

Resumen

Uno de los retos de la política de la competencia es hacer frente a las restricciones de la competencia provocadas o favorecidas por normas jurídicas o por decisiones de los poderes públicos. Sus efectos negativos en el funcionamiento del mercado y en el bienestar de los consumidores pueden ser tan relevantes como los de las prácticas anticompetitivas estrictamente privadas realizadas por las empresas.

Este trabajo analiza los instrumentos jurídicos existentes para prevenir y luchar contra las restricciones públicas a la competencia en España. Al margen de las limitaciones que el Derecho de la Unión Europea introduce a estas intervenciones de los poderes públicos, a partir de la Constitución económica este artículo examina los principios que gobiernan la admisibilidad de restricciones públicas a la competencia y los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico español para informar, prevenir o reaccionar frente a ellas.

Palabras clave: defensa de la competencia, regulación, restricciones públicas, normas públicas anticompetitivas, actos administrativos anticompetitivos, análisis de impacto normativo, España.

Abstract

One of the challenges of competition policy is to address the restrictions of competition caused or favored by the State through legal rules or decisions of public authorities. Its pernicious effects on the functioning of the market and on consumer welfare can equal those arising from private business anti-competitive practices.

This paper analyzes existing legal tools to prevent and combat public restrictions on competition in Spain. Apart from the relevant limitations that European Union law introduces in this matter, this article analyzes the principles governing the admissibility of public restraints to competition that can be extracted from Spanish constitutional rules and the mechanisms available under Spanish law regarding information, prevention or reaction to public restraints to competition.

Key words: competition, antitrust, regulation, public restraints, anti-competitive rules, anti-competitive administrative actions, Spain, regulatory impact assessment.

JEL classification: K21, K30, K42, L43, L44, L50.

RESTRICCIONES PÚBLICAS DE LA COMPETENCIA

Francisco MARCOS (*)

IE Law School

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la libre competencia en los mercados exige prestar atención a las restricciones a la competencia introducidas por los poderes públicos. Las distorsiones de la competencia promovidas o facilitadas por los poderes públicos perjudican el bienestar del consumidor de manera análoga a las prácticas anticompetitivas de las empresas, con lo que es preciso que el derecho de defensa de la competencia proporcione un tratamiento adecuado y efectivo frente a las mismas (1). Cuando una fijación de precios o un reparto de mercado resultan de una norma jurídica o de una actuación administrativa que los promueve, provocase encarga de asegurar su cumplimiento, la intervención y participación pública en la conducta distorsiona la efectividad de las prohibiciones de conductas anticompetitivas contenidas en la legislación de defensa de la competencia, confundiendo sobre su vigor y aplicación al caso concreto. Este artículo proporciona una visión integral del régimen jurídico de las restricciones públicas de la competencia, distinguiendo las legítimas y admisibles de las que no lo son, analizando los instrumentos previstos en el Derecho español para hacer frente a las restricciones públicas de la competencia consideradas inadmisibles.

II. RESTRICCIONES PÚBLICAS DE LA COMPETENCIA ADMISIBLES

El reconocimiento del sistema de economía de mercado como

uno de los pilares de la Constitución económica tiene implicaciones jurídicas relevantes en diversos planos (artículo 38 de la Constitución española) (2). En la dimensión privada supone la afirmación de la libertad de empresa y la libre competencia como motores de la actividad económica en nuestro país. En la dimensión pública introduce un mandato dirigido a los poderes públicos, encargados de preservar y garantizar el funcionamiento de los mercados (3). Naturalmente, lo anterior no proscribía las intervenciones públicas que, en el desempeño de las funciones que la Administración y el resto de los poderes públicos tienen atribuidas, e inspiradas en la consecución de diversos valores constitucionales, puedan condicionar e incluso limitar el funcionamiento del mercado.

En efecto, la salvaguarda de la libre competencia es solo uno de los múltiples intereses generales que los poderes públicos deben atender, pero no es necesariamente el más importante. No obstante, la Constitución económica establece los parámetros con arreglo a los cuales las limitaciones públicas de la libertad de empresa y de la libre competencia pueden ser plausibles. Adicionalmente, y al margen del orden constitucional, el Derecho de la Unión Europea (UE) introduce otras condiciones que pueden impedir las normas o actuaciones públicas que limiten la competencia y afecten al comercio entre los Estados miembros (4).

En este artículo se examinan las condiciones en que, en el plano jurídico doméstico, las restricciones públicas a la competencia son posibles y aceptables. La Constitución económica establece las condiciones formales y materiales que han de cumplirse para que tales restricciones sean admisibles. Además, como complemento del orden constitucional, el legislador ha establecido diferentes mecanismos que condicionan la introducción de restricciones públicas a la competencia en el mercado y también otras herramientas para luchar contra las que sean consideradas ilegítimas, construyéndose de este modo un régimen jurídico completo y coherente.

Aunque la libertad de empresa y la libre competencia constituyen pilares del modelo económico que la Constitución española reconoce e instaura, no se trata de principios o mandatos absolutos, que no admitan excepción. Por definición, y como ocurre en otros Estados, la ordenación constitucional excluye por completo la libertad de empresa y el juego de la competencia en el mercado en el desempeño de determinados servicios ligados al ejercicio de potestades públicas de carácter soberano (v. gr., orden público, defensa nacional). Igualmente, reconoce y da carta de naturaleza a determinados derechos cuya ordenación y garantía requieren intervenciones públicas que limiten o condicionen las iniciativas empresariales privadas y la libre competencia en ciertos mercados. Así, por ejemplo, muchas limitaciones de la competencia en el mercado educativo y en el mercado sanitario hunden sus raíces en el texto constitucional, que proporciona sólidos fundamentos para que existan restricciones públicas a la competencia en esos mercados (5).

Adicionalmente, los poderes públicos reciben el encargo constitucional de la garantía de determinados servicios de interés general (6), lo que puede limitar el posible juego de los mercados y de la competencia en su provisión. La incidencia y relevancia de los servicios públicos se percibe con claridad en el ámbito municipal, donde la legislación de régimen local reserva en exclusiva a las entidades locales ciertos servicios («abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios») (7).

Sin embargo, al margen de los excepcionales supuestos en los que la Constitución excluye la iniciativa privada y el mercado para la provisión de determinados servicios, con carácter general establece unas condiciones formales y materiales que deben respetarse en todo caso por las intervenciones públicas (adopten la forma de norma jurídica o de acto administrativo) que incidan sobre la competencia en el mercado. Desde esta perspectiva, y a los efectos del análisis que aquí se realiza se entenderán por restricciones públicas de la competencia cualesquiera barreras, distorsiones, falseamientos o restricciones de la competencia que se introduzcan en una norma, decisión o actuación públicas, incluyendo aquellos supuestos en los que las normas, decisiones o actuaciones públicas imponen o exigen a los operadores económicos privados desarrollar una conducta anticompetitiva de las prohibidas por el artículo 1 o por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) (8).

Con el propósito de minimizar y cualificar el número de restricciones públicas a la competencia, y en coherencia con el sistema de economía de mercado, que reconoce un amplio margen a la iniciativa y actividades privadas, formalmente cualquier restricción a la competencia y a la libertad de empresa debe introducirse en normas de rango legal (art. 53.1 de la Constitución), lo que presumiblemente las limitaría y cualificaría a aquellos casos en los que el interés general, representado en la soberanía popular, las apoya y patrocina.

Sin embargo, incluso cuando se incorporen en un texto legislativo, no cualquier restricción a la competencia es constitucionalmente admisible. El legislador puede limitar el juego del mercado, pero no eliminar por completo el mercado. Además, las restricciones legales a la competencia y a la libertad de empresa deben ser adecuadas, necesarias y proporcionales para alcanzar los objetivos que persiguen. En caso contrario, corren el riesgo de resultar inconstitucionales (9).

Finalmente, la legislación de liberalización del régimen de servicios (la Ley Paraguas (10) y la Ley Omnibus (11)) y la legislación de unidad de mercado (12) han supuesto un reforzamiento de la limitación de las intervenciones públicas que condicionen o restrinjan el acceso y ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios, especialmente en el ámbito autonómico y local, que deben cumplir las exigencias de legalidad, oportunidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad (13).

Al margen de lo anterior, el tratamiento de las restricciones públicas a la competencia en Derecho español contempla herramientas destinadas a informar

y alertar con carácter previo a la adopción de normas que puedan restringir la competencia (*infra* II). Adicionalmente, cuando las restricciones a la competencia no respetan los parámetros constitucionales, se proporcionan distintas herramientas destinadas a actuar frente a ellas, salvaguardando la libertad de empresa y la libre competencia (*infra* III). Finalmente, en coherencia con el orden constitucional vigente y con las características y limitaciones propias de los mecanismos anteriores, pueden existir ciertas conductas públicas que de manera anómala favorezcan o promuevan las conductas anticompetitivas de las empresas frente a las que el derecho de defensa de la competencia no pueda reaccionar, debiendo utilizarse instrumentos previstos en otras normas disciplinarias y penales (*infra* IV).

III. MECANISMOS INFORMATIVOS Y PREVENTIVOS SOBRE RESTRICCIONES PÚBLICAS A LA COMPETENCIA (EX ANTE)

El mencionado régimen constitucional sobre las intervenciones públicas que pueden restringir la competencia en el mercado (que han de figurar en norma de rango legal y ser adecuadas, necesarias y proporcionales para alcanzar los objetivos de interés general que persigan) se complementa con ciertas herramientas auxiliares destinadas a hacerlas transparentes, alertando sobre la introducción de restricciones públicas de la competencia.

A diferencia de las restricciones públicas a la competencia materializadas en decisiones o actuaciones puntuales de la Administración

pública, que por definición limitan los posibles efectos anticompetitivos al ámbito concreto y puntual sobre el que se proyectan los actos administrativos, las normas y regulaciones anticompetitivas propagan sus efectos anticompetitivos de manera más amplia y duradera, lo que hace aconsejable la previsión de instrumentos destinados a hacer transparente y conocida por el órgano encargado de adoptar la norma (ora el Parlamento ora el Gobierno o la Administración pública en cuestión) los previsibles costes para la competencia en el mercado derivados de la adopción de la norma, así como también naturalmente los eventuales beneficios que de ella se pueden derivar.

En efecto, con el propósito de asegurar una regulación de calidad que respete la libertad individual y no introduzca trabas injustificadas a las actividades económicas, las propuestas normativas deben ir precedidas de un análisis de impacto normativo (AIN), que justifique oportunidad y necesidad de la regulación para el interés general, las alternativas disponibles, sus costes y sus beneficios (14). Los AIN de las propuestas normativas incluyen un examen y una cuantificación *ex ante* de las distorsiones a la libre competencia en el mercado, así como una evaluación sobre su admisibilidad con arreglo al marco jurídico antes descrito (*supra* I) (15). Deben incorporar una evaluación del impacto en la competencia de aquellas propuestas normativas que incidan en el mercado, con el propósito de hacer visibles *ex ante* los eventuales costes y beneficios para su adecuada ponderación por el órgano encargado de adoptarlas, posibilitando su modificación y modulación de sus previsiones para reducir los posibles efectos anticompetitivos (16).

Junto con la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), las diversas autoridades autonómicas de defensa de la competencia desarrollan funciones consultivas destinadas a informar de las posibles restricciones públicas a la competencia (17). Además, en el caso particular de las intervenciones públicas de las comunidades autónomas (CC.AA.) o de las entidades locales, la LGUM introduce el principio general de que las disposiciones o actuaciones administrativas deben respetar los principios de transparencia, necesidad, proporcionalidad y simplificación de cargas, con eficacia en todo el territorio nacional (art. 9). Entre los mecanismos que la LGUM crea con tal propósito se encuentra un sistema de cooperación y control previo de los proyectos normativos que puedan tener incidencia en la unidad de mercado (art. 14), así como una evaluación periódica de la normativa que potencialmente pueda afectar a la unidad de mercado en el marco del Consejo para la Unidad de Mercado (CUM) y de las respectivas conferencias sectoriales (art. 15) (18).

Adicionalmente, cuando la Administración pública acude al mercado para proveerse de bienes o servicios, la legislación en materia de contratación pública exige que la libre competencia sea uno de los principios que deban tenerse en cuenta en la organización y adjudicación de las licitaciones (19).

IV. MECANISMOS REACTIVOS CONTRA RESTRICCIONES PÚBLICAS DE LA COMPETENCIA INADMISIBLES (EX POST)

Los instrumentos preventivos e informativos anteriormente

examinados pueden no ser eficaces para alertar y evitar las posibles restricciones públicas de la competencia que se introduzcan en normas jurídicas o en actos administrativos posteriores. En tal caso, cuando las normas jurídicas, decisiones o actuaciones de los poderes públicos provoquen efectos anticompetitivos en el mercado que se consideren injustificados, el ordenamiento jurídico prevé distintas vías de reacción en función de la naturaleza jurídica y de las características en que esas iniciativas se materialicen.

1. Leyes que introducen restricciones inadmisibles de la competencia

Cuando una ley introduce una limitación de restricción de la competencia que no respeta el contenido esencial de la libertad de empresa y de la libre competencia, es inadecuada, innecesaria o desproporcionada, incurre en un vicio de inconstitucionalidad, que podrá ser activado a través de las herramientas previstas para depurar ese vicio (20).

Naturalmente, la otra cara de la moneda es que son admisibles y perfectamente constitucionales las leyes que incorporan restricciones a la competencia (artículo 4.1 de la LDC), en las que el legislador respeta el contenido esencial de la libertad de empresa y la libre competencia, estableciendo condiciones que la restrinjan de manera adecuada, necesaria y proporcional para satisfacer o promover otros bienes o valores constitucionales (21). La restricción debe resultar del texto de la norma legal de modo que, en la regulación del comportamiento en el mercado, el legislador excluya la aplicación de la LDC (22). Igualmente, las normas reglamen-

tarias que desarrollan esas restricciones y las actuaciones públicas conformes a la escrita previsión legal son también válidas y lícitas, en la medida que se limitan a ejecutar o cumplir lo previsto en la norma legal.

2. Normas reglamentarias y actuaciones administrativas que introducen restricciones ilícitas a la competencia

Cuando sin fundamento legal válido, una norma reglamentaria o una actuación administrativa introducen una limitación o restricción de la competencia entre los agentes del mercado está aquejada de un vicio que puede determinar la nulidad. La LDC preceptúa que las prohibiciones de conductas anticompetitivas se aplican «a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal» (art. 4.2 de la LDC). Los operadores privados que a raíz de esas normas reglamentarias o actuaciones administrativas incurran en una práctica anticompetitiva podrán ser sancionados. La falta de amparo legal de la restricción a la competencia determina la ilicitud de la conducta en cuestión, que constituye una infracción que puede ser perseguida por las autoridades de la competencia.

Naturalmente, al margen de la eficacia de la regla anterior para el caso concreto (*i.e.*, los efectos frente a los operadores afectados), otra cosa es lo que pueda ocurrir con las normas reglamentarias o actos administrativos que provoquen o induzcan la conducta prohibida, que podrán ser anulados a través de

los cauces ordinarios previstos en materia administrativa para los reglamentos y actos administrativos contrarios a la ley (23).

Adicionalmente, al margen de las causas y de los procedimientos que con carácter general puedan conducir a la declaración de nulidad de esas normas y actos conforme a la legislación administrativa (24), el legislador proporciona cauces reforzados y específicos destinados particularmente a combatirlas cuando provoquen efectos anticompetitivos. Así, en primer lugar, la legislación de defensa la competencia encarga a las autoridades de defensa de la competencia la impugnación de esas normas y actuaciones administrativas (*infra* 2.1). En segundo lugar, las distorsiones a la competencia en el mercado nacional tienen un régimen específico en la legislación sobre unidad de mercado (*infra* 2.2).

2.1. La impugnación por las autoridades de competencia de normas y actuaciones administrativas de las que resulten restricciones a la competencia

La CNMC y las autoridades autonómicas de defensa de la competencia están legitimadas en sus ámbitos respectivos para «impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados» (arts. 5.4 de la Ley 13/2013 y 13.2 de la LDC) (25).

La eficacia de este instrumento opera tanto con carác-

ter preventivo como reactivo, pues puede argüirse con su uso tanto frente a la propuesta normativa como frente a la adopción de iniciativas infralegales anticompetitivas por los poderes públicos. Junto a esa eficacia «silenciosa», la herramienta ha sido utilizada en al menos cinco ocasiones por las autoridades nacionales de competencia (CNC y CNMC) y una por la autoridad vasca de competencia. La CNC impugnó las concesiones de autobuses interurbanos por la Xunta de Galicia (LA/01/2010) (26) y por la Generalidad de Valencia (LA/01/2010) (27) por entender que las prórrogas de las concesiones que se establecían se eran contrarias a la libre competencia y al Derecho de la UE. Esas impugnaciones tuvieron un resultado dispar (28).

En 2012 la CNMC también impugnó la regulación estatal de las nuevas redes de distribución eléctrica no reservadas (LA/03/2012) (29), que favorecía injustificadamente a los distribuidores existentes para extender su poder de mercado a otro conexo (30).

Además, en 2014 la CNMC ha impugnado el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos de uso turístico en la Comunidad de Madrid (LA/05/2014) (31), que introduce obstáculos a la competencia y perjudica a los consumidores, al encarecer injustificadamente los costes de los servicios de alojamiento turístico e impedir que se contraten por períodos inferiores a cinco días. Igualmente, la CNMC ha impugnado ciertas normas de contratación pública de la Generalidad de Cataluña que introducen distorsiones injustificadas al principio de libre competencia en las licitaciones públicas y contraviene la LCSP (LA/04/2015) (32).

Finalmente, en ejercicio de las potestades que tiene legalmente reconocidas (33), la Autoridad Vasca de Competencia (AVC) ha impugnado la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral (34). Esta norma exige a los órganos de contratación de las entidades que integran el sector público foral del territorio histórico de Guipúzcoa a introducir en los pliegos administrativos de los contratos de otras de ciertas cláusulas de carácter social, lo que contraviene la legislación en materia de contratación pública y menoscaba (innecesaria, discriminatoria y desproporcionalmente) el principio de competencia en la contratación pública (35). No obstante, la impugnación de la AVC ha sido rechazada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (que cuenta con un voto disidente) (36), pero ha sido recurrida al Tribunal Supremo.

2.2. La impugnación de las normas y actuaciones de las administraciones autonómicas que restrinjan la competencia en el mercado nacional

Igualmente, con el propósito de eliminar los obstáculos y las trabas introducidas por las comunidades autónomas y por las entidades locales que dificulten y graven la competencia efectiva de las empresas a nivel nacional, la LGUM proporciona distintos instrumentos destinados a controlar y supervisar las intervenciones públicas que puedan fragmentar artificialmente la unidad del mercado nacional, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de la descentralización de los poderes públicos.

Las reglas introducidas por la LGUM introducen un novedoso régimen para la libertad de empresa, cuyos efectos desbordan los márgenes de la libertad de establecimiento o de circulación (la pretendida «unidad de mercado»), aunque con una eficacia menor en atención al rango legal de la disposición (37).

Desde el punto de vista práctico, los operadores económicos podrán presentar reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en caso de que estimen que cualquier intervención pública («disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho») vulnera su libertad de establecimiento o de circulación, en contravención con las disposiciones de la LGUM (art. 26.1) (38). Esta reclamación es alternativa a la posible interposición de los recursos administrativos o jurisdiccionales ordinarios que procedieren contra la disposición o acto en cuestión (art. 26.3) (39). La interposición de estas reclamaciones da lugar a un procedimiento consultivo en el que se recaban informes sobre la compatibilidad de dicha intervención con la libertad de establecimiento y circulación de la autoridad interviniente, de las autoridades de defensa de la competencia (CNMC o autoridades autonómicas) en el que puede instarse a las autoridades intervinientes a que reconsideren su actuación (40).

Al margen de las referidas reclamaciones administrativas, la LGUM contempla la posibilidad de que la CNMC, de oficio o a instancia de parte, interponga un recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional contra cualquier intervención que se considere contraria a la libertad de establecimiento o de circulación (art. 27) (41). No existen

todavía ningún pronunciamiento judicial sobre las impugnaciones conforme a este precepto que ya ha realizado la CNMC. Hasta el momento, ha sido utilizado para impugnar varios actos de las CC.AA. y de entidades locales en materia de transporte (42), telecomunicaciones (43), comercio minorista (44) y de prevención de riesgos laborales (45).

V. REACCIÓN FRENTE A OTRAS ACTUACIONES PÚBLICAS DE CORTE ANTICOMPETITIVO

Cuando los poderes públicos actúan directamente como operadores de mercado e infringen la legislación de defensa de la competencia, esta les es directamente aplicable. Sin embargo, la legislación de defensa de la competencia no es aplicable cuando los poderes públicos ejerzan potestades públicas (v. gr., cuando otorgan autorizaciones o licencias administrativas) a pesar de su posible incidencia económica (46).

En efecto, las prohibiciones de conductas anticompetitivas se aplican a las empresas públicas o a la Administración pública cuando actúa como un agente u operador de mercado más (47), y no existe amparo legal para las mismas. De acuerdo con el Derecho de la UE, solo excepcionalmente cabría excluir o modular su aplicación si se trata de servicios de interés general (art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-TFUE) (48). Como es sabido, establece también una prohibición general de las ayudas públicas que falseen la competencia, encargando a la Comisión Europea de vigilar la aplicación de la prohibición y la posible autorización de ayudas en determinados casos (arts. 107 y 108 del TFUE) (49).

Como se ha analizado anteriormente, si las conductas anticompetitivas resultan de normas o actuaciones administrativas sin amparo legal, existen mecanismos que permiten atacar el origen de la restricción en la norma o acto administrativo en cuestión, declarándose su nulidad (*supra* 2). No obstante, cuando de manera irregular o anómala las autoridades o funcionarios públicos facilitan o promueven una conducta anticompetitiva de las empresas los instrumentos descritos no serán eficaces. En verdad, se trata de conductas que la Administración no realiza como operador de mercado, sino como autoridad (aunque con desviación de poder), a las que no cabe aplicar las prohibiciones previstas en la LDC (50).

A pesar de lo anterior, la CNC (51) y alguna autoridad autonómica (52) han extendido la aplicación de la LDC a las administraciones públicas que favorecían, promovían o amparaban un cártel o una práctica anticompetitiva. Aunque se trata de una cuestión controvertida desde un punto de vista jurídico (53), no cabe duda que el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos para sancionar y prevenir ese tipo de actuaciones por las autoridades y funcionarios públicos, sea a través de normas disciplinarias u otros regímenes de responsabilidad (v. gr., extendiendo a los cargos o funcionarios intervinientes las posibles sanciones previstas en la LDC) (54) o incluso, en los casos más graves, mediante sanciones penales.

La relevancia de una solución adecuada a este problema no es baladí porque la presencia de la Administración como facilitadora o promotora de una conducta anticompetitiva puede enturbiar el enjuiciamiento y sanción de la conducta de los operadores pri-

vados que han infringido la LDC, que fácilmente alegarán su buena fe y que la presencia pública les confundía sobre la legalidad de la conducta (confianza legítima). (56)

VI. CONCLUSIONES

El sistema de economía de mercado que la Constitución española reconoce es compatible con intervenciones públicas que limiten la competencia. El legislador puede introducir restricciones a la libertad de empresa y a la libre competencia de los operadores para salvaguardar y promover otros valores e intereses públicos que constitucionalmente son relevantes. De manera análoga a lo que ocurre en otros países, nuestro Derecho establece ciertas condiciones para que esas restricciones sean admisibles. El régimen jurídico se construye a partir de consideraciones de carácter formal y material. Entre las formales, todo depende del instrumento a través del que se introduce la restricción. Solo las normas legales (o aquellos reglamentos que las desarrollen) pueden introducir restricciones admisibles y legítimas de la competencia, que deben —en todo caso— respetar el Derecho de la UE. Entre las consideraciones materiales, las restricciones incorporadas en normas de rango legal deben respetar el contenido esencial de la libertad de empresa, ser adecuadas y necesarias para la consecución del interés general y ser proporcionales. Esas reglas y principios generales se complementan con diversos instrumentos destinados a alertar e informar preventivamente *ex ante* sobre las restricciones públicas que se contengan en las normas jurídicas, así como otros mecanismos reactivos que operan *ex post* y persiguen la eliminación de las restricciones inadmisibles de la competencia.

NOTAS

(*) *Professor of Law, IE Law School, francisco.marcos@ie.edu.*

(1) MURIS (2004) y OHLHAUSEN (2006).

(2) Constitución española de 6 de diciembre de 1978 (BOE nº 311 de 29/12/1978). Véase BASSOLS (2003).

(3) FJº 4 de la STC 88/1986, de 1 de julio («El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta –art. 38, inciso segundo– por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste»).

(4) Aquellas restricciones públicas de la competencia que afecten al comercio entre los Estados miembros podrían ser consideradas contrarias al Derecho de la UE (al infringir los Estados miembros el deber de no poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión) y, por tanto, proscritas, véanse CASTILLO DE LA TORRE (2005) y BAQUERO CRUZ (2002).

(5) Por poner dos ejemplos: en materia de universidades privadas, véanse diversos preceptos (arts. 4, 6.5, 12, 27 y 72) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE nº 307 de 24/12/2001) sobre su régimen de acceso al mercado y funcionamiento; y en materia de sanidad privada, véanse Título IV de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE nº 102, de 29/4/1986) y artículo 6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE nº 128, de 29/5/2003).

(6) Véanse artículos 27.5 (centros docentes públicos); 43 (servicios sanitarios públicos), 50 (servicios sociales públicos) y, en general, 128 (intervención del Estado en actividad económica y reserva al sector público de servicios esenciales) de la Constitución.

(7) Artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, BOE nº 80, de 3/4/1985). Sobre la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en este ámbito véanse MALARET (2013) y ORTEGA (2014).

(8) BOE nº 159 de 04/07/2007.

(9) En general, sobre este punto, ampliamente, CIDONCHA (2006) y ALFARO Y PAZ-ARES (2003).

(10) *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (BOE nº 283, de 24/11/2009).

(11) *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (BOE nº 308, de 23/12/2009).

(12) *Ley 22/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado* (LGUM), BOE nº 295, de 10/12/2013.

(13) Véase DE LA QUADRA (2013).

(14) Véase MARCOS (2009).

(15) Art. 2.1.d) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (BOE nº 173, de 01/01/2010).

(16) Véase LIANOS (2014), Con idéntico propósito la Comisión Nacional de la Competencia aprobó las *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia* (junio de 2008) y la *Guía para la elaboración de memorias de competencia* (enero de 2008).

(17) La pionera fue la Agencia de Defensa de la Competencia de la Junta de Andalucía (ADCA), véase art. 3.i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía (BOE nº 179 de 27/07/2007), que atribuye a la ADCA la función de «informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de la Junta de Andalucía que incidan en la libre competencia, con el objetivo de proteger los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias y para favorecer el desarrollo socioeconómico de Andalucía». En general, véase RODRÍGUEZ MÍGUEZ Y PARDO (2011).

(18) Véanse MUÑOZ MACHADO (2014); PADRÓS Y MACÍAS (2014) y TORNOS (2014).

(19) Véase art. 1 del RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) (BOE nº 276 de 16/11/2011) y SÁNCHEZ GRAELLS (2015).

(20) Véanse arts. 161.1.a) (recurso de inconstitucionalidad) y 163 (cuestión de inconstitucionalidad) de la Constitución. Así, por ejemplo, no se estimó inconstitucional la norma legal catalana sobre ferias comerciales (*Ley 9/1984, de 5 de marzo, reguladora de Ferias Comerciales*) que limitaba a las entidades sin ánimo de lucro (directo o indirecto) en dicha actividad la posibilidad de organizar ferias comerciales oficiales en Cataluña, véase FJ2º de la STC 84/1993, de 8 de marzo de 1993 (BOE nº TC90 de 15/04/1993), al considerar que dicha exigencia no es arbitraria o irracional, y que persigue el interés público de hacer dicha actividad lo más abierta y lo menos gravosa posible.

(21) En general, sobre esta disposición, permítase la referencia a MARCOS (2015).

(22) Lo que no ocurre por ejemplo, con la mayoría de las restricciones a la competencia en el mercado de los servicios profesionales (precios, publicidad, etc.), que se contengan en normas reglamentarias o en las normas adoptadas por el colegio profesional, sin ningún amparo legal. Así, por ejemplo, sobre la pretensión de los arquitectos de reservarse la realización de los estudios de seguridad y salud de los proyectos de ejecución de edificaciones, véase resolución de la CNC de 29 de noviembre de 2010, S/0002/07, *Consejo Superior de Arquitectos de España*.

(23) De acuerdo con la Constitución (art.103.1), «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», lo que supone que no podría –sin autorización legal– introducir restricciones a la competencia en el mercado.

(24) Véase, por ejemplo, la STS de 31 de enero de 2001 (Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 5ª ROJ STS 581/2001), que declaró contraria al artículo 38 de la Constitución el artículo 65 de la Ordenanza de Sevilla reguladora del Mercado de Abastos («No se concederá licencia alguna para la apertura de establecimientos que tengan previsto dedicarse a la venta de artículos alimenticios de los recogidos en los cuatro primeros apartados del artículo 58, si no guardan con los Mercados de Abastos la distancia mínima de 200 metros. Igualmente se encontrarán afectados por esta limitación los Autoservicios, Supermercados y tiendas de Ultramarinos por lo que respecta a las especies recogidas en los apartados anteriormente mencionados. La medición se efectuará desde la puerta del establecimiento al eje central de la calle más próxima, siguiendo esta misma línea hasta la puerta más inmediata de acceso al Mercado»), al estimar que «No hay razones urbanísticas, de orden público, de seguridad, salubridad y sanidad que den cobertura a las medidas adoptadas. Desde otro punto de vista, el económico, no es misión de las Ordenanzas velar por la adecuada distribución geográfica de los establecimientos en los municipios, pues será el mercado quien lleve a cabo esta función» (FD4º).

(25) *Ley 3/2013, de 4 de junio, se creó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (BOE nº 134 de 05/06/2013). Véanse GONZÁLEZ-PANIZO (2013) y GUILLÉN (2013). Obviamente, las impugnaciones por las autoridades autonómicas de competencia solo caben en el ámbito autonómico y local de su territorio.

(26) Véase *Resolución de 26 de febrero de 2010 de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia* (DOG nº 40 de 01/03/2010).

(27) Véase *Decreto del Consell 24/2010, de 29 de enero de 2010, por el que se aprue-*

ba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular de viajeros por carretera de la Comunidad Valenciana (DOCV nº 6198 de 03/02/2010).

(28) El recurso contra el Decreto valenciano fue estimado por la STSJCV de 22 de octubre de 2012 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sec. 5ª, ROJ STSJ CV 5574/2012). El TS tuvo ocasión de pronunciarse sobre la misma norma en STS de 1 de Octubre de 2014 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sec. 7ª), ROJ STS 4561/2014). En cambio, la impugnación de la resolución gallega fue desestimada por la STSJG de 24 de mayo de 2012 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sec. 2ª, ROJ STSJ GAL 5006/2012).

(29) DF 4ª del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico (BOE nº 194 de 07/12/2011).

(30) Ante una solicitud de nueva extensión de la red eléctrica para instalar a un nuevo punto de suministro, esta norma obliga a la empresa distribuidora de cada zona a remitir al solicitante un presupuesto tanto por las actividades que como distribuidor le corresponde realizar en exclusiva como por aquellas otras que el solicitante puede contratar con el distribuidor o con terceros instaladores independientes (i.e. actividades no reservadas). La norma concedía a cada empresa distribuidora una posición de ventaja en su zona geográfica, otorgándole el privilegio de remitir el primer presupuesto sobre los servicios correspondientes a un mercado conexo que opera en libre competencia: el mercado de las instalaciones no baremadas. Aunque no se conoce el fallo de ese recurso, el TS ha resuelto (desestimándolo por pérdida sobrevenida de objeto por la modificación ulterior de la norma) el que contra la misma norma y por la misma causa interpuso la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España por STS de 13 de mayo de 2014 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sec. 3ª, ROJ STS2183/2014).

(31) BOCM 180, de 31/07/2014.

(32) Instrucción 1/2014, de 9 de enero, de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública (OSACP) para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública de la Generalidad de Cataluña.

(33) Véase, además del art. 13.2 de la LDC, el art. 3.4 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero (BOE nº 40 de 16 de febrero de 2012), de la AVC, atribuye a ésta la potestad de «impugnar ante la jurisdicción competente los actos sujetos al derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley, de las Administraciones Públicas autonómica, foral y local de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuando de ellos se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Se exceptúan de dicha

competencia las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los territorios históricos».

(34) BOPV nº 182, de 24/09/2013.

(35) Véase Informe del Consejo Vasco de la Competencia (CVC) con relación a la conveniencia de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la «Norma foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral, de 17 de septiembre de 2013.

(36) STSJVP (Sala de lo contencioso-administrativo) de 30 de diciembre de 2014, nº 603/2014.

(37) Véase REBOLLO (2014): «La LGUM ha querido dar a las libertades económicas –en esencia, a la de empresa– una resistencia frente a las restricciones legales con independencia de lo que se supone que es la finalidad de esta Ley, es decir, la de garantizar la unidad del mercado nacional. Pretende ofrecer un contenido irreductible de la libertad de empresa que es mucho más que un medio para asegurar la libre circulación de productos y servicios.»

(38) El artículo 28 de la LGUM prevé *mecanismos adicionales de eliminación de obstáculos o barreras detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios*.

(39) De hecho «Cuando existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación regulada en este artículo deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate. No obstante, el plazo para su interposición se iniciará cuando se produzca la inadmisión o eventual desestimación de la reclamación por la autoridad competente» (art. 26.9). El art. 28.6 contempla la posibilidad que el informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado pueda solicitarse también en el marco de la impugnación ordinaria prevista en la Ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa.

(40) La web del CUM contiene amplia y detallada información sobre los numerosos procedimientos de información y reclamaciones administrativas entabladas hasta la fecha en los distintos sectores económicos.

(41) Sobre este procedimiento, véase SANTAMARÍA PASTOR (2013).

(42) La CNMC ha impugnado la resolución de 12 de febrero de 2015 del Servicio Territorial de Transportes de Valencia, que deniega una autorización de transporte de mercancías por carretera (confirmada por resolución de 5 de marzo de 2015 de la Dirección General de Transportes y Logística de la Generalitat Valenciana) al no disponer del número mínimo de vehículos (tres) requerido

para la obtención de una autorización de transporte por el artículo 19.1.b) de la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, por la que se desarrolla el Reglamento de la LOTT en materia de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera (BOE nº 75, de 28/03/2007). La resolución impugnada se fundamenta en esta disposición que, según la CNMC no cumple los requisitos de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM, introduciendo un obstáculo injustificado para el acceso y ejercicio de esta actividad (UM/015/15).

(43) A pesar de que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife ha mostrado su predisposición a realizar determinados cambios en la normativa municipal, la CNMC ha impugnado la Ordenanza de Paisaje Urbano de Santa Cruz de Tenerife, que establece limitaciones al despliegue de elementos de redes de comunicaciones electrónicas, por considerar que dichos preceptos podrían resultar contrarios a los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en los artículos 5 y 17 de la LGUM (UM/002/15).

De igual modo, por análogas razones se ha impugnado el Título X del Libro II de las Ordenanzas Municipales del Ayuntamiento de Hernani de 30 de septiembre de 2014 sobre la solicitud, tramitación y control de la ejecución de las licencias urbanísticas (UM/004/15).

(44) La CNMC ha impugnado las resoluciones de la Conselleria d'Economia, Indústria, Turisme i Ocupació de la Generalitat Valenciana de 15 de octubre y 28 de noviembre de 2014 que denegaban al Centro Comercial Gran Turia la autorización para aplicar el mismo horario de apertura que el resto de grandes superficies comerciales ubicadas en la ciudad de Valencia (UM/074/14).

(45) La CNMC ha acordado interponer recurso contencioso-administrativo contra el artículo 4 del Decreto 72/2014, de 23 de julio, del Principado de Asturias, por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales (BOPA nº 176, de 30/07/2014), que establece requisitos para la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales (horquillas de distancia para su funcionamiento, limitaciones de los lugares en los que pueden prestar su actividad, exclusión de su utilización en la atención a profesionales que desarrollen determinadas actividades y limitaciones cuantitativas referidas a un porcentaje de los trabajadores a los que el servicio de prevención ajeno dé cobertura en la CCAA) considerados innecesarios, desproporcionados y limitativos del ejercicio de la actividad de prevención de riesgos laborales a través de unidad móvil (UM/065/14).

(46) Así, por ejemplo, cuando la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) autoriza la comercialización de medicamentos y productos sanitarios, véase RCNC de 9 de octubre de 2008 (Biovet, S/0023/07).

(47) El posible ejercicio de actividades económicas por las Administraciones públicas tiene reconocimiento constitucional y las autoridades de competencia no pueden fiscalizarlo (aunque naturalmente deba siempre hallarse inspirado en el interés general) pero el ejercicio posterior de dichas actividades debe respetar las prescripciones de la LDC, véase FD8º de la STS de 14 de junio de 2014, *Funerarias de Baleares*, ROJ STS 3139/2013.

(48) DOUE nº 83 de 30/03/2010.

(49) Véase ARPÍO (2000).

(50) Véase MARCOS (2012).

(51) Véanse resoluciones de la CNC de 6 de octubre de 2011 (*Productores de uva y vino de Jerez*, S/0167/09) y de 27 de septiembre de 2013 (*Puerto Valencia*, S/0314/10).

(52) Véase resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de Competencia de 25 de noviembre de 2014 (*Servicios Funerarios del Llobregat*, 40/2011).

(53) Confróntense, de un lado, VICIANO (2014) y, de otro, COSTAS (2013), PADRÓS (2013) y YANES (2014). La Audiencia Nacional ha anulado la condena a la Junta de Andalucía en la RCNC *supra* nota 52 (véase Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, Sec. 6ª, de 16 de julio de 2013, ROJ SAN3472/2013), y está recurrida la condena a la Consejería de Infraestructuras y Transporte de la Generalidad Valenciana en el otro asunto indicado.

(54) Véase ARRANZ y MOSCOSO (2012)

(55) Aunque sea discutible que las autoridades referidas puedan otorgar confianza en la legalidad de la conducta conforme a la LDC, véase COSTAS (2011).

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J., y PAZ-ARES, C. (2003), «Ensayo sobre la Libertad de Empresa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al prof. Díez-Picazo*, tomo IV: 5972-6040.

ARPÍO, J.L. (2000), *Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia*.

ARRANZ, Y., y MOSCOSO, L. (2012), «Desarrollo reciente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las administraciones públicas», *Actualidad Jurídica UM* 32: 85-89.

BAQUERO CRUZ, J. (2002), *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*

BASSOLS, M. (2003), «La Constitución como marco de la legislación económica», *Economía Industrial* 349-350: 17-28.

CASTILLO DE LA TORRE, F. (2005), «Reglamentaciones públicas anticompetitivas», en BENEYTO, J.M.^º, y MAILLO, J. (Coords.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Vol. II: 1301-1391

CIDONCHA, A. (2006), *La libertad de Empresa*.

COSTAS, J. (2013), «La sujeción de la actividad de la administración al Derecho de la competencia», en TOBIÓ, A. (coord), *Libro homenaje al prof Gómez Segade*, 369-381.

— (2011), «La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia», en GUILLÉN, J. (dir.) *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 105-135.

DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2013), «Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades», *Revista de Administración Pública* 192: 53-97.

GONZÁLEZ-PANIZO, A. (2013), «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: consideraciones generales, motivos de impugnación y supuestos de intervención judicial», en GUILLÉN, J. (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*: 401-417.

GUILLÉN, J. (2013), «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la competencia», en GUILLÉN, *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, 2013: 369-399.

LIANOS, I. (2014), «Towards a bureaucracy theory of the interaction between competition law and state action», en CHENG, TK, LIANOS, I., y SOKOL, D.D. (eds.), *Competition and the State*: 32-58.

MALARET, E. (2003), «Servicio público, actividad económica y competencia: ¿Presenta especificidades la esfera local?», *Rev. Estudios de la Administración Local* 291: 567-608.

MARCOS, F. (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *Rev. Administración Pública* 179: 333-365.

— (2012), «El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta Andalucía en el cartel de las uvas y vinos de Jerez: Comentario a la RNCN de 6 de octubre de 2011, S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez», *Rev. Derecho de la Competencia y la Distribución* 11: 253-276.

MARCOS, F. (2015), «Comentario al artículo 4», en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J., GUTIÉRREZ, A. y SALA, J. (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed.

MUÑOZ MACHADO, S. (2014), «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado», *Rev. Española Derecho Administrativo* 163: 11-22.

MURIS, T.J. (2004), «State Intervention/State Action-A U.S. Perspective», en Hawk, B. (ed.), *2003 Fordham Corporate Law Institute*: 517-538.

OHLHAUSEN, M.K. (2006), «Identifying, Challenging and Assigning Political Responsibility for State regulation restricting competition», *Competition Policy International* 2/2: 151-156

ORTEGA, J. (2014), «La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local», *Rev. Economía ICE* 876: 57-74.

PADRÓS, C. (2013), «La presencia de la Administración pública en cárteles privados: la regulación administrativa-colusoria», *Rev General Derecho Administrativo* 32: 1-26.

PADRÓS, C., y MACÍAS, J.M. (2014), «Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado», *Revista de Administración Pública* 194:113-151.

REBOLLO, M. (2014), «La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado», *Rev. Española Derecho Administrativo* 163: 23-33.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., y PARDO, A.J. (2011), «Poder regulador y mercado: Las memorias e informes de competencia», *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia* 6: 259-292

SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2015), *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2ª Ed.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2013), «El contencioso de la unidad de mercado», *Revista Andaluza de Administración Pública* 87: 51-93.

TORNOS, J. (2014), «La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. En particular, el principio de eficacia», REAF 19: 144-177.

VICIANO, J. (2014), «Intervención pública en la economía y libre competencia», en GARCÍA, J.A. (dir), *Tratado de Derecho de la Competencia y la Publicidad*: 603-720.

YANES, P (2014) «La facilitación pública del cártel», en VELASCO, L et al (coord), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*: 29-59.

Resumen

El presente trabajo analiza la influencia del análisis económico en la regulación de la competencia dentro de la Unión Europea durante los últimos quince años. Ofrece una visión personal, y por tanto subjetiva, de la evolución de las políticas y los debates doctrinales. En la primera parte del artículo, el autor explica los motivos que llevaron a la Comisión Europea a incorporar a sus filas doctores en Economía; describe la evolución del equipo del Economista jefe de competencia (*Chief Competition Economist Team*, o CET), que depende del Director General de Competencia de la Comisión Europea; y documenta el impacto que tuvo la creación del CET en el sector de la consultoría económica. En una segunda parte, el autor repasa la aportación de los economistas del CET y de los académicos y consultores económicos al desarrollo del derecho de la competencia de la Unión Europea. Se identifican áreas donde la ley no refleja el pensamiento económico actual y otras en las que la aplicación del derecho de la competencia sí está sustentada en unos sólidos fundamentos económicos. El artículo concluye con una breve reseña y evaluación crítica de las opiniones de economistas y no economistas que se han manifestado recientemente en contra de la utilización –en su opinión, abusiva– de la Economía en temas relacionados con el derecho de la competencia en la UE.

Palabras clave: regulación, derecho de la competencia, unión europea.

JEL: K23.

Abstract

This paper considers the role of economics in EU competition over the last fifteen years. It offers and personal, and thus subjective, account of policy developments and doctrinal debates. First, I explain the reasons why the European Commission decided to incorporate PhD economists to its ranks, describe the evolution of the Chief Competition Economist Team (CET) at Directorate General for Competition of the European Commission (DG Comp), and document the impact of the creation of the CET for the economic consulting industry. Then, I review the contributions made by the CET economists and economic academics and consultants to the development of EU competition law. I identify those areas where the law does not reflect current economic thinking and those where, on the contrary, the enforcement of competition law is well grounded in economics. I conclude with a brief account and a critical assessment of the views of economists and non-economists who have recently criticized the use – in their opinion abusive – of economics in EU competition law matters.

Key words: competition law, european union.

JEL: K23.

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE: DE LA REFORMA «MONTI» AL PAQUETE DE MODERNIZACIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO

Jorge PADILLA (*)

Compass Lexecon y Research Fellow en CEMFI

Hay quien vive en un mundo de fantasía, y quien vive anclado en la realidad; y luego hay quien convierte lo primero en lo segundo.

Erasmus de Rotterdam

I. EL DESEMBARCO DE LOS DOCTORES EN ECONOMÍA

La historia comienza a principios de la década de 2000, cuando los primeros doctores en Economía se incorporaron a la Dirección General de Competencia (de forma abreviada, DG-COMP). La DG-COMP se había opuesto a varias operaciones de concentración (horizontales, verticales y por conglomerado) basándose en teorías de daño a la competencia que o bien no eran compatibles con los principios económicos o bien no estaban sustentadas en un análisis empírico riguroso. En 2002-2003, el Tribunal de Primera Instancia (denominado actualmente Tribunal General) anuló tres de esas decisiones: *Airtours/First Choice*, (1) *Schneider/Legrand* (2) y *Tetra Laval/Sidel* (3). El Tribunal declaró que el análisis de la Comisión sobre los efectos «coordinados» en el caso *Airtours/First Choice* presentaba fallos de concepto y no estaba soportado por los hechos. El Tribunal también afirmó que el análisis de los efectos de los conglomerados en *Tetra Laval/Sidel* se basaba en conje-

turas y carecía de verosimilitud. También concluyó que la prohibición de la fusión Schneider/Legrand se fundaba en un análisis económico incompleto. El Tribunal comprendió claramente la lógica y los límites asociados al análisis económico de los efectos de los conglomerados, y la dificultad de establecer efectos «coordinados» en la práctica. Amparándose en este razonamiento, concluyó que las tres decisiones se basaban en análisis económicos fallidos.

Estas resoluciones llevaron al comisario Monti a adoptar una serie de reformas que tendrían por efecto modificar para siempre el control de las concentraciones, y el derecho de la competencia, en la UE (4). El principal objetivo de las reformas del comisario Monti era lograr un Derecho de la Competencia en la UE compatible con la base de conocimientos económicos. Dejó claro que la finalidad del control de las concentraciones consistía en proteger la competencia en beneficio de los ciudadanos, y no proteger a los propios competidores o mantener una estructura de mercado atomizada *per se* (5).

Una de estas reformas fue la creación del CET, liderado por el Economista jefe de competencia de la Comisión, cuyas funciones se describen claramente en el sitio web de la DG-COMP:

«El Economista jefe forma parte de la Dirección General de Competencia de la Comisión, y entre sus tareas está la de asistir a ésta en la evaluación del impacto económico de sus actuaciones. El Economista jefe aporta orientación independiente sobre aspectos de metodología económicos y econométricos para la aplicación de la normativa europea en materia de competencia. Colabora en la tramitación de asuntos concretos sobre competencia (en concreto, los relacionados con extremos económicos complejos y el análisis cuantitativo), en el desarrollo de instrumentos de política general y en el asesoramiento sobre casos que se encuentren pendientes de resolución en los Tribunales Comunitarios» (6).

El primer Economista jefe fue Lars-Hendrick Röller, que lideró un equipo reducido, pero jugó un papel clave en consolidar el equipo del Economista jefe de competencia y en forjar su reputación como mecanismo creíble de freno y contrapeso dentro de la DG-COMP. Su sucesor en el cargo, Damien Neven, dirigió el CET durante cinco años e incrementó el equipo de 5 a 25 economistas. Su mandato fue crucial para moldear el CET. Su experiencia en consultoría económica –fue el economista que contribuyó a persuadir al TPI en *Airtours/First Choice* y *Tetra Laval/Sidel*– se reveló clave para garantizar que las opiniones del CET fuesen tenidas seriamente en cuenta por la jerarquía y no se les diera la espalda por puramente teóricas o académicas. Durante el mandato de los economistas jefe tercero y cuarto, Kai-Uwe Kühn y Massimo Motta, el CET ha trabajado más estrechamente con los equipos involucrados en la evaluación de

los casos, sobre todo en las revisiones de concentraciones propuestas. Esto resulta evidente en muchas decisiones recientes (7), que incluyen un componente de análisis económico y econométrico mucho mayor que en cualquier otro momento de la historia. El inconveniente de esto es que el CET tiene menos probabilidades de actuar como mecanismo de freno y contrapeso hoy de lo que lo hizo con sus predecesores Röller y Neven.

La creación del CET en Bruselas ha sido imitada en el resto de Europa (8). De Finlandia a España y de Portugal a Polonia, incluyendo naturalmente a Francia y Alemania, las autoridades nacionales de defensa de la competencia han contratado a doctores en Economía para reforzar la capacidad de sus organizaciones para tratar teorías económicas del daño y evidencias económicas complejas.

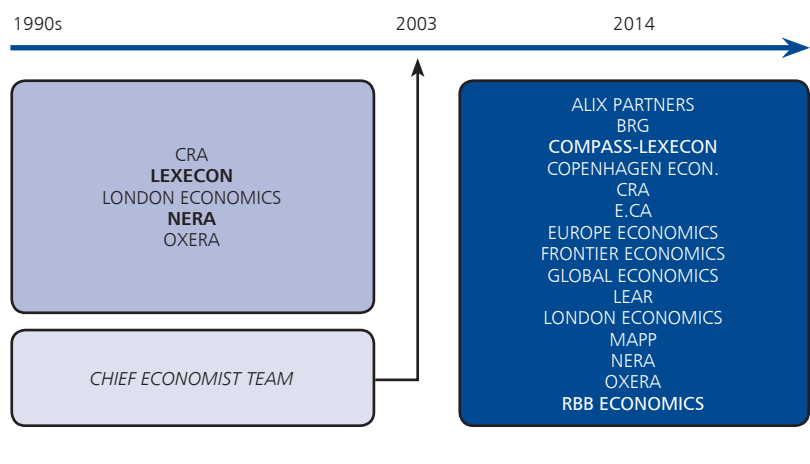
Las reformas introducidas por el comisario Monti también tuvieron un enorme impacto en el negocio de la consultoría económica. Hasta 2003, los economistas eran contratados principalmente en casos de control de concentraciones y solían intervenir al final de la Primera fase, o incluso en la Segunda fase, en el proceso de revisión de la concentración. Se los llamaba cuando el partido estaba casi terminado, para salvar operaciones que atravesaban dificultades y cuando a menudo era demasiado tarde para ponerles remedio. El foco prioritario de su trabajo consistía en la definición del mercado relevante, un área de investigación que no se enseña como tal en las facultades de Economía. Hasta las reformas del comisario Monti de 2003, y a diferencia de lo que pasaba en EE.UU., la mayoría de los consultores económicos en

Europa no poseían doctorados en Economía. Se limitaban a aplicar el sentido común y los principios económicos más básicos a la hora de cuestionar las objeciones esgrimidas por la Merger Task Force de la DG-COMP (parte de la DG-COMP que, por entonces, se ocupaba de las concentraciones). Esto ha cambiado radicalmente. Los economistas se involucran ahora en todo tipo de casos sobre competencia, no solo en las concentraciones. Cuando se los contrata para asesorar sobre concentraciones, se hace antes incluso de que se notifique la operación, colaborando estrechamente con los asesores durante la fase previa a la notificación o incluso antes de que se negocie el acuerdo. Su trabajo no se limita ya a la definición de mercado; ahora también evalúan la proximidad de la competencia, estiman UPP (índices de Presiones Alcistas sobre los Precios) e IPR (índices de Subidas Indicativas de Precios), simulan los efectos de las concentraciones basándose en la Teoría de Juegos, realizan análisis de precio-concentración, y evalúan las eficiencias utilizando las herramientas más modernas. Y esto es aplicable no solo a Bruselas, sino también a muchos (aunque, hay que admitirlo, no a todos) los Estados miembros de la UE.

El sector de la consultoría económica ha experimentado a su vez una profunda transformación. Hasta las reformas de 2003, dos empresas –Lexecon y NERA– asesoraban en la mayoría de los casos para la UE. Desde entonces, muchas empresas nuevas han irrumpido en el mercado (véase el gráfico 1), que ahora presenta un alto grado de atomización y competencia (9).

El tamaño del mercado se ha multiplicado, y se prevé que con-

**GRÁFICO 1
CONSULTORÍA ECONÓMICA EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA
COMPETENCIA: PAISAJE COMPETITIVO**



tinúe creciendo y que lo haga a mayor velocidad, sobre todo en Alemania y en el sur y este de Europa (véase el gráfico 2).

II. ¿CUÁL ES LA LABOR DE LOS ECONOMISTAS EN LOS CASOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE?

Cabe entonces preguntarse cuál es la aportación real de los economistas al derecho de la competencia en Bruselas y el resto de capitales europeas. O, en términos más simples, ¿de qué se han ocupado durante estos últimos años todos los economistas con títulos de máster y doctor enrolados en los organismos europeos de defensa de la competencia, y sus homólogos del sector privado? Tal y como se muestra en el gráfico 3 y se explicará más adelante, la importancia del análisis económico en el derecho de la competencia de la UE varía según el campo considerado; así, reviste una gran importancia en el control de las concentraciones, habiendo contribuido al desarrollo e implementación de una exitosa

política basada en el impacto, mientras que en las ayudas de Estado sigue teniendo un papel muy secundario (10).

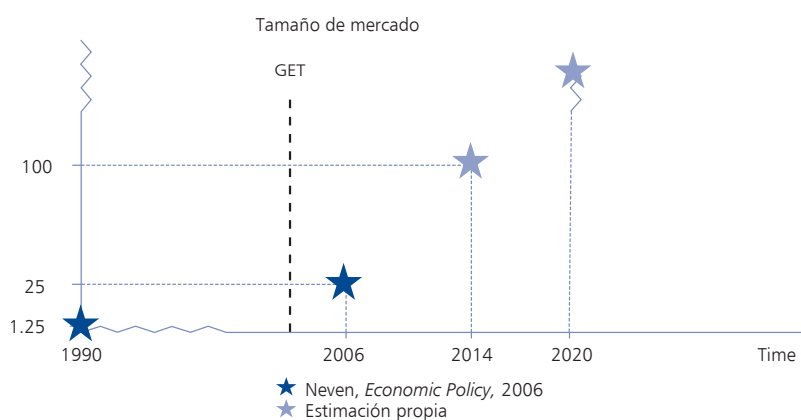
1. Control de concentraciones

El control de las concentraciones es el área de la política de la competencia en la que el análisis económico ha ejercido una mayor

influencia en los últimos años. El estudio de los acuerdos horizontales, por ejemplo, ha evolucionado desde un enfoque formalista basado en una «presunción estructural», por la cual se presume que un incremento significativo de la concentración del mercado tiene por efecto aumentar los precios y perjudicar a los consumidores, a otro basado en el impacto, donde la clave es predecir los efectos probables de la concentración sobre los precios a partir de información sobre ratios de desviación (*diversión ratios*) y márgenes, y donde las cuotas de mercado y los índices de concentración ya no desempeñan un papel crucial.

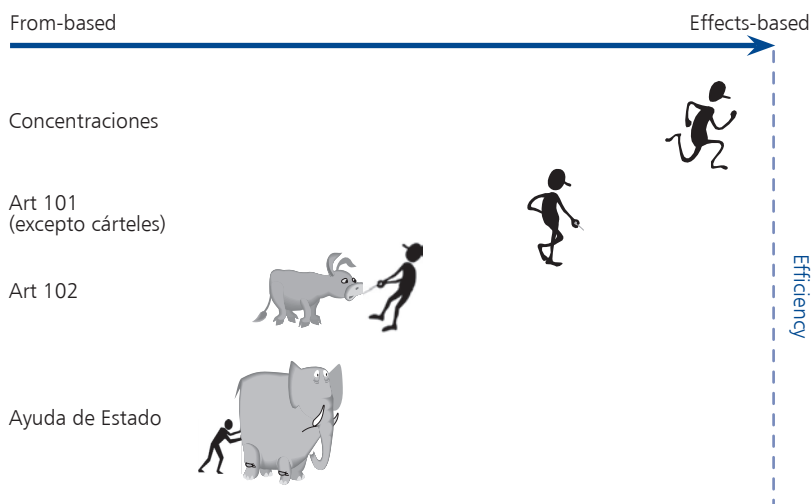
Este enfoque arranca del Reino Unido con la adopción del test de la «disminución sustancial de la competencia» (*Substantially less competition, SLC*). La UE siguió sus pasos con el test de la «obstaculización significativa de la competencia efectiva» (*significant impediment to effective competition, SIEC*) (11). A partir de entonces, muchas otras jurisdicciones comunitarias, entre ellas España hace algunos años (12), se han sumado a esta tendencia.

**GRÁFICO 2
CONSULTORÍA ECONÓMICA EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA
COMPETENCIA: TAMAÑO DE MERCADO**



Fuente: D. Neven, «Competition economics and antitrust in Europe», *Economic Policy*, 2006 y elaboración propia.

GRÁFICO 3
APORTACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO A LAS DISTINTAS ÁREAS
DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA



Fuente: Este gráfico se ha tomado de una presentación en PowerPoint de Lorenzo Coppi.

Poco tiempo después de los tres dictámenes del TPI descritos al comienzo, la Comisión Europea publicó directrices sobre concentraciones horizontales (*Horizontal Merger Guidelines*) en 2004 (13) y no horizontales (*Non-horizontal Merger Guidelines*) en 2008 (14). Estos constituyen excelentes documentos, bien asentados en la teoría y la evidencia económica. Muestran el enfoque de la Comisión al análisis de las concentraciones horizontales, verticales y por conglomerado. Lejos de quedarse en meras declaraciones de intenciones, aportan una detallada hoja de ruta que los equipos de la Comisión pueden seguir paso a paso en cada caso llevado ante los tribunales. Como consecuencia, las directrices sobre concentraciones generan seguridad jurídica al tiempo que adoptan un enfoque basado en el impacto, demostrando así que análisis económico sólido y seguridad jurídica no están reñidos, lección que algunos parecen ignorar al preconizar un enfoque

basado en las formas al artículo 102 esgrimiendo argumentos de seguridad jurídica (15). Quedan algunos flecos no resueltos —como el tratamiento de las eficiencias en las concentraciones horizontales o la determinación de los «umbrales de materialidad» (16) al evaluar los efectos sobre los precios—, pero no me cabe ninguna duda de que en los próximos cinco a diez años se lograrán avances en dichos asuntos.

Los economistas en Europa, tanto si trabajan para las partes en el procedimiento, como para la DG-COMP o las autoridades nacionales de la competencia (NCA) más avanzadas de la UE, analizan ahora periódicamente las concentraciones horizontales utilizando las herramientas que se han convertido en estándar en EE.UU.: el análisis de la demanda, los indicadores UPP, las técnicas de simulación, las regresiones precio-concentración, los estudios sobre competencia entre empresas a través

de sus estrategias de puja, etc. (17). Igualmente, el análisis de las concentraciones verticales y por conglomerado se lleva actualmente a cabo mediante un marco de referencia, inspirado en las ideas de la Organización Industrial moderna, uno de cuyos pioneros es el último ganador del Premio Nobel de Economía, Jean Tirole (18). Considera la *capacidad* y el *incentivo* de las partes participantes en la fusión para excluir a sus competidores y los probables efectos anticompetitivos de las potenciales estrategias excluyentes de los rivales; y trata de poner en relación esos efectos perjudiciales con las eficiencias generadas, en su caso, por la fusión. Nuevamente, esto es acorde con las prácticas de control de concentraciones en EE.UU.

2. Acuerdos horizontales y verticales

El derecho de la competencia de la UE, en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

El análisis económico ha tenido una influencia decisiva en el diseño del derecho de la competencia de la UE, tanto en lo que respecta a los acuerdos de cooperación horizontal como en lo relativo a los acuerdos verticales. Las Directrices de 2010 de la Comisión Europea sobre restricciones verticales (19), sus Directrices de 2011 sobre acuerdos de cooperación horizontal entre

competidores (20), y sus Directrices de 2014 sobre transferencias de tecnología (21) son ampliamente compatibles con el pensamiento económico existente. En mi opinión, solo restan tres fuentes de posible preocupación: (i) el tratamiento de los acuerdos de imposición del precio de reventa (o RPM, por sus siglas en inglés), (ii) la clasificación de determinadas prácticas, incluidos ciertos intercambios de información entre competidores, como *restricciones de la competencia por el objeto*, y (iii) la evaluación de las eficiencias. A continuación explico las razones de todo ello.

RPM. En lo que respecta a los RPM, hay evidencias de que algunos acuerdos RPM pueden ser procompetitivos, en tanto que otros pueden facilitar prácticas colusorias (22). Por consiguiente, si nos guiamos por parámetros económicos, los acuerdos RPM deberían ser tratados caso por caso, aplicando un enfoque basado en el impacto o, como se conoce en la jerga del derecho de la competencia, la «regla de la razón» (*rule of reason*) (23). Y sin embargo, el Derecho comunitario trata los RPM como una restricción especialmente grave (*hardcore*) de la competencia y *de facto* los considera ilegales en todo caso (24).

Intercambio de información. En Europa, se presume que determinados intercambios de información –p. ej., aquellos que impliquen información individualizada en cuanto a conductas comerciales futuras, o bien los referidos a conductas actuales pero que revelen intenciones de cara al futuro– son ilegales y son tratados como *restricciones de la competencia por el objeto* en el sentido del apartado 1 del artículo 101 del TFUE (25). Yo tengo mis dudas sobre esta po-

lítica. Su pertinencia, o falta de ella, debería seguir siendo objeto de estudio. Como es bien sabido, los intercambios de información pueden ser procompetitivos o anticompetitivos, y con frecuencia no generan diferencia alguna. Puesto que los intercambios de información entre los competidores pueden tener efectos tanto pro como anticompetitivos, parece que el enfoque correcto consistiría en evaluarlos a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, aplicando la denominada «regla de la razón» (26).

Por desgracia, la literatura económica no proporciona «resultados de identificación» concluyentes (es decir, descripciones útiles de las circunstancias que determinan si una práctica empresarial es pro o anticompetitiva). Lo que tenemos en estos momentos es un gran abanico de resultados de «posibilidad». Por ejemplo, se nos dice que el intercambio de intenciones futuras *podría* facilitar la colusión tácita al ayudar a los competidores a alcanzar un punto focal para la coordinación. Pero la literatura no especifica las circunstancias precisas bajo las que dicho intercambio de información permitirá a los competidores identificar un punto focal y coordinarse en la práctica. Para aumentar aún más la complejidad, en la literatura económica también se afirma que el intercambio de intenciones futuras *podría* favorecer la competencia, pero de nuevo no aporta las herramientas –es decir, los resultados de identificación– necesarios para distinguir entre intercambios de intenciones futuras procompetitivos y anticompetitivos. Debido a estas limitaciones, la evaluación competitiva del intercambio de información entre competidores está destinada a cometer considerables errores de tipo I y II. Así,

cabe la posibilidad de que intercambios de información que sean procompetitivos o que podrían no tener impacto alguno en la competencia se califiquen como anticompetitivos (error de tipo I), mientras que intercambios que son anticompetitivos podrían pasar indetectados por el radar evaluador (error tipo II) (27). La frecuencia relativa y el coste de ambos tipos de errores estarán influidos por la naturaleza y carácter de las normas legales utilizadas para evaluar los intercambios de información entre competidores. Dada la falta de resultados de identificación en la literatura económica, un enfoque (o conjunto de normas) caso a caso, que establezca el carácter pro o anticompetitivo del intercambio de información en base a la naturaleza de la información intercambiada y a las características del mercado o mercados en que operan las empresas participantes en el intercambio de la información, conducirá probablemente a ambos tipos de error.

Como señalan Matthew Bennett y Philip Collins en un excelente trabajo que ofrece una revisión exhaustiva de los aspectos jurídicos y económicos del intercambio de información (28), un análisis caso a caso impone una elevada carga sobre (a) las empresas, que podrían no tener la capacidad para desarrollar el complejo análisis económico requerido, y (b) las autoridades de la competencia y los demandantes privados incoadores de los casos. Por tanto, un enfoque caso a caso tiene el peligro de disuadir los intercambios de información procompetitivos (y, por tanto, producir demasiados errores de tipo I) mientras, al mismo tiempo, pueden conducir a una insuficiente disuasión de los comportamientos anticom-

petitivos (es decir, demasiados errores de tipo II). Esta es la razón, como explican Bennett *et al.* (29), de que quizá tuviera sentido económico restringir el ámbito de la regla de la razón. En concreto, pudiera ser razonable atribuir la presunción de ilegalidad a intercambios de información de los que cabe inferir, con una alta probabilidad, un efecto anticompetitivo y en cuyo origen es muy improbable encontrar una justificación objetiva o una motivación procompetitiva (30). Dicho de otro modo, pudiera ser apropiado presumir ilegal un intercambio de información si con dicha restricción es improbable producir costosos errores de tipo I, en tanto que la falta de intervención probablemente provoque costosos errores de tipo II.

Eficiencias. El otro área de fricción entre la evaluación legal de los acuerdos horizontales y verticales según el derecho europeo de la competencia o atendiendo a los aspectos económicos tiene que ver con el tratamiento de las eficiencias. El apartado 3 del artículo 101 del TFUE establece cuatro condiciones para determinar si un acuerdo, que no constituya un acuerdo especialmente grave y no esté exento por otros motivos, podría estar exento debido a sus efectos en la eficiencia: el acuerdo deberá (i) contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, (ii) reservar a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, sin que (iii) impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, ni (iv) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate (31). Estas condiciones son acumulativas,

es decir, deberán cumplirse todas y cada una de ellas para poder declarar que un acuerdo favorece la competencia (32).

Mi principal reserva como economista se refiere a la condición (iv). La cuarta y última condición del apartado 3 del artículo 101 establece que el acuerdo no debe derivar en la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos afectados. Las directrices sobre la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 101 explican que, a la hora de evaluar esta condición, se tendrá en cuenta el grado de competencia que existiera antes del acuerdo. Por tanto, los acuerdos que generen efectos anticompetitivos en un mercado en el que la competencia sea particularmente débil se someterán a un escrutinio más intenso. Las directrices sobre la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 101 afirman provocadoramente:

«En definitiva, la protección de la rivalidad y del proceso de la competencia goza de prioridad con respecto a las mejoras de eficiencia posiblemente beneficiosas para la competencia que se deriven de acuerdos restrictivos» (33).

Pero ¿por qué deberíamos otorgar mayor peso a la protección de la rivalidad que al bienestar de los consumidores? Más aún, ¿por qué debería vetarse un acuerdo cuando existan beneficios para los consumidores que superen a los efectos anticompetitivos potenciales de la operación? Las directrices argumentan que

«[l]a eliminación de la competencia supone la interrupción de este proceso, y las eficiencias a corto plazo se ven superadas por las pérdidas a largo plazo» (34).

Es decir, la Comisión presume que el impacto negativo a largo plazo sobre el bienestar del consumidor provocado por la eliminación de la competencia será siempre de mayor magnitud que los beneficios a corto plazo para los consumidores que se deriven de un acuerdo favorecedor de la eficiencia. Sin embargo, dicha presunción es injustificada: la cuestión de si los efectos a largo plazo del acuerdo contrarrestan sus efectos a corto plazo es algo empírico que solo puede resolverse analizando cada caso por separado. Es más, para realizarlo correctamente, tal ejercicio de equilibrio intertemporal requiere tener en cuenta que el futuro debe ser descontado, puesto que un euro en el futuro no vale lo mismo que un euro hoy, y que se debe tener en cuenta que mientras el presente es cierto el futuro es incierto, ya que, mientras que los beneficios a corto plazo del acuerdo son mesurables y relativamente incontrovertidos, sus efectos futuros tendrán probablemente carácter hipotético y serán difíciles de cuantificar (35).

3. Abuso de posición de dominio

El área del derecho de la competencia de la UE que ha generado más controversia entre juristas y economistas durante los últimos 15 años es la legislación sobre el abuso del dominio de mercado (36). Según el artículo 102 del TFUE, será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Las empresas dominantes tienen una «respon-

sabilidad especial». Se las permite competir según sus méritos pero sus actuaciones unilaterales podrán ser impugnadas cuando se demuestre que son explotadoras (p. ej., cuando los precios aplicados por la empresa no sean equitativos) o excluyentes (p. ej., cuando las estrategias de la dominante tengan probabilidades de expulsar del mercado a sus rivales) (37).

Dos son básicamente los puntos de disenso entre economistas y no economistas en relación con la aplicación del artículo 102: (a) si el bienestar debería ser el único objetivo del derecho de la competencia, y (b) si la evaluación del comportamiento unilateral de las empresas dominantes requiere un análisis de sus probables efectos.

Equidad frente a bienestar. Muchos no economistas, entre ellos algunos altos cargos de la competencia, sostienen que el objetivo último del derecho de la competencia no es el bienestar de los consumidores. En un artículo reciente, Dr. Wils, consejero auditor de la Comisión Europea, afirmó:

«No hay duda de que las normas comunitarias sobre competencia tienen efectos positivos sobre el bienestar de los consumidores y la eficiencia pero los Tratados de la UE no permiten que estos efectos sustituyan al objetivo del libre juego de la competencia, incluso sin considerar los demás ventajas que la libre competencia lleva aparejadas... como variedad de oferta y posibilidad de elección para el consumidor, el derecho a competir según los méritos y la igualdad de oportunidades entre los operadores económicos» (38).

Por su parte, los economistas consideran procompetitivas (y a la inversa, anticompetitivas) las actuaciones que incrementan (disminuyen) el bienestar (en casos de derecho de la competencia, el bienestar de los consumidores en el largo plazo) (39). Existe un amplio consenso entre los economistas al afirmar que el derecho de la competencia solo cumple su finalidad si el bienestar se convierte en el único, o cuando menos el principal, objetivo de intervención de la política sobre competencia. Una política que vaya en menoscabo del bienestar total de los consumidores no puede justificarse legítimamente con referencias a una vaga idea de equidad (40). Como expresaron Ahlborn y Padilla:

«El valor social de las políticas orientadas a preservar la rivalidad y garantizar unas reglas de juego homogéneas viene dado por el impacto de dichas políticas en el bienestar social total. La protección de la rivalidad no es un fin en sí mismo; solo tiene sentido si ayuda a aumentar el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el bienestar social es el objetivo último que justifica objetivos tales como la promoción de la competencia y la protección del proceso competitivo» (41).

Dos enfoques: basado en las formas y basado en el impacto. Desde una perspectiva económica, la evaluación competitiva del comportamiento unilateral de una empresa dominante es un ejercicio complejo, ya que casi cualquier estrategia unilateral adoptada por una empresa con poder de mercado tenderá inevitablemente a producir efectos tanto procompetitivos como anticompetitivos. Por tanto, los economistas consideran

que ninguna actuación unilateral puede ser tachada de anticompetitiva *per se*. Creen que los tribunales y los reguladores de la competencia que utilicen enfoques simplistas basados en las formas incurrirán en errores: se calificarán de legales algunas prácticas que tengan por efecto reducir el bienestar, y viceversa. En su opinión, la evaluación competitiva de las actuaciones unilaterales de empresas dominantes deberá incluir una investigación de sus efectos *netos* probables (42). Las herramientas económicas y econométricas, pese a todas sus limitaciones, ayudarán a reducir la probabilidad de error y generar de ese modo mejores resultados de bienestar.

El problema, en términos prácticos, es que la economía no ofrece demasiada orientación sobre cómo cuantificar y equilibrar efectos anticompetitivos y procompetitivos en casos de abuso de posición dominante (o, más en general, en casos de política sobre competencia). Para ser útil, la economía requiere desarrollar «teoremas de identificación» prácticos, en lugar de «teoremas de posibilidad» o «de imposibilidad» hipotéticos comúnmente desarrollados en la literatura (43). Los economistas deben enfocar sus energías en desarrollar pruebas empíricas robustas y susceptibles de llevarse a la práctica para ayudar a tribunales y organismos de defensa de la competencia a tomar mejores decisiones y conseguir mejores resultados.

La economía puede ser más útil diseñando «normas operativas» que calibrando eficiencias y efectos anticompetitivos de forma individualizada en cada caso. Dichas normas pueden adoptar la forma de *presunciones de le-*

galidad salvo prueba en contrario, según las cuales una práctica empresarial se considerará legal salvo que el demandante demuestre que se cumplen determinadas condiciones económicas, o *presunciones de ilegalidad salvo prueba en contrario*, en las que una práctica empresarial se considerará ilegal a menos que el demandado demuestre que en el caso juzgado se cumplen determinadas condiciones económicas.

Según afirma el catedrático John Vickers, antiguo director del órgano de defensa de la competencia británico y reputado economista de organización industrial,

«Afirmar que la práctica jurídica sobre el abuso de dominio ha de desarrollar un fundamento económico más sólido no equivale a afirmar que las normas legales deben sustituirse por una toma de decisiones discrecional basada en lo que se considere deseable en términos económicos según el caso del que se trate. Han de existir leyes en esta área de la política de la competencia, sobre todo por razones de predecibilidad y rendición de cuentas. Por tanto, no se trata de un debate entre leyes o discrecionalidad, sino de cómo de bien fundamentadas en la economía estén esas leyes. A tal fin, el análisis económico tiene un gran potencial para contribuir al desarrollo del Derecho sobre el abuso de dominio. No obstante, para ser efectiva, la economía debe contribuir en un modo que resulte práctico a los organismos encargados de velar por la competencia, y en última instancia los tribunales, a la hora de conocer de los casos planteados» (44).

Considerando que los tribunales y las autoridades de la competencia no se nutren precisamente de economistas cultivados y educados en los secretos de aquilatar los efectos pro y anticompetitivos –suponiendo que tal espécimen exista–, y considerando que la aplicación del derecho de la competencia afecta al bienestar de los ciudadanos –un tesoro demasiado importante que conviene preservar–, el diseño de normas prácticas, fáciles de implementar y con efectos deseables sobre el bienestar debería ser la principal prioridad del análisis económico sobre las políticas y el Derecho antimonopolio (45).

4. Ayudas de Estado

El apartado 1 del artículo 107 del TFUE define las ayudas de Estado como cualquier ayuda otorgada por los Estados miembros o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falsee o amenace falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, y siempre y cuando ello afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Dichas ayudas son declaradas incompatibles con el mercado interior y, por tanto, están prohibidas. Pese a la prohibición general de las ayudas de Estado, ciertos tipos de ayudas estatales podrán considerarse compatibles. Así, los apartados 2 (46) y 3 (47) del artículo 107 del TFUE estipulan algunas excepciones a la norma general.

Tradicionalmente, el papel de la economía en el control de las ayudas de Estado ha sido muy limitado (48). En términos generales, la única aplicación de los principios económicos a los casos sobre ayudas de Estado consiste en la implemen-

tación del denominado «test del inversor en una economía de mercado» (*Market Economy Investor Principle*) (49), que permite identificar si una transferencia de fondos estatales debe ser o no considerada ayuda. Aunque el apartado 1 del artículo 107 estipula que solo están prohibidas las ayudas que falseen la competencia y afecten a los intercambios comerciales, y una verificación correcta de si dichas condiciones se cumplen requeriría un profundo análisis económico, se ha presumido la existencia de distorsiones de la competencia y efectos sobre los intercambios comerciales siempre que se ha detectado la presencia de una ayuda otorgada por los Estados. La evaluación de compatibilidad con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 107 también se ha llevado a cabo según criterios formalistas.

En 2005, la Comisión Europea lanzó su Plan de Acción de Ayudas Estatales (SAAP) (50). El SAAP introdujo una nueva «prueba de sopesamiento» para determinar la compatibilidad de las ayudas otorgadas por los Estados. Con arreglo a dicha prueba, la CE debe sopesar los efectos económicos positivos de las ayudas y ponerlos en la balanza junto a los efectos negativos, a fin de avanzar hacia el objetivo de «menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos» (51). Aunque la lógica de la prueba está cimentada en el análisis económico, la impresión general es que solo ha aportado una narrativa de referencia para la evaluación de la compatibilidad y que, por tanto, no ha servido para reducir el nivel de interferencia política en el control de las ayudas estatales. Por lo tanto, tal vez no sorprenda que la Comisión vaya a remodelar completamente sus normas en dicha materia bajo el

paquete de Modernización de las Ayudas Estatales (SAM) (52). La evaluación de las ayudas estatales forma parte integral de esta reforma. La Comisión requerirá que los Estados miembros evalúen una serie de instrumentos de ayudas estatales con el fin de identificar su impacto (53). Las metodologías identificadas por la Comisión para realizar tales evaluaciones son de naturaleza económica y econométrica (54). La puerta para aplicar el análisis económico al control de las ayudas estatales podría haberse abierto por fin.

III. CONTROVERSIAS SOBRE EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE

En mi opinión, la utilización de herramientas económicas en el control de concentraciones (y, en menor medida, en casos relacionados con el artículo 101 (55)) ha permitido a la DG-COMP y a las autoridades de competencia de los Estados miembros tomar mejores decisiones. Aunque no comparto algunas de esas decisiones (56), cuando observo con cierta distancia los casos en los que defendí una posición contraria y perdí, estoy orgulloso del estado del control de las concentraciones en la UE. Y si no puedo decir lo mismo de otras áreas del derecho de la competencia en la UE, ello se debe a que el análisis económico ha desempeñado un papel más secundario en la toma de decisiones y en la articulación de la política. En suma, creo que la aportación de la ciencia económica al derecho de la competencia en la UE ha sido positiva y, si acaso, lamento que su influencia aún siga estando principalmente restringida al control de las concentraciones.

1. Críticas

No todo el mundo comparte esta conclusión. Hay voces críticas tanto dentro como fuera de las instituciones de defensa de la competencia (57). Para algunos, la utilización de la economía, y en particular lo que califican de economía «sofisticada», se ha revelado perjudicial. La economía, argumentan, ha encarecido el proceso de control de concentraciones y la evaluación de las cuestiones relativas a la competencia sin producir a cambio mejores resultados.

Estas voces críticas sostienen con énfasis que la economía no es una ciencia y que, en consecuencia, la aplicación de las herramientas económicas modernas no puede generar resultados robustos y, lo que es peor, está abierta a manipulación (58). Se quejan de la complejidad añadida por la economía (59) y del uso desproporcionado de las matemáticas, que, en su opinión, encubre juicios de valor no declarados (60).

El resultado de todo ello es –según estos detractores– que las empresas envueltas en expedientes sobre concentraciones y otros casos judiciales sobre competencia deben ahora atender a laboriosas peticiones de información (RFI) y cuestionarios preparados por los economistas del CET, así como aportar ingentes cantidades de información sin otra razón aparente que la de fomentar las carreras de los economistas en las instituciones de la competencia, aumentar el patrimonio de los consultores económicos o satisfacer los intereses corporativistas del gremio de economistas (61).

2. Y sin embargo, se mueve (62)

Si bien todas las opiniones merecen ser consideradas, y las

críticas planteadas por personas con conocimientos y experiencia en política de la competencia no deben infravalorarse, yo discrepo de las críticas descritas más arriba. Creo que la economía ha tenido una contribución positiva, y que aún tiene mucho que aportar en años venideros.

El escepticismo respecto al análisis económico se basa a menudo en la creencia, comprensible pero incorrecta, de que la aplicación de métodos científicos a los hechos de un caso de derecho de la competencia debería producir resultados no ambiguos y consistentes. Los resultados contradictorios se interpretan como evidencia de partidismo o falta de profesionalidad de los denominados «consultores externos». Sin embargo, tal contradicción aparente podría reflejar simplemente diferencias en cuanto a los datos, el enfoque aplicado a la modelización económica o las hipótesis utilizadas para interpretar los datos, o bien diferencias en cuanto a las técnicas y las metodologías empíricas, e incluso ser resultado de errores involuntarios. Cuando estudios alternativos generan conclusiones contradictorias, se deberían investigar exhaustivamente sus méritos relativos. El enfoque no puede ser descartarlos todos como si fueran igualmente incorrectos o poco científicos. Podría suceder perfectamente que, pese a sus aparentes contradicciones, todos esos estudios resultasen ser valiosos. Además, las inconsistencias podrían reflejar simplemente cierta «ambigüedad» no eliminable. Como señalé claramente el Profesor Charles Manski:

«Debemos desarrollar una mayor tolerancia a la ambigüedad. Debemos asumir que no podemos responder todas

las preguntas que formulemos (63)».

Si los análisis presentados para comprobar una determinada hipótesis en un caso de política de competencia arrojasen resultados contradictorios pero (i) todos ellos fuesen científicamente válidos y (ii) ninguno de ellos pudiese ser considerado intrínsecamente superior a los demás, la única conclusión legítima que cabría extraer es que la evidencia disponible no puede corroborar ni refutar dicha hipótesis. El resultado en tal caso estará determinado por dónde se haga recaer la carga de la prueba (64).

También deberíamos tener en cuenta que los modelos económicos y econométricos perfectos no existen. Todos los modelos requieren simplificar las hipótesis y/o se basan en información imperfecta. No obstante, en muchas circunstancias, dichas simplificaciones e imperfecciones no tienen un efecto significativo en los resultados cuantitativos y/o cualitativos del análisis (65).

A los economistas no nos gustan los modelos complejos *per se*. Suponiendo constantes el resto de factores, nos decantamos claramente por un modelo sencillo parsimonioso frente a otro complejo. La complejidad resulta en ocasiones inevitable, pues, como dice la máxima, «la intuición algunas veces engendra monstruos» (66). Como explicó el Profesor Hahn en 1933:

«Considerando que la intuición se reveló engañosa en tantas ocasiones, y viendo cómo hipótesis que intuitivamente se habían aceptado como verdaderas eran una y otra vez refutadas como falsas al aplicárseles la lógica, los matemáticos desarrollaron un creciente

escepticismo frente a la validez de la intuición. [Los científicos] aprendieron que no es aconsejable aceptar cualquier hipótesis matemática, y mucho menos basar cualquier disciplina matemática en convicciones intuitivas» (67).

Los economistas no utilizan símbolos matemáticos y letras griegas para enojar a los abogados, o para encubrir conceptos vacuos y malintencionados. Utilizan la matemática para imponer disciplina en sus ideas y análisis, y para evitar los riesgos de una intuición descontrolada y de incurrir en narrativas plausibles pero lógicamente incorrectas, sobre todo aquellas trufadas con jerga económica. Como explicó el Profesor Dennett, conocido filósofo,

«Otra razón por la que los científicos suelen recelar de las discusiones teóricas desarrolladas mediante «simple oratoria» es que reconocen que la tarea de criticar y argumentar sin basarse en ecuaciones matemáticas es mucho más difícil, y suele arrojar resultados menos concluyentes. El lenguaje de las matemáticas es una garantía fiable de la fuerza lógica de un argumento. Es como la red de un aro de baloncesto: elimina fuentes de discrepancia y subjetividad sobre si el balón entró o no (cualquiera que haya jugado al baloncesto en una cancha con un aro desnudo conoce la dificultad que a veces entraña determinar si el balón ha pasado por dentro o por fuera del aro)» (68).

En cuanto a su rectitud moral, creo que los economistas no son ni más ni menos honestos que cualquier otro profesional. Me preocupa como al que más

el mal uso de la economía en los casos sobre competencia seguidos ante los tribunales y otras instancias. La solución a la falta de honradez real o percibida de algunos economistas, ya trabajen para las partes, para sus asesores legales o para las autoridades de defensa de la competencia, no es arremeter contra la economía o vetarla por completo. Lo que necesitamos son procesos apropiados para evaluar la evidencia económica.

Las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales pueden adoptar medidas encaminadas a facilitar la evaluación de evidencias económicas y econométricas aparentemente contradictorias (69). Una opción es solicitar a los expertos que defienden posiciones opuestas que expliquen sus discrepancias en términos intuitivos, a poder ser, aunque no necesariamente, trabajando de forma cooperativa. Otra alternativa es instar a dichos expertos discrepantes a que se reúnan y debatan, entre otras cosas, cuestiones relativas a los datos, la teoría económica y los enfoques utilizados en la modelización (70). Una tercera opción es que los tribunales designen expertos independientes que asesoren a los jueces sobre cuestiones técnicas (p. ej., modelos econométricos o Teoría de Juegos). Por último, en muchas jurisdicciones, como Australia, los tribunales organizan «careos» en los que se solicita a los expertos comparecientes que se interpeleen y debatan delante del juez. Este medio de deposición sobre cuestiones económicas reduce las diferencias entre los expertos y permite sustanciar las principales áreas de discrepancia.

El rigor científico de las pruebas económicas presentadas en un caso también puede ser ob-

jeto de impugnación en vía judicial. Tras la sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. en el caso *Daubert* en 1993 (71), se suele solicitar a los jueces federales que realicen una «valoración preliminar» de si el testimonio de los expertos es «científicamente válido», atendiendo «exclusivamente a los principios y a la metodología». La sentencia del caso *Daubert* obliga a los jueces responsables del proceso a considerar al menos cuatro factores a la hora de determinar la admisibilidad de la evidencia científica en el procedimiento judicial: (a) si la teoría o metodología empleada es susceptible de comprobación, (b) si el trabajo propuesto se ha sometido a revisión por pares, (c) si la tasa de error es aceptable y (d) si el método en cuestión goza de aceptación general.

La sentencia del caso *Daubert* tiene claras consecuencias para el análisis económico en cuestiones de competencia. Con carácter general, el análisis económico será admisible en procedimientos sobre competencia solo cuando reúna el doble requisito de ser intelectualmente riguroso y estar suficientemente vinculado a los hechos juzgados. Y sin embargo, las repercusiones prácticas de esta sentencia aún están en desarrollo (72). En agosto de 2006, la Economic Evidence Task Force de la Sección de Derecho Antimonopolio del Colegio de Abogados de EE.UU. concluyó que «*Daubert* probablemente disuadirá al menos ciertos tipos de testimonio económico no profesional, sobre todo al incentivar los esfuerzos para adecuar la evidencia económica a los datos del caso» (73). Con todo, urgió a la Sección a identificar «los criterios específicos a los casos antimonopolio que los tribunales podrían aplicar para admitir o desestimar peticiones *Daubert*», es decir,

peticiones para recusar análisis económico (74).

Las agencias de defensa de la competencia también pueden elevar el nivel de rigor y relevancia de los análisis económicos presentados en los casos sobre competencia publicando directrices de mejores prácticas (75), que para ser totalmente efectivas deberían ser vinculantes sobre todas las partes implicadas, incluidas las propias agencias.

De forma importante, las instituciones y tribunales de la competencia necesitan más tiempo para discutir la evidencia económica compleja, sobre todo si quieren aprovecharse de las amplias bases de datos disponibles actualmente. Por ejemplo, las partes en un expediente de fusión deberían comprometerse a aportar sus estudios en la primera fase o en un estadio temprano en la segunda fase, quizá como parte de la respuesta a las decisiones 6.1.(c) en el caso de la UE. Las autoridades de defensa de la competencia deberían permitir a los economistas de las partes suficiente tiempo para evaluar la evidencia económica presentada en sus pliegos de concreción de hechos. Nada de esto entraña excesiva dificultad desde el punto de vista conceptual, pero exige reformar los procedimientos y tal vez promulgar nuevas leyes.

IV. ¿HACIA DÓNDE SE DIRIGE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UE?

El derecho de la competencia no es una especie de creencia, sino una herramienta de política, con capacidad para afectar positivamente y de forma tangible la manera de funcionar de los

mercados. Podemos discrepar sobre cómo mejorar esta herramienta, pero poner en cuestión la necesidad de una aplicación proactiva del derecho de la competencia sería una equivocación. En el escenario económico actual, en el que muchos países no son capaces –y quizá sigan sin serlo en el futuro cercano– de ofrecer a sus ciudadanos el nivel de protección y servicios públicos que les venían prestando con anterioridad a la crisis, la política de defensa de la competencia y de protección de los consumidores reviste más importancia que nunca. Tiene una función que cumplir en hacer a los consumidores partícipes de la prosperidad generada por el sistema de mercado. Pero dicho objetivo solo se alcanzará si su aplicación está sólidamente fundamentada en la teoría económica y la evidencia empírica.

Cierto, hay numerosas cuestiones que pueden debatirse respecto a la mejor forma de infundir nociones de economía a los casos sobre derecho de la competencia, pero ello no debería sorprendernos. Después de todo, la historia de la influencia de la economía en el derecho comunitario de la competencia es relativamente breve; sus orígenes se remontan a 2003. Al igual que en otros muchos casos, debemos evitar sentirnos frustrados si los cambios no se producen de inmediato. Hemos de seguir mejorando la aplicación de la política sobre competencia, y ello requiere gradualismo para evitar consecuencias no intencionadas, pero también perseverancia, puesto que –y esta es la principal lección que he aprendido como economista asesorando a gobiernos y empresas– las instituciones que no mejoran en el tiempo están condenadas a desaparecer.

NOTAS

(*) *Senior Managing Director* en Compass Lexecon y *Research Fellow* en CEMFI. Jorge Padilla da clases de economía de la competencia en la Barcelona Graduate School of Economics y la Toulouse School of Economics. Este trabajo fue presentado en la 2014/15 LSE-UCL Economics Conference y en la XVII Conferencia Internacional sobre Competencia de Bundeskartellamt. El artículo surge como resultado de conversaciones, que en ocasiones dieron como fruto artículos conjuntos, con Christian Ahlborn, Matthew Bennett, Lorenzo Coppi, Neil Dryden, Kirsten Edwards, David Evans, Cani Fernandez, Fred Jenny, John Fingleton, Anne Layne-Farrar, Damien Neven, Miguel de la Mano, Valerie Meunier, Massimo Motta, Robert O'Donoghue y Alison Oldale. No obstante, la responsabilidad respecto de las opiniones vertidas en este trabajo es exclusivamente del autor.

(1) Caso T-342/99, *Airtours plc frente a Comisión*, 6 de junio de 2002.

(2) Caso T-310/01, *Schneider Electric SA frente a Comisión*, 22 de octubre de 2002.

(3) Caso T-5/02, *Tetra Laval frente a Comisión*, 25 de octubre de 2002.

(4) M. MONTI, *Merger Control in the European Union: a radical reform*, Bruselas, 7 de noviembre de 2002, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-545_en.htm?locale=es.

(5) «... una tendencia muy visible de este mandato ha sido garantizar que la política de la competencia sea plenamente compatible con los conocimientos económicos. Además, la política de la competencia es un instrumento para estimular el crecimiento económico, promover una buena asignación de recursos y fortalecer la competitividad de la industria europea en beneficio de los ciudadanos.» M. Monti, *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Bruselas, 28 de octubre de 2004, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-477_en.htm.

(6) DG Competencia, *The Chief Competition Economist*, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/role_en.html. Véase también L.-H. RÖLLER y P. A. BUIGUES, «The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission», 2005.

(7) Véase J. PADILLA, «The use of economic theory and evidence in recent Phase II EU mergers: a practitioner's viewpoint», en B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2013*, Capítulo 7, Nueva York, Juris Publishing, 2014.

(8) Antes de que la Comisión Europea lo hiciera, las agencias de defensa de la competencia del Reino Unido ya habían nombrado economistas jefe y directores de economía. A lo largo de mi trayectoria profesional, he tenido la suerte de debatir con muchos de ellos,

como Matthew Bennett, Kirsten Edwards, Amelia Fletcher, John Davies, Alison Oldale, Mike Walker y Chris Walters.

(9) Aunque tres empresas –Compass Lexecon, CRA y RBB Economics– son algo más grandes que el resto.

(10) Véase A. JONES y B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, 5.ª edición, Oxford University Press, 2014, y RICHARD WHISH y DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7.ª edición, Oxford University Press, 2012, que contienen excelentes revisiones del Derecho comunitario de la Competencia.

(11) El test de la obstaculización significativa de la competencia efectiva (OSCE) estipula que «las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común». Artículo 2.3 del Reglamento (CE) N.º 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, de 20 de enero de 2004 (el Reglamento CE sobre Concentraciones).

(12) Artículo 10, Ley de Defensa de la Competencia, 3 de julio de 2007.

(13) Comisión Europea, *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, Diario Oficial C 31, 5 de febrero de 2004.

(14) Comisión Europea, *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, Diario Oficial C 265, 18 de octubre de 2008.

(15) W.P.J WILS, «The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance», *World Competition*, 2014.

(16) Es decir, el tope máximo de incremento porcentual del precio por encima del cual debería prohibirse una concentración, o al menos someterse a condiciones.

(17) Véase PADILLA, nota 7 supra.

(18) J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988. P. REY y J. TIROLE, «A primer on foreclosure», en M. ARMSTRONG y R. H. PORTER (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Volume 3 Elsevier, 2007.

(19) Comisión Europea, *Directrices sobre restricciones verticales*, Diario Oficial C 130, 19 de mayo de 2010.

(20) Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los*

acuerdos de cooperación horizontal, Diario Oficial C11, 14 de enero de 2011.

(21) Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología*, Diario Oficial C89, 28 de marzo de 2014.

(22) J. D. WRIGHT, «The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy, British Institute of International and Comparative Law», Londres, 9 de abril de 2014, disponible en https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/302501/140409rpm.pdf.

(23) «La regla de la razón es el planteamiento jurídico aplicado por las autoridades de la competencia o los tribunales para decidir si una determinada práctica empresarial restrictiva debe ser o no prohibida poniendo en la balanza las características procompetitivas de dicha práctica y sus efectos anti-competitivos». OCDE, *Glosario de Términos Estadísticos*, disponible en <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3305>.

(24) Apartado 2.10, *Directrices sobre restricciones verticales*, nota 19 supra.

(25) Apartado 2, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, nota 20 supra.

(26) J. PADILLA, «The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition Laws», en *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law 2010*, OECD Policy Roundtables, 2010, disponible en <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>.

(27) El pionero en aplicar el marco error-coste al diseño de las leyes antimonopolio fue F. H. EASTERBROOK, «The Limits of Antitrust», *Texas Law Review*, 1984. Para una discusión más reciente de su relevancia, véase D. S. EVANS y J. PADILLA, «Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach», *University of Chicago Law Review*, 2005.

(28) M. BENNETT y P. COLLINS, «The Law and Economics of Information Sharing», *European Competition Journal*, 2010.

(29) Véase M. BENNETT, A. FLETCHER, E. GIOVANNETTI y D. STALLBRASS, «Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy», en B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009*, Nueva York, Juris Publishing, 2010.

(30) Véase K.-U. KÜHN, «Fighting collusion by regulating communication between firms», *Economic Policy*, 2001.

(31) *Directrices sobre restricciones verticales*, nota 19 supra, apartado 34.

(32) Id., apartado 38.

(33) Comisión Europea, *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 [actualmente artículo 101(3)] del Tratado*, Diario Oficial C 101, 27 de abril de 2004, apartado 105.

(34) Id.

(35) M. BENNETT y J. PADILLA, «Article 81 EC Revisited: Deciphering European Commission Antitrust Goals and Rules» en X. VIVES (ed.), *Competition Policy in the EU*, Oxford University Press, 2009.

(36) Véase por ejemplo la controversia que rodeó el reciente pronunciamiento del Tribunal General en Intel. (Caso T-286/09 *Intel Corp frente a Comisión*, sentencia de 12 de junio de 2014, pendiente de comunicación). En este caso, el Tribunal General dictaminó que los descuentos por exclusividad son cuasi abusivos *per se*. Según la opinión del Tribunal General, los descuentos por exclusividad concedidos por una empresa dominante tienen, por su naturaleza, la potencialidad de restringir la competencia (¶185), ya que (a) un proveedor en una posición dominante es, en gran medida, un socio comercial ineludible (¶191) y (b) la concesión de un descuento por exclusividad por parte de un socio comercial ineludible hace estructuralmente más complicado para un competidor presentar una oferta a un precio atractivo y conseguir así acceso al mercado (¶193). El Tribunal afirma que la Comisión no está obligada a demostrar la potencialidad de cierre del mercado vinculada a los descuentos por exclusividad de forma individual en todos los casos (¶143). De hecho, considera que, a los efectos de evaluar si existe o no una infracción, ni siquiera tiene relevancia la cuota de mercado que resulta expulsada por el programa de descuentos (¶120). Véase L. KJØBYE, J. PADILLA y R. SNELDERS, «The Intel Controversy: An Introduction», *Competition Law and Policy Debate*, 2015.

(37) Véase R. O'DONOGHUE y J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013.

(38) WILS, 2014, nota 18 supra (el énfasis es nuestro).

(39) Aunque la mayoría de los economistas coinciden en que el objetivo último y único de la política antimonopolio debería ser maximizar el bienestar total, que consiste en agregar el bienestar de los consumidores y los beneficios de las empresas (o el excedente de los productores), muchos economistas creen que el bienestar total será probablemente superior cuando las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales tengan instrucciones para intervenir con vistas a maximizar el bienestar del consumidor. Véase D. NEVEN y L.-H. RÖLLER, «Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control», *International Journal of Industrial Organization*, 2005; B. LYONS, «Could politicians be more right than economists?, A theory of merger standards», University of East Anglia Centre for

Competition & Regulation Working Paper CCR 02-1, revised, 2002; y D. BESANKO y D. F. SPULBER, «Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy», *Journal of Law, Economics and Organisation*, 1993. Véase también A. OLDALE y J. PADILLA, «For welfare's sake? Balancing rivalry and efficiencies in horizontal mergers», *Antitrust Bulletin*, 2010.

(40) «El sello distintivo de la economía del bienestar radica en que las políticas se evalúen exclusivamente en función de sus efectos sobre el bienestar de los individuos... «las normas legales deberían seleccionarse atendiendo exclusivamente a sus efectos sobre el bienestar de los individuos que conforman la sociedad» y «los conceptos de equidad... no deberían recibir una ponderación independiente en la evaluación de las normas legales». L. KAPLOW y S. SHAVELL, *Fairness v Welfare*, Harvard University Press 2002.

(41) C. AHLBORN y J. PADILLA, «From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral conduct under EC Competition Law», en *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to article 82 EC*, Hart Publishing, 2008.

(42) Véase J. WRIGHT, «Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case For Evidence-Based Antitrust», *Antitrust Law Journal*, 2011. Asimismo, Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), *An economic approach to Article 82*, 2005, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

(43) EVANS y PADILLA, nota 27 supra.

(44) J. VICKERS, «Abuse of Market Power», *Economic Journal*, 2005.

(45) Véase EVANS y PADILLA, nota 30 supra. Véase también D. EVANS, J. PADILLA y M. S. SALINGER «A Pragmatic Approach to Identifying and Analyzing legitimate Tying Cases» en I. ATANASIU y C. D. EHLERMANN (eds.), *European Competition Law Annual: 2003*, Hart Publishing, 2006. D. EVANS y J. PADILLA «Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules», *Journal of Competition Law and Economics*, 2005. C. AHLBORN, D. EVANS y J. PADILLA, «The Logic and Limits of the Exceptional Circumstances Test in Magill and IMS Health», *Fordham International Law Journal*, 2005. D. ULPH y Y. KATSOUKAKOS, «Optimal Legal Standards for Competition Policy», *Journal of Industrial Economics*, 2009; D. ULPH y Y. KATSOUKAKOS, «Optimal Enforcement Structures for Competition Policy: Implications of Judicial Reviews and of Internal Error Correction Mechanisms», *European Competition Journal*, 2011; «Decision Errors, Legal Uncertainty and Welfare: a General Treatment», *Economic Journal*, 2014.

(46) Serán compatibles con el mercado interior: (a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos; (b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios

causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; (c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

(47) Podrán considerarse compatibles con el mercado interior: (a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social; (b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; (c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común; (d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común; (e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión

(48) L. COPPI, «The Role of Economics in State Aid Analysis and the Balancing Test», en E. SZYSZCZAK (ed.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Edgar Elgar, 2011.

(49) «La esencia del MEIP es que cuando una autoridad pública invierta en una empresa en términos y condiciones que serían aceptables para un inversor privado que opere en condiciones normales de una economía de mercado, la inversión no constituirá una ayuda de Estado». B. SŁOCCOCK, «The Market Economy Investor Principle», *Competition Policy Newsletter*, Comisión Europea, 2002.

(50) N. KROES, «The State Aid Action Plan – Delivering Less and Better Targeted Aid», Londres, 2005.

(51) Id.

(52) Comisión Europea, «State aid modernisation – a major revamp of EU State aid control», *Competition Policy Brief*, 2014.

(53) Comisión Europea, «You can't improve what you can't measure: State aid evaluation», *Competition Policy Brief*, 2014.

(54) Comisión Europea, *Common methodology for State aid evaluation*, Commission Staff Working Document, 2014.

(55) Véase el caso AT 39595 *Continental/United/Lufhansa/Air Canada*, 23 de mayo de 2013 y el caso AT 37984 *Skyteam*, 12 de mayo de 2015.

<p>(56) Véase PADILLA nota 8 supra.</p> <p>(57) WILS, 2014, nota 18 supra, y S. BISHOP, «Snake-oil with mathematics is still snake oil: why recent trends in the application of so-called «sophisticated» economics is hindering good competition policy environment», <i>European Competition Review</i>, 2014.</p> <p>(58) Wouter Wils, Consejero auditor de la DG-COMP manifestó recientemente: «Por mucho que algunos economistas pretendan revestir sus pensamientos de fórmulas matemáticas, la economía no es una ciencia exacta, como la física o la química, sino una ciencia social, como la sociología, la historia o la filosofía moral». (WILS, 2014, nota 18 supra). Igualmente, Simon Bishop, uno de los fundadores de RBB-economics, una de las consultoras económicas líderes, señaló recientemente: «Por lo tanto, debemos recordar que la literatura disponible nos ofrece un puñado de presunciones económicas irrefutables, a saber, que existen pocas o ninguna «verdad económica universal» ... Quienes estén familiarizados con la teoría económica sabrán que, en un elevado número de ocasiones, se pueden obtener resultados contrarios si se asumen hipótesis alternativas. Esto es especialmente cierto en el caso del análisis económico moderno que emplea la metodología de la Teoría de Juegos». (BISHOP, 2014, nota 60 supra.)</p> <p>(59) «[L]a utilización de modelos y técnicas más complejos en la superficie ha desviado la atención y los esfuerzos desde el intento de comprender cómo funciona realmente la competencia». (BISHOP, 2014, supra note 60.)</p> <p>(60) «Muchos economistas y filósofos científicos han criticado el uso desmesurado de las matemáticas en la economía alegando que crean una apariencia científica al tiempo que encubren la vacuidad de las ideas y los juicios de valor no declarados que subyacen a ella». (WILS, 2014, nota 18 supra).</p> <p>(61) «Aparte de promover los intereses de las empresas dominantes, el llamado «acercamiento más económico» también defiende los intereses especiales de la profesión de los economistas» (véase WILS, 2014, nota 18 supra). «Cuando un economista afirma que</p>	<p>las evidencias son «mixtas», quiere decir que la teoría sostiene una cosa y los datos dicen la contraria». (BISHOP, 2014, nota 60 supra).</p> <p>(62) Frase atribuida al astrónomo Galileo tras ser obligado por la Inquisición a aceptar que el Sol giraba alrededor de una Tierra que permanecía inmóvil.</p> <p>(63) C. F. MANSKI, <i>Identification Problems in the Social Sciences</i>, Harvard University Press, 1995. Véase también C. F. MANSKI «Partial Identification in Econometrics» en el <i>New Palgrave Dictionary of Economics</i>, 2.ª edición, McMillan, 2008.</p> <p>(64) Véase L. KAPLOW, «Optimal Proof Burdens, Deterrence, and the Chilling of Desirable Behavior», <i>American Economic Review, Papers and Proceedings</i>, 2011, y las referencias incluidas en dicha obra.</p> <p>(65) Este punto queda perfectamente ilustrado en el siguiente pasaje de Jorge Luis Borges y Alberto Bioy Casares: «... En aquel imperio, el arte de la cartografía logró tal perfección que el mapa de una sola provincia ocupaba toda una ciudad, y el mapa del imperio, toda una provincia. Con el tiempo, estos mapas desmesurados no satisficieron y los colegios de cartógrafos levantaron un mapa del imperio, que tenía el tamaño del imperio y coincidía puntualmente con él. Menos adictas al estudio de la cartografía, las generaciones siguientes entendieron que ese dilatado mapa era inútil y no sin impiedad lo entregaron a las inclemencias del sol y los inviernos. En los desiertos del oeste perduran despedazadas ruinas del mapa, habitadas por animales y por mendigos; en todo el país no hay otra reliquia de las disciplinas geográficas.» (J. L. BORGES y A. BIOY CASARES, <i>Del rigor de la ciencia</i>, en Jorge Luis Borges, <i>Historia Universal de la Infamia</i>, 1990.)</p> <p>(66) Véase H. POINCARÉ, <i>Science and Method</i>, Dover Publications, 1952. (traducción al inglés del original <i>Science et Méthode</i>, E. FLAMMARION, 1908).</p> <p>(67) H. HAHN, «The crisis in intuition», 1933, en H. Hahn, <i>Empiricism, Logic and Mathematics</i>, Springer, 1980.</p> <p>(68) D. C. DENNETT, <i>Intuition Pumps and Other Tools for Thinking</i>, Norton, 2013.</p>	<p>(69) J. COOMBS y J. PADILLA, «The Use of Economic Evidence before the Courts of the European Union», en C-D. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), <i>European Competition Law Annual 2009</i>, Hart Publishing, 2011.</p> <p>(70) Esta es ahora una práctica estándar en los casos admitidos ante el Tribunal de Apelación de la Competencia en el Reino Unido, el Tribunal Superior del Reino Unido y muchos casos de arbitraje internacionales.</p> <p>(71) <i>Daubert frente a Merrell Dow Pharmaceuticals</i>, 509 U.S. 579 (1993).</p> <p>(72) WERDEN <i>et al.</i> (2004) discuten la disciplina impuesta por <i>Daubert</i> para la aplicación de técnicas de simulación al control de concentraciones. Los autores concluyen que <i>Daubert</i> formula tres demandas: (1) que la simulación sea efectuada por alguien con conocimientos en modelización estructural de sectores del mundo real y la teoría económica subyacente; (2) que los modelos económicos utilizados en la simulación, y cualquier método de estimación utilizado para calibrar esos modelos, tengan la consideración de robustos en los campos de la economía pertinentes; (3) que el modelo de simulación muestre un encaje razonable con los hechos presentes en el caso. G. J. WERDEN, L. M. FROEB y D. T. SCHEFFMAN, «A <i>Daubert</i> Discipline for Merger Simulation», <i>Antitrust</i>, Summer, 2004.</p> <p>(73) <i>Final Report of Economic Evidence Task Force</i>, Colegio de Abogados de EE. UU., 2006.</p> <p>(74) <i>Id.</i>, página 5.</p> <p>(75) Véase DG Comp, <i>Mejores prácticas para la presentación de evidencia económica y la recogida de datos en casos relativos a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE y en casos de concentraciones</i>, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/best_practices_en.html. Véase también D. NEVEN y R. DE CONINCK, «Mejores prácticas sobre la presentación de evidencia económica y la recogida de datos», también disponible en http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/best_practices_en.html.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------