



PAPELES
DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

**REGULACIÓN Y POLÍTICA
DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA EN ESPAÑA**

PAPELES
DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

145

2015

ISSN: 0210-9107



PATRONATO

ISIDRO FAINÉ CASAS <i>(Presidente)</i>	MIGUEL ÁNGEL ESCOTET ÁLVAREZ
JOSÉ MARÍA MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN <i>(Vicepresidente)</i>	AMADO FRANCO LAHOZ
FERNANDO CONLLEDO LANTERO <i>(Secretario)</i>	MANUEL MENÉNDEZ MENÉNDEZ
	PEDRO ANTONIO MERINO GARCÍA
	ANTONIO PULIDO GUTIÉRREZ
	VICTORIO VALLE SÁNCHEZ
	GREGORIO VILLALABEITIA GALARRAGA

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

EDITORIA

María José Moral Rincón

CONSEJO DE REDACCIÓN

CARLOS OCAÑA PÉREZ DE TUDELA <i>(Director)</i>	ELISA CHULIÁ RODRIGO
EDUARDO BANDRÉS MOLINÉ	JUAN JOSÉ GANUZA
SANTIAGO CARBÓ VALVERDE	ÁNGEL LABORDA PERALTA
	JOSÉ FÉLIX SANZ SANZ

COORDINADORA DE EDICIÓN Y DOCUMENTACIÓN

Myriam González Martínez

PORTADA

A jockey in action during on a horse during a race • Dollar Photo Club

EDITA

Fundación de las Cajas de Ahorros
Caballero de Gracia, 28. 28013 Madrid

IMPRIME

Advantia Comunicación Gráfica, S.A.

Depósito legal:	M. 402-1980
ISSN:	0210-9107
Precio del número 145:	15 €
Periodicidad:	Trimestral
Materia:	Economía de la Regulación
Base de datos:	www.funcas.es



© FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS. Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, *offset* o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor.

«Regulación y política de defensa de la competencia en España»

coordinado por Juan José Ganuza

SUMARIO

INTRODUCCIÓN EDITORIAL

Regulación y política de defensa de la competencia en España

v

I. FALLOS DE MERCADO Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Conferencia del Premio Nobel, 8 de diciembre de 2014: Fallos de mercado y políticas públicas	2	<i>Jean Tirole</i>
---	---	--------------------

II. DISEÑO INSTITUCIONAL

La CNMC: La historia de una reforma inacabada:	18	<i>Juan Delgado y Héctor Otero</i>
El diseño institucional de la CNMC: Análisis crítico y propuestas de reforma:	32	<i>Javier García-Verdugo</i>

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Restricciones públicas de la competencia:	48	<i>Francisco Marcos</i>
Fundamentos económicos del derecho de la competencia en la UE: De la reforma «Monti» al paquete de modernización de las ayudas de Estado:	57	<i>Jorge Padilla</i>
Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia:	71	<i>Carlos Pascual Pons</i>

IV. REFLEXIONES SOBRE REGULACIÓN Y POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Análisis forense de los cárteles descubiertos en España:	82	<i>Joan-Ramon Borrel, Juan Luis Jiménez y José Manuel Ordóñez de Haro</i>
Responsabilidad social corporativa y regulación: ¿Complementos y/o sustitutos?:	104	<i>Aleix Calveras</i>
La difusión de las noticias sobre política de competencia y su efecto sobre el <i>enforcement</i> :	119	<i>Juan Luis Jiménez, Jordi Perdiguero e Inmaculada Gutiérrez</i>

V. ESTUDIO DE CASOS Y ANÁLISIS DE MERCADOS REGULADOS

Competencia en la distribución alimentaria: Relaciones verticales, fusiones y regulación:	130	<i>Javier Asensio</i>
¿Hasta dónde y cómo regular el mercado de servicios profesionales? Una aplicación a las reservas de actividad:	142	<i>Aitor Ciarreta, María Paz Espinosa y Aitor Zurimendi</i>
Retos regulatorios en el despliegue de las redes de nueva generación en España:	161	<i>Juan José Ganuza y María Fernanda Vieces</i>
Los agregadores de noticias y la prensa escrita en la era de Internet:	172	<i>Gerard Llobet</i>
El impacto de la nueva regulación aeroportuaria sobre las tasas aéreas y el conflicto entre la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) y AENA a cuenta de la misma:	180	<i>Juan Santaló</i>
Desarrollos recientes en la política de la competencia en el sector farmacéutico: Más competencia para una mayor inversión en innovación y para un mejor acceso a los fármacos:	197	<i>Lluís Saurí</i>

REGULACIÓN Y POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Los economistas difieren en multitud de diagnósticos, pronósticos y puntos de vista, pero hay un principio que todos comparten: la defensa de la competencia. Hay consenso sobre la idea de que el buen funcionamiento de los mercados exige una competencia real entre las empresas. Y tanto priorizan los economistas la defensa de la competencia que la postulan como uno de los principales objetivos de las políticas públicas. Aumentar la competencia en los mercados reduce los precios, aumenta el bienestar de los consumidores, disminuye los costes de las empresas, permite una mejor asignación de los recursos y proporciona los incentivos correctos a la innovación —la principal vía para obtener beneficios en el largo plazo cuando existe competencia—. Todos estos factores se traducen en una mayor productividad y, por tanto, en una mayor riqueza de la economía en su conjunto.

Desgraciadamente no hay garantía de que los mercados sean efectivamente competitivos, y la realidad nos muestra constantemente ejemplos de prácticas anticompetitivas y sectores altamente concentrados donde las empresas disfrutan de un gran poder de mercado. Conseguir que los mercados sean competitivos requiere de una eficaz política de defensa de la competencia y de una regulación bien diseñada y, por supuesto, precisa que ambos instrumentos se implementen con garantías de independencia e imparcialidad.

La política de defensa de la competencia es necesaria para luchar contra la tentación de las empresas por conseguir mayores tasas de beneficios, por ejemplo cooperando con otras empresas en la fijación de precios, o abusando de su posición dominante, bien para impe-

dir la entrada de competidores en el mercado, bien para preservar artificialmente su poder de mercado. Las normas sobre competencia deben sancionar estas prácticas y velar porque las reglas que rigen el mercado no sean discriminatorias, incentivando y premiando, por el contrario, la innovación y la eficiencia.

Existen mercados altamente concentrados por razones tecnológicas (economías de escala, por ejemplo), y otros donde distintos fallos de mercado (externalidades o información asimétrica) impiden que la competencia, por sí sola, genere ganancias de bienestar. En estos mercados es necesaria una regulación que limite el poder de mercado de las empresas establecidas y evite, en lo posible, que los fallos de mercado lleven a una asignación ineficiente de los recursos.

Este número de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, coordinado por **Juan José Ganuza** (Universitat Pompeu Fabra), tiene como objetivo ofrecer una visión de conjunto del funcionamiento de la política de defensa de la competencia y la regulación en España. Para ello, en primera instancia, intenta identificar los problemas a los que se enfrentan las autoridades reguladoras, mostrar indicadores de su gestión y ofrecer un diagnóstico del nivel de competencia de varios mercados estratégicos, como la distribución de alimentos o las telecomunicaciones, para después reflexionar sobre cómo se podrían mejorar tanto el marco normativo como el funcionamiento de las instituciones regulatorias. Las referencias a la Unión Europea son numerosas, porque una parte importante de estas políticas públicas se deciden o impulsan, en gran medida, desde el ámbito comunitario, y además existe una gran interdependencia económica, con numerosas empresas operando en diferentes países.

El primer artículo, introductorio, del presente número es la Lectura del Nobel de **Jean Tirole**, que tiene como título «Fallos de mercado y políticas públicas». Aunque esta edición de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA se empezó a preparar con anterioridad al anuncio del otorgamiento del Premio Nobel de Economía a Jean Tirole, no podemos más que celebrar dicha coincidencia. Jean Tirole es una figura incontrovertible por su enorme contribución científica. Pero Jean Tirole destaca, además, por su humildad, su compromiso con la comunidad científica económica (ha participado en la creación de instituciones de élite y promovido revistas de excelencia, por poner algunos ejemplos) y su implicación en la toma de decisiones públicas tanto en Francia como a escala europea. Todo ello explica lo que se dice coloquialmente: que Jean Tirole es el Nobel de Economía favorito de los economistas. Si esto es cierto para la generalidad de los economistas, lo es especialmente para aquellos que se dedican a política de defensa de la competencia y la regulación, por ser deudores directos de su contribución

científica. En particular, en el presente número de PAPELES, no hay un solo artículo que de alguna manera no esté relacionado con alguna contribución de Jean Tirole, por lo que esta edición en su conjunto puede verse como un homenaje a su trayectoria científica.

Jean Tirole defiende que promover la competencia exige entender bien el funcionamiento de los mercados. Las distintas industrias son muy diferentes entre sí, y para poder diseñar normas e instituciones regulatorias que mejoren el bienestar de los consumidores y de la economía en su conjunto, es necesario comprender como las empresas utilizan el poder de mercado en cada entorno competitivo. La Organización Industrial es la rama del pensamiento económico que nos ayuda a racionalizar y predecir el comportamiento de las empresas cuando interactúan en un entorno de competencia imperfecta. La Lectura Nobel de Jean Tirole se centra en sus contribuciones al campo de la Organización Industrial que posiblemente han tenido un mayor impacto en el diseño de políticas públicas: el análisis del uso del poder de mercado en las relaciones verticales entre empresas, el diseño de la regulación antimonopolio en un entorno de información asimétrica, el análisis de los mercados de plataformas bilaterales y finalmente la regulación de los consorcios de patentes.

El primer bloque del número está dedicado al diseño institucional. En 2012 la antigua autoridad de defensa de la competencia se fusionó con los seis reguladores sectoriales dando lugar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). El Gobierno justificó este cambio de diseño institucional en la necesidad de una mayor coordinación entre reguladores que aumentase la coherencia de sus decisiones y por un ahorro de costes. El artículo de **Juan Delgado** y **Héctor Otero** (Global Economics Group) analiza el diseño de la CNMC e identifica fallos en el mismo que pueden impedir que los beneficios potenciales de la integración se materialicen. El artículo propone mejorar los mecanismos de decisión, la creación de una organización más horizontal y el reforzamiento de la autonomía financiera y funcional para poder aprovechar las sinergias que el diseño integrado adoptado pueda generar. Complementando el análisis anterior, el segundo artículo, de **Javier García-Verdugo** (CNMC), analiza críticamente desde una perspectiva de calidad regulatoria tanto el diseño de la CNMC como su puesta en práctica, facilitando recomendaciones para mejorar el modelo y su desempeño.

El segundo bloque está dedicado a la interacción entre el Derecho y la Economía en la política de defensa de la competencia. Arranca esta sección el artículo de **Francisco Marcos** (IE Law School), que adopta una perspectiva distinta al resto de los artículos del número —y a gran parte de la literatura sobre defensa de la competencia,

JEAN TIROLE, NOBEL DE ECONOMÍA POR SU ANÁLISIS DEL PODER DE MERCADO Y LA REGULACIÓN

ANÁLISIS CRÍTICO DEL DISEÑO DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS

EL DERECHO Y LA ECONOMÍA EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

centrada habitualmente en las acciones de las empresas para restringir la competencia—. El autor señala que una parte importante de las restricciones a la competencia en los mercados tienen su origen en la acción del sector público a través de las leyes o de sus propias decisiones de política económica. Por ejemplo, el marco normativo restringe la introducción de competencia en el sector educativo y sanitario. El artículo analiza los mecanismos legales que se pueden encontrar en la legislación europea de la competencia, así como en la Constitución y legislación española, para evitar dichas restricciones y aumentar el bienestar de los consumidores.

El artículo escrito por **Jorge Padilla** (Compass Lexecon y Research Fellow en CEMFI) revisa el impacto del análisis económico en la política de defensa de la competencia llevada a cabo por la Unión Europea durante los últimos quince años. En su lección nobel, Jean Tirole señala la tensión que existe entre juristas y economistas en la política de defensa de la competencia, donde los primeros abogan por prohibir conductas «per se», mientras que los segundos prefieren evaluar el impacto de dichas conductas en cada mercado en particular. Padilla analiza el impacto de este enfoque economicista en la toma de decisiones y en el funcionamiento de las autoridades de competencia europeas. El artículo también analiza qué parte del derecho de la competencia es consistente con el razonamiento económico y qué parte no lo es. Por último, se repasan las distintas opiniones de los expertos de la competencia, sobre el excesivo (o escaso) peso del análisis económico en el derecho de competencia europeo.

El artículo de **Carlos Pascual Pons** (KPMG Competition Economics) analiza una de las cuestiones más controvertidas en la política de defensa de la competencia en España: la cuantía de las sanciones. En los últimos años las sanciones impuestas por la CNMC han sido objeto de debate (incluso dentro del propio consejo de la CNMC) y regularmente recurridas a los tribunales, que ocasionalmente las rebajaban. Este proceso culminó con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 que ponía en cuestión el sistema de fijación de sanciones por infracciones de competencia en España. La sentencia señalaba que la CNMC debería perseguir simultáneamente el objetivo de disuasión y el principio de proporcionalidad. El autor propone soluciones para que la CNMC pueda salvaguardar dicho principio de proporcionalidad, tal como reclama el Tribunal Supremo, y sugiere modificar para ello la Ley de Defensa de la Competencia.

**COMPORTAMIENTOS
EMPRESARIALES. DESDE
LA COLUSIÓN A LA
AUTORREGULACIÓN**

El tercer bloque lo componen artículos que reflexionan sobre aspectos generales de la regulación y la política de la competencia. El primero de ellos, escrito por **Joan-Ramon Borrell** (Universitat de Barcelona), **Juan Luis Jiménez** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) y

José Manuel Ordóñez de Haro (Universidad de Málaga), hace un estudio de los cárteles descubiertos y sancionados por las distintas autoridades españolas de la competencia durante los últimos 25 años. Es un ejercicio muy interesante, porque en los últimos años, el programa de clemencia ha hecho aflorar importantes cárteles en los más diversos sectores (lácteo, papel...). Resulta, pues, conveniente cuantificar y describir los procedimientos sancionadores y ponerlos en perspectiva con datos históricos, para hacer una evaluación del programa de clemencia y el resto de instrumentos de inspección, análisis, detección y sanción. La principal conclusión es que desde que se aprobó la última Ley de Defensa de la Competencia en 2007 (y se introdujo el programa de clemencia) se han descubierto más cárteles y estos son más estables y persistentes. No obstante, las recientes sentencias judiciales, que ponen restricciones al régimen sancionador, reduciendo multas, acotando procedimientos de inspección, etc. amenazan con reducir la eficacia de las autoridades de competencia en la lucha contra los cárteles en el futuro.

El artículo de **Aleix Calveras** (Universitat de les Illes Balears) analiza la eficacia y las limitaciones de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) para corregir posibles fallos de mercado y conflictos distributivos (contaminación, condiciones laborales, etc.). Como se ha comentado con anterioridad, el instrumento clásico para corregir los fallos de mercado es la regulación. Sin embargo, implementarla es costoso y tiene límites. Por un lado, hay que inspeccionar, medir y sancionar; por otro, las asimetrías de la información o los límites de aplicación de la regulación (es imposible regular la deforestación o el trabajo infantil en otros países) reducen su eficacia. Una alternativa a la regulación formal, es la autorregulación (o RSC), mediante la cual las propias empresas corrigen los fallos de mercado porque internalizan los efectos externos y maximizan el bienestar de los *stakeholders*. Los incentivos a la autorregulación los proveen en gran parte los consumidores «activistas» cuya disponibilidad a pagar depende del comportamiento de la empresa. El artículo estudia teórica y empíricamente el fenómeno de la RSC, y en especial su interacción con la regulación formal, respondiendo a preguntas del tipo, ¿en qué contextos la RSC es más eficaz que la regulación formal?, ¿qué se puede hacer desde las políticas públicas para incentivar la RSC?, ¿sustituye la autorregulación a la regulación formal o es un procedimiento complementario?

El artículo que cierra el bloque está escrito por **Juan Luis Jiménez** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Jordi Perdiguer** (Universitat Autònoma de Barcelona) e **Inmaculada Gutiérrez** (exconsejera de la Comisión Nacional de la Competencia), y analiza la difusión de la actividad de las autoridades de defensa de la competencia en la prensa. El interés de la pregunta es doble. Por un lado, la diseminación de

las noticias sobre defensa de la competencia a través de medios de comunicación es, en sí mismo, un instrumento de promoción de la competencia, porque favorece el conocimiento y por tanto el cumplimiento de las normas. Además, es indudable que las autoridades de defensa de la competencia, como el resto de las instituciones, se ven influenciadas por el equilibrio político y el estado de opinión de los ciudadanos. Por ello, son importantes los resultados del artículo que apuntan a que existe un sesgo en la forma en que la prensa recoge las resoluciones judiciales que ratifican o rectifican las sanciones de las autoridades de competencia. En particular, la prensa da mayor relevancia (medido por el tamaño de la noticia) a aquellos casos en los que la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo reducen la sanción que aquellos en los que la ratifican.

ANÁLISIS DE MERCADOS REGULADOS Y ESTUDIO DE CASOS

Finalmente, el último bloque del número está dedicado al estudio de casos de regulación y competencia y análisis de mercados estratégicos. Esta sección comienza con un artículo de **Javier Asensio** (Universitat Autònoma de Barcelona) que analiza los problemas de regulación y de competencia en los diferentes mercados que configuran el sector de la distribución alimentaria. Este sector es complejo, porque existen multitud de relaciones verticales donde determinados segmentos tienen un importante poder de compra y pueden alterar significativamente la distribución de beneficios dentro de la cadena de valor. Es importante señalar la parte del trabajo dedicada al análisis de bienestar de determinadas barreras regulatorias a la entrada y de las limitaciones de horarios de apertura.

Aitor Ciarreta, María Paz Espinosa y Aitor Zurimendi (Universidad del País Vasco) analizan en el siguiente trabajo el sector de servicios profesionales en España y lo compara con el del resto de los países europeos. La principal conclusión es que este sector, en general en Europa y de manera particular en España, se caracteriza por un exceso de regulación y una gran atomización. Partiendo de este diagnóstico, los autores proponen una liberalización del sector que permita mayores niveles de competencia y eficiencia. La segunda parte del artículo se centra en un aspecto concreto de la regulación como son las reservas de actividad relacionadas con la ingeniería y la arquitectura. En estas áreas ha existido una proliferación de titulaciones universitarias que han conseguido del legislador la asignación en exclusividad de determinadas funciones. Además, estas reservas de actividad por titulaciones no se corresponden con la regulación o estudios de otros países europeos, lo que crea artificiales barreras a la entrada.

El artículo de **Juan José Ganuza** (Universitat Pompeu Fabra) y **María Fernanda Viecens** (Universidad de San Andrés) analiza la situación del despliegue de las redes de nueva generación (denominadas NGA

por sus siglas en inglés) que permiten conexiones ultrarrápidas a Internet en España utilizando los datos de la CNMC. La principal conclusión es que España ha reducido el retraso que tenía con respecto a Europa en redes de NGA en estos últimos años, pero que existen dudas de que este impulso inversor se pueda mantener. Atendiendo a este riesgo, los autores revisan la regulación existente y realizan una serie de reflexiones para la revisión de dicho marco regulatorio, con el objetivo de mantener un equilibrio entre la competencia de las operadoras y mantener el esfuerzo inversor en NGA.

Gerard Llobet (CEMFI) estudia en su artículo el impacto que han tenido los agregadores de noticias en el mercado de la prensa escrita. Desde la perspectiva de los periódicos, los agregadores de noticias tienen un efecto ambiguo sobre su demanda, porque aunque pueden reducir la demanda de lectores propios, también pueden atraer nuevos lectores. Pero sobre todo, los agregadores aumentan la competencia entre periódicos al aumentar la visibilidad de las noticias y el *pool* de posibles lectores. Este aumento de competencia puede conllevar a contenidos de mayor calidad, lo que puede ser beneficioso tanto para los periódicos mismos como para sus lectores.

El siguiente artículo, de **Juan Santaló** (IE Business School), estudia el cambio de la regulación aeroportuaria llevado a cabo en España en el año 2014. El autor defiende que dicho cambio regulatorio (que no substraía los ingresos comerciales de los gastos de explotación, para determinar los ingresos regulatorios requeridos) conllevó un impacto al alza de las tarifas del 31%. Además la nueva regulación ha generado un conflicto entre AENA y el regulador español (la CNMC) sobre la manera correcta de asignar los costes de explotación aeroportuarios entre las actividades reguladas y las no reguladas. El autor critica la metodología seguida por la CNMC para la estimación de dichos costes y propone una alternativa.

El número termina con un artículo de **Lluís Saurí** (Comisión Europea) que analiza el impacto que han tenido las autoridades de la competencia en los últimos años en el sector farmacéutico en beneficio de pacientes y sistemas nacionales de salud. El autor destaca la promoción de la introducción de los medicamentos genéricos y los incentivos positivos que genera la competencia a la innovación de nuevos fármacos.

COLABORACIONES

I.
**FALLOS DE MERCADO
Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

CONFERENCIA DEL PREMIO NOBEL, 8 DE DICIEMBRE DE 2014 (*) (**)

FALLOS DE MERCADO Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Jean TIROLE (1)

Toulouse School of Economics

Resumen

La Organización Industrial ha demostrado ser una herramienta muy eficaz para mejorar las leyes y la regulación antimonopolio. Las industrias son muy diferentes entre sí, y es necesario comprender como las empresas utilizan el poder de mercado para diseñar regulaciones y políticas de defensa de la competencia eficientes que mejoren el bienestar de los consumidores y de la economía en su conjunto. En esta conferencia, el premio Nobel Jean Tirole, repasa parte de sus contribuciones más importantes a este campo, centrándose fundamentalmente en cuatro: i) El análisis del uso del poder de mercado en las relaciones verticales entre empresas. ii) El diseño de la regulación antimonopolio en un entorno de información asimétrica. iii) El análisis de los mercados de plataformas bilaterales, y iv) la regulación de los consorcios de patentes.

Palabras clave: organización industrial, regulación, poder de mercado, relaciones verticales, consorcio de patentes y mercados de plataformas.

Abstract

Industrial Organization has proved to be a very effective tool for improving laws, regulations and antitrust policies. Industries are very different, and we need to understand how firms use their market power in order to design efficient regulations and antitrust policies that enhance the welfare of consumers and the economy as a whole. In this conference, Jean Tirole Nobel award goes over some of his most important contributions to this field, focusing primarily on four: i) The analysis of the use of market power in the vertical relationships between firms. ii) The design of antitrust regulation in an environment of asymmetric information. iii) The analysis of two sided markets (markets of bilateral platforms), and iv) the regulation of patent pools.

Key words: industrial organization, regulation, market power, vertical relationships, two sided markets and patent pools.

JEL classification: L24, L42, L44, L51.

I. INTRODUCCIÓN

DESDE antiguo, los economistas han proclamado las virtudes de los mercados: la libre competencia protege a los consumidores de la influencia política de los *lobbies* y obliga a los productores a ofrecer productos y servicios a un precio igual al coste. Pero, por desgracia, la competencia rara vez es perfecta, los mercados adolecen de fallos y el poder de mercado –la capacidad de las empresas para aumentar sustancialmente el precio por encima del coste o para ofrecer un nivel de calidad bajo (2)– requiere ser objeto de control.

La Teoría de la Organización Industrial estudia la forma de ejercer y controlar el poder de mercado. A tal fin, construye modelos con las variables que caracterizan una situación concreta. Seguidamente, las predicciones del modelo se testan aplicando métodos econométricos, y posiblemente con experimentos. Por último, la razonabilidad y robustez de las hipótesis que subyacen al modelo y la calidad del contraste empírico determinan la confianza de los economistas al recomendar a los decisores públicos fórmulas para intervenir y al orientar a las empresas sobre el diseño de su modelo de negocio.

La Organización Industrial cuenta con una larga tradición: primero, teórica, con el trabajo de los «ingenieros-economistas» franceses Cournot (1838) y Dupuit (1844); posteriormente, enfocada a la toma de decisiones de políticas públicas, con la promulgación de la Ley Sherman (1890) y la subsiguiente normativa que la desarrolla; más tarde, descriptiva, gracias a los estudios de la Escuela de Harvard (marco analítico «estructura-conducta-resultado»), que refrendaron y pulieron las corrientes antimonopolio; y, por último, escéptica, a través de la Escuela de Chicago, cuyos miembros identificaron correctamente la falta de una doctrina teórica subyacente, pasando de ahí a cuestionar la solidez de todo el edificio; sin embargo, no llegaron a proponer una doctrina antimonopolio alternativa, tal vez por la sospecha global que les inspira la regulación.

A finales de los años setenta y principios de los ochenta, la doctrina antimonopolio y sobre regulación existente estaba poco sistematizada y tuvo que ser reconstruida. El *corpus* intelectual moderno que emergió por entonces fue fruto de un esfuerzo auténticamente colectivo, que se nutrió no solo de mi aportación, sino también de la de mis más estrechos colaboradores en esta materia (3) y

los numerosos académicos que, bien a través de su propio trabajo, bien a raíz de los debates mantenidos conmigo, han ejercido una profunda influencia en mi pensamiento. El hecho de que los focos se centren hoy en mí, obedece más a sus contribuciones que a mi talento. Si de algo puedo reclamar el crédito es de haber estado en los lugares adecuados en el momento oportuno y de haber aprendido de fantásticos colegas y estudiantes, no solo especializados en el área por el que he sido distinguido con este galardón, sino también en otros campos.

Debo admitir también una pizca de fortuna, como en el momento que Drew Fudenberg –compañero mío de clase en el MIT, y, al igual que yo, tutelado por Eric Maskin– me habló de un campo interesante (de hecho, el término «Organización Industrial» era a la sazón desconocido para mí...). Como quiera que ya había elegido mis asignaturas principales, asistí como oyente a varias inspiradoras ponencias a cargo de Paul Joskow y Dick Schmalensee, y comencé una fructífera colaboración con Drew.

Indudablemente fue un golpe de suerte, pues durante esa época se estaban produciendo grandes avances en el desarrollo de dos herramientas necesarias, la Teoría de Juegos y la Economía de la Información.

Desde la esfera de las políticas públicas existía un amplio consenso en que la regulación tradicional de las empresas de servicios públicos, que, en líneas generales, las protegía frente a su ineficiencia en costes, conducía a unos costes inflados y a una baja satisfacción de los clientes, por lo que eran imprescindibles reformas.

Por añadidura, el cambio institucional fomentó el empleo del análisis económico: allí donde hasta entonces imperaba la opacidad en la resolución de los conflictos y el diseño de la regulación desde los despachos ministeriales, ahora se implantaron procesos transparentes gestionados por agencias independientes. En Europa, por ejemplo, proliferaron las autoridades de defensa de la competencia y agencias regulatorias, que aplicaban el análisis económico.

Esta feliz concatenación de circunstancias dio lugar a la aparición de un nuevo paradigma, el cual, como se resalta en el informe introductorio del Comité Científico, es rico a la vez que complejo: primero, el simple recuento del número de empresas que operan en un determinado mercado, o

de sus respectivas cuotas de negocio, aporta una visión solo aproximada del grado de competencia en él; segundo, cada industria tiene sus particularidades: la competencia en el sector de tecnologías de la información es distinta de la del sector de la innovación o el de medios de pago, y estas a su vez difieren de la industria ferroviaria o de la del cemento.

En consecuencia, a la hora de combatir las prácticas anticompetitivas, los economistas, más allá de rígidas reglas *per se* que mecánicamente autorizan o prohíben determinados comportamientos (desde acuerdos de concertación de precios hasta la imposición del precio de reventa), han preconizado un enfoque caso por caso o «regla de la razón». Ahora bien, los economistas, en su búsqueda de pragmatismo, no deben olvidar la doble responsabilidad social que conlleva su actuación. Primero, han de ofrecer un análisis riguroso del funcionamiento de los mercados que tenga en cuenta las especificidades de determinadas industrias, así como lo que los reguladores conocen y desconocen sobre ellas (4); este último punto aboga por privilegiar políticas, es decir, políticas que no requieran información que probablemente no se encuentre al alcance de los reguladores.

Segundo, los economistas deben participar en el debate sobre las políticas. Un botón de muestra lo tenemos en la reciente crisis financiera, cuyos ingredientes principales podían rastrearse en las revistas académicas antes de su estallido. Pero, qué duda cabe, la responsabilidad en este punto ha de ser bidireccional: los responsables de políticas y los medios de comunicación deben estar a su vez dispuestos a escuchar a los economistas.

II. CÓMO LIMITAR EL PODER DE MERCADO EN BENEFICIO DE LOS CONSUMIDORES

Los reguladores actúan sobre los mercados por múltiples vías:

— Los reguladores en sectores como las telecomunicaciones, la electricidad, las líneas férreas o los servicios de correos regulan la tasa de rentabilidad de los operadores establecidos y vigilan las condiciones en que estos permiten a sus rivales acceder a los cuellos de botella controlados por ellos.

— Las autoridades antimonopolio autorizan o prohíben fusiones y acuerdos de integración horizontal y vertical, y deciden si determinados compor-

tamientos y cláusulas contractuales constituyen un abuso de posición dominante.

— Las oficinas de patentes y marcas y los tribunales de justicia otorgan, ratifican o rechazan solicitudes de patentes, y determinan su alcance y extensión, si el titular de la patente puede obtener medidas cautelares, etcétera.

En última instancia, estas diversas formas de regulación tienen en común el hecho de que los reguladores deben encontrar un compromiso: entre reducir el precio para los usuarios, de modo que se logre una mayor difusión, y dar una tasa de rentabilidad justa para las empresas.

Analicemos, por ejemplo, la doctrina del cierre del mercado en su versión moderna (5). En el gráfico 1, una empresa situada aguas arriba en el proceso de fabricación, a la que llamamos U , goza de acceso exclusivo a una «infraestructura esencial» o a un «input de cuello de botella», es decir, un *input* (insumo) imprescindible no susceptible de ser replicado por terceros a un coste bajo: por ejemplo, un trazado de líneas férreas y estaciones de tren, una red de transmisión de energía eléctrica, una patente clave (6)...

La cuestión, en el contexto de las políticas sobre competencia, es si la empresa aguas arriba debería otorgar un acceso «equitativo» o «no discriminatorio» a todos los jugadores aguas abajo (los distintos operadores de trenes, productores de electricidad, implementadores de tecnología, D_1, \dots, D_n en el gráfico) o si, por el contrario, debería permitírsele «cerrar» el acceso al cuello de botella a todas las empresas

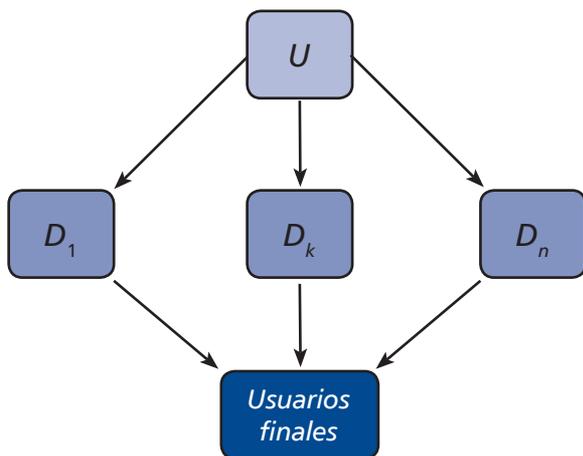
aguas abajo salvo a una o dos entidades filiales o aliadas suyas. Una posible argumentación es que el acceso justo permitiría a las empresas aguas abajo competir por los usuarios finales en igualdad de condiciones. Sin embargo, como veremos, no está tan claro qué constituye «acceso equitativo» y qué implica «habilitar la competencia aguas abajo».

Siempre y cuando las *negociaciones bilaterales* entre el controlador del recurso aguas arriba y las empresas individuales aguas abajo no estén limitadas, la competencia aguas abajo disipa el beneficio que puede extraerse de los usuarios finales. Para ver esto de forma intuitiva, supongamos que los competidores aguas abajo venden un producto homogéneo con una curva de demanda $Q = D(p)$ or $p = P(Q)$, que la producción aguas arriba y aguas abajo no tiene coste alguno, y que las empresas aguas abajo transforman 1 unidad de *input* en 1 unidad de *output*. La cuestión es si, por el hecho de controlar el cuello de botella, la empresa aguas arriba es capaz de capturar el beneficio monopolístico $\pi^m = \max\{Q P(Q)\} = Q^m P(Q^m)$, donde Q^m y P^m son la cantidad y el precio monopolísticos, respectivamente.

Supongamos que U y D_i negocian una cantidad q_i , la cual U debe entregar a D_i y esta debe luego distribuir en el mercado. D_i anticipa que la cantidad que las otras empresas aguas abajo pondrán en el mercado viene dada por $Q_i = q_1 + \dots + q_{i-1} + q_{i+1} + \dots + q_n$. En tal caso, la cantidad q_i que maximiza la suma de los beneficios (7) de U y D_i es la mejor reacción de Cournot $R^C(Q_i)$ a Q_i :

$$q_i = R^C(Q_i) = \operatorname{argmax}\{q_i P(q_i + Q_i)\} \quad [1]$$

GRÁFICO 1



Infraestructura ferroviaria, red eléctrica, patente clave...

Operadores de trenes, productores de electricidad, implementadores de tecnología...

Pasajeros/mercancías transportados, consumidores de electricidad, usuarios de tecnología...

En este ejemplo, el resultado de negociaciones bilaterales privadas es, por tanto, el *equilibrio en cantidades de Cournot* con n empresas. La empresa aguas arriba se comporta de manera oportunista y no internaliza la externalidad negativa sobre las otras empresas aguas abajo al negociar un aumento de la cantidad suministrada a la empresa aguas abajo D_i .

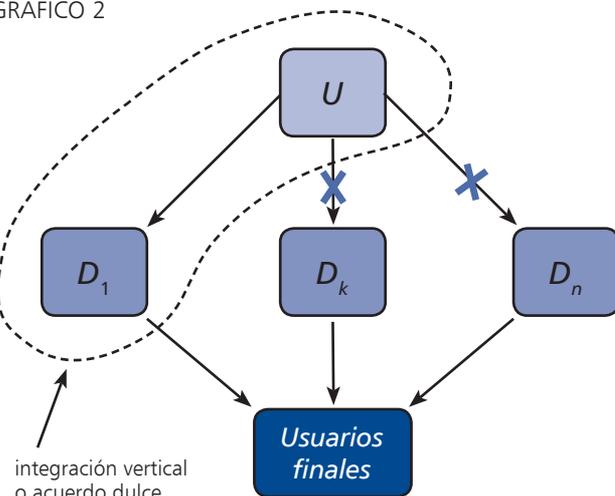
Puesto que el beneficio aguas arriba se encuentra acotado por el beneficio aguas abajo, equivalente al beneficio de Cournot para el conjunto de la industria, el acceso equitativo pone en peligro la capacidad de la empresa aguas arriba para beneficiarse de la infraestructura esencial: el propietario del cuello de botella aguas arriba es víctima de su incapacidad para comprometerse a no inundar el mercado aguas abajo. Cuanto más competitiva sea la industria aguas abajo (cuanto mayor sea n), más cantidad de beneficio se destruye y más predispuesta está la empresa aguas arriba a recuperar su poder de mercado (en el límite de la competencia, esto es, para magnitudes n grandes, el monopolista aguas arriba consigue un beneficio de cero, y esto aun cuando tiene plena capacidad negociadora —es decir, se queda con el beneficio conjunto— en las negociaciones bilaterales). El mensaje general es claro: si no hay restricciones en las negociaciones bilaterales, la competencia aguas abajo erosiona el poder de mercado de la empresa situada aguas arriba.

Por consiguiente, en la práctica, la empresa aguas arriba suele favorecer a su filial aguas abajo (D_i en el gráfico 2) de múltiples modos, entre otros, negándose a negociar con los rivales de esta o a concederles una licencia, cobrándoles precios de

acceso prohibitivos o haciendo su tecnología incompatible con la de sus rivales. En defecto de integración vertical entre ambas, puede firmar un «acuerdo dulce» con una empresa aguas abajo con el mismo resultado. En definitiva, la empresa aguas arriba utiliza la exclusividad para restaurar su poder de mercado. Así, por ejemplo, una empresa de biotecnología que posea una patente sobre un nuevo fármaco concederá derechos exclusivos para las fases de aprobación, producción y comercialización del producto a una única empresa farmacéutica, bien de su mismo grupo empresarial (caso de Sanofi para Genzyme) o externa.

Una autoridad antimonopolio bienintencionada podría intentar promover la competencia exigiendo que la empresa aguas arriba conceda igual trato a todas las empresas aguas abajo. Esta política requiere cierta transparencia en la contratación, es decir, todos los contratos deben ser divulgados públicamente. Sin embargo, paradójicamente, el requisito del acceso equitativo conducirá involuntariamente a precios monopolísticos. Se puede llegar a este extremo si, por ejemplo, la empresa aguas arriba ofrece Q^m/n contra el pago π^m/n a todas las empresas aguas abajo. O, alternativamente, puede ofrecer libre acceso al recurso que representa el cuello de botella a quien quiera que realice un pago único de π^m ; como mucho, solo una empresa aguas abajo aceptaría la oferta, pues la entrada de una segunda empresa destruiría beneficio aguas abajo y no permitiría recuperar el pago único realizado al propietario del cuello de botella (8). Por tanto, un «trato equitativo» no garantiza en modo alguno unos precios bajos para los usuarios finales; a lo

GRÁFICO 2



Infraestructura ferroviaria, red eléctrica, patente clave...

Operadores de trenes, productores de electricidad, implementadores de tecnología...

Pasajeros/mercancías transportados, consumidores de electricidad, usuarios de tecnología...

sumo, ayuda a la empresa aguas arriba a obtener su beneficio monopolístico.

Resumiendo, tanto si la autoridad antimonopolio tolera dicho comportamiento excluyente como si no lo hace, *de facto* regula la tasa de rentabilidad de la infraestructura aguas arriba. ¿Debería la autoridad combatir los comportamientos excluyentes? La respuesta (de sentido común) resumida en el cuadro 1 se obtiene una vez que se contesta a la siguiente pregunta: ¿es el cuello de botella el resultado de una inversión o una innovación? ¿O bien está vinculado a conexiones políticas, a un mal diseño de mercado o a la mera fortuna? Formulado en términos más simples, ¿hay una inversión que merezca ser recompensada, o no? Por ejemplo,

— el beneficiario de una concesión para explotar una autopista, un puerto o un aeropuerto merece ostentar su poder monopolístico si dicho monopolio es fruto de una subasta competitiva correctamente diseñada, pero no si se obtuvo de forma gratuita o a través de una subasta mal diseñada;

— debería permitirse que un inventor explote él mismo su innovación o bien otorgue una licencia exclusiva si la innovación tiene valor, pero no si la innovación no es novedosa o resulta evidente, aun si está protegida por las leyes de propiedad intelectual/industrial;

— una empresa pública de servicios debería conseguir un beneficio razonable en su inversión, pero no debería sacar partido de unas condiciones de costes y de demanda afortunadas; por ejemplo, no se le debería permitir beneficiarse de una caída del precio de mercado de un *input* clave si, al mismo tiempo, es capaz de renegociar el contrato con el regulador en caso de que dicho precio se dispare.

CUADRO N.º 1

EL PODER DE MERCADO ES

	MERECIDO	INMEREcido
Concesión	Subasta competitiva bien diseñada	Monopolio legal por el que no se ha pagado
Propiedad Intelectual..	Innovación valiosa	Innovación obvia, no novedosa
Regulación servicios públicos	Inversión/esfuerzo	Condiciones de costes y demanda afortunadas

El mismo razonamiento subyace a gran parte de la doctrina antimonopolio, que, siguiendo los postulados de Schumpeter, no considera el poder monopolístico como ilegal, pero ve con recelo la adquisición adicional de poder de mercado a través de fusiones o de abuso de posición dominante (9).

Para tener seguridad, tal vez se necesite contar con información más afinada para evaluar los méritos intrínsecos del poder de mercado. Los mercados de *software*, en un momento dado, suelen estar dominados por una gran empresa que se beneficia de externalidades de red entre los usuarios. Tales externalidades de red pueden derivarse del azar (dio la casualidad de que los usuarios se coordinaron en esa plataforma) o pueden haberse creado por medio de inversión. De forma similar, en muchas ocasiones no resulta evidente si el beneficio de una empresa de servicios públicos procede de sus esfuerzos de reducción de costes o de expansión de la demanda, o es simplemente atribuible a la suerte. Esto me lleva al siguiente punto, la información regulatoria.

1. Gestionando la superioridad informacional de la empresa

Los reguladores se enfrentan a un doble aspecto de la asimetría de la información, denominados, respectivamente, selección adversa y riesgo moral.

— Primero, las empresas sometidas a regulación tienen un conocimiento más completo sobre su entorno, incluido, entre otras cosas, su tecnología, el coste de sus *inputs* y la demanda de sus productos y servicios.

— Segundo, adoptan medidas que afectan a los costes y a la demanda a través de la gestión de recursos humanos, elecciones estratégicas sobre capacidad instalada, I+D e imagen de marca, control de calidad, gestión del riesgo, etcétera.

En su versión más sencilla, la función de costes de una empresa puede expresarse como:

$$C = f(\beta, e, \mathbf{q}) + \varepsilon, \quad [2]$$

donde β es un parámetro de eficiencia solo conocido por la empresa, e (posiblemente multidimensional) denota un esfuerzo de reducción de costes, $\mathbf{q} = (q_1, \dots, q_n)$ es el vector de *outputs*, y ε representa la incertidumbre exógena sobre la materialización final del coste. El esfuerzo e no

es observable por el regulador y es oneroso para la empresa.

Como cabría esperar, las autoridades que subestiman la asimetría de la información son incapaces de formular una regulación eficiente y eficaz en costes. Tomemos dos ejemplos no relacionados con el poder de mercado: las políticas de «mandato y control» en la regulación medioambiental en todo el mundo, por un lado, y el control judicial ejercido sobre las causas alegadas por una empresa para reducir plantilla en Francia, por otro, han tenido resultados contrarios a los perseguidos, al imponer elevados costes en la industria y, por consiguiente, sembrar dudas sobre la razonabilidad o sostenibilidad de estas políticas. El mismo principio se aplica a la organización industrial.

Por lo que respecta al poder de mercado, hay dos grandes principios. El primero es evidente: las autoridades deberían intentar reducir la asimetría de la información, recopilando datos, por supuesto, pero también comparando el desempeño de la empresa con el de otras similares que operan en mercados diferentes; y, por último, adjudicando mediante subasta pública los derechos monopolísticos (ya que, al pujar unas contra otras, las empresas revelan información sobre los costes de la industria).

El segundo principio es que no hay recetas universales que funcionen en todos los casos: se debería permitir que las empresas reguladas hicieran uso de la información de que disponen. Antes de pasar a este punto, imaginemos que usted está al cargo de la negociación con un contratista. Probablemente le vendrán a la cabeza dos tipos de contratos comúnmente utilizados:

— en el primero, puede ofrecer al contratista el reembolso íntegro de los costes en los que incurra, e incrementar dicho pago en cierto monto adicional preestablecido; tal contrato suele denominarse contrato «de coste incrementado» cuando quien paga la factura es el erario público, o contrato de «tasa de retorno» si el coste y la recompensa se derivan de los ingresos procedentes de los usuarios;

— alternativamente, puede fijar un importe total y decirle al contratista que dicho pago cubrirá tanto su rentabilidad como sus costes, con independencia de cuál sea la cuantía de estos últimos; dicho contrato se denomina contrato «a precio fijo» (en el caso de proyectos financiados por los contribuyentes) o contrato «con límite máximo de precio» (bienes financiados por los usuarios).

Los dos contratos difieren en cuanto a la fuerza de los incentivos proporcionados al contratista: en el caso del contrato «de coste incrementado», queda protegido frente a fluctuaciones en su base de costes, mientras que en el contrato «a precio fijo», se le hace completamente responsable de su disciplina en costes. Por ejemplo, en el caso de un bien no comercializado, la rentabilidad *net*a t para la empresa contratista es:

$$t = a - b C, \quad [3]$$

donde $b = 0$ en un contrato «de coste incrementado» (10), $= 1$ en un contrato «a precio fijo», y está entre 0 y 1 en el resto de los casos. A la pendiente b se la denomina «fuerza del esquema de incentivos» o «parámetro de reparto de costes».

Evidentemente, el contrato «a precio fijo» promueve un mayor esfuerzo de reducción de costes por parte de la empresa, pero tiene el inconveniente de dejar un sustancial beneficio en manos de esta si se dan circunstancias favorables —como que los costes resulten ser particularmente bajos o la demanda particularmente elevada— ajenas al esfuerzo de la propia empresa. En los ejemplos anteriores, el término fijo a debe establecerse en un nivel lo suficientemente alto como para inducir a la empresa a producir aun si su coste es elevado.

Retomando la idea de que no existen recetas de validez universal, puede afirmarse que las empresas reguladas deberían disponer de un menú de opciones; simplificando mucho, tal menú podría concretarse en la posibilidad de elegir entre un contrato «a precio fijo» y uno «de coste incrementado». La empresa seleccionaría el contrato entonces según sus intereses: una empresa eficiente optará por hacerse responsable de sus costes, mientras que una ineficiente optará por la protección que le otorga el contrato con «coste incrementado» (11).

Incrementar la fuerza de los incentivos ha sido clave para paliar la pésima disciplina en costes derivada de la regulación tradicional. Sin embargo, la teoría y la práctica invitan a tener en cuenta ciertas salvedades relativas a los incentivos de alta intensidad (12):

En primer lugar, responsabilizar a una empresa de su éxito reductor de los costes también genera sobre ella un incentivo para descuidar la calidad del producto o servicio; así que unos incentivos fuertes deben ir de la mano de un mayor escrutinio de la calidad.

En segundo lugar, la noción de que unos incentivos fuertes generan un esfuerzo reductor de costes elevado, pero también un beneficio (renta) alto, supone la constatación de que los reguladores no pueden «soplar y sorber» al mismo tiempo: la empresa se verá recompensada no solo por sus esfuerzos de reducción de costes (justamente), sino también por la concurrencia de circunstancias favorables (injustamente: esta es una renta no merecida). Sin embargo, la información asimétrica hace que no exista modo de distinguir entre ambos casos. Aunque la presión de la opinión pública podría tentar a los reguladores a confiscar esta renta *ex post*, tal actuación destruiría el incentivo de la empresa para reducir los costes (13). Un conocimiento más cabal de este principio habría ahorrado cierto voluntarismo al introducir incentivos fuertes.

Así, incentivos fuertes requieren de un compromiso firme, el cual, a su vez, precisa de un regulador independiente, protegido frente a la presión de la opinión pública.

En tercer lugar, la posibilidad de unas rentas elevadas incrementa el beneficio derivado de «capturar» al regulador para la empresa. Así pues, si no es posible garantizar la independencia del regulador respecto de la industria (y suponiendo la ausencia de suficiente competencia), no conviene recurrir a la fórmula de los incentivos fuertes.

2. Precaución con las medidas que alteran la estructura de precios

Muchas veces la regulación pretende evitar que un poder de mercado inmerecido se traduzca en unos precios altos. Pero, tradicionalmente, los reguladores no se han conformado con intervenir sobre el *nivel de precios* y han alterado también la relación entre los precios, es decir, la *estructura de precios*. En dicha tarea, se enfrentan igualmente al problema de una sustancial carencia de información. Es más, la necesidad de intervención resulta mucho menos obvia que en el caso del nivel de precios: si bien es evidente que un monopolio tiene incentivos para cobrar precios elevados, resulta menos claro, *a priori*, que tenga un sesgo en cuanto a si las consecuencias de su poder de mercado recaen más sobre Juan o sobre Ana.

En 1956, Marcel Boiteux, inspirándose en el trabajo anterior de Franck Ramsey, se preguntó cómo deberían cubrirse los costes fijos de infraestructura de una empresa regulada mediante los márgenes de los distintos bienes vendidos por esta.

Dicho coste fijo es supuestamente considerable, pues la motivación para querer regular la empresa estriba en su poder monopolístico, protegido por la reticencia de los nuevos entrantes a duplicar el coste fijo. Boiteux demostró que las empresas reguladas deberían exhibir una estructura de precios similar a la de las empresas ordinarias no reguladas: en la ecuación [4], el precio p_i en el segmento i debería ser bajo si la atención de dicho segmento requiere un escaso coste (el coste c_i es bajo) y tiene una elasticidad de demanda η_i alta (es decir, un incremento del precio genera una notable reducción de la demanda) (14). Conforme el coste fijo de producción que debe cubrirse a través de los márgenes aumenta, también lo hacen los márgenes (es decir, θ aumenta). Así, los precios regulados deberían mostrar «criterios de mercado», y ser similares a, si bien en conjunto más bajos que, los determinados por un monopolio no regulado (para el que el coeficiente θ sería igual a 1).

$$\frac{p_i - c_i}{p_i} = \frac{\theta}{\eta_i} \quad [4]$$

Además, cumpliéndose determinadas condiciones (15), el problema regulatorio puede descomponerse: es decir, el dilema entre rentas y esfuerzo de reducción de costes debería abordarse a través de la regla de reparto de costes o beneficios, y los precios deberían seguir el principio de Ramsey-Boiteux. Este resultado dicotómico tiene consecuencias prácticas, como veremos un poco más adelante.

Sin embargo, los reguladores solían obligar a las empresas reguladas a fijar una estructura de precios muy ineficiente desde el punto de vista económico. Típicamente, las empresas estatales de servicios públicos cobraban precios bajos en segmentos inelásticos, como la cuota mensual de un abonado por conectarse a la red eléctrica o de telefonía, mientras que aplicaban precios elevados sobre el consumo elástico (p. ej., las llamadas interprovinciales o de larga distancia). También cobraban tarifas caras a las empresas y otras más asequibles a los clientes residenciales, si bien las primeras tenían más oportunidades para vadear el escollo. Una justificación de esta actuación tenía que ver con factores redistributivos, aunque esas «subvenciones cruzadas» también beneficiaban a los clientes más pudientes; y, por otro lado, no se planteaba si la redistribución perseguida podía alcanzarse por otros medios más eficientes (por ejemplo, el impuesto sobre la renta).

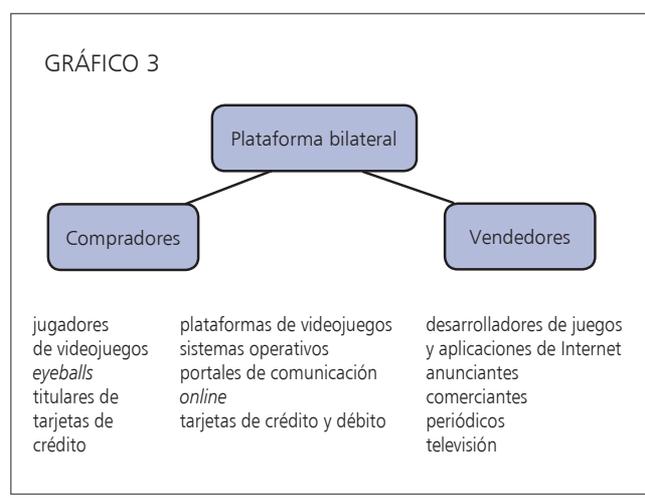
Esta distorsión de los precios respecto a los principios de Ramsey-Boiteux también estaba en ocasiones motivada por la premisa (correcta) de que los reguladores carecen de información sobre costes y demanda para afinar los precios con criterios de mercado.

No obstante, esto no tenía en cuenta la posibilidad de utilizar información descentralizada. La dicotomía antes mencionada entre incentivos y fijación de precios abre el camino a la utilización de precios compatibles con criterios de mercado. Una regulación basada en precios máximos (*price cap*), en la cual la empresa solo está obligada a cumplir con un determinado tope (*cap*) en su precio medio ponderado (16), no solo crea incentivos fuertes al hacer a la empresa responsable de sus costes, sino que, al mismo tiempo, le deja libertad para optar por una estructura de precios orientada al mercado.

Un caso particular de esta idea surge cuando uno de los «productos» ofrecidos por el monopolio es un *input* intermedio; por ejemplo, la posibilidad de acceder a una infraestructura esencial. Al imponer tarifas de acceso iguales al coste marginal (suponiendo que este sea medible), los reguladores sesgan *de facto* la estructura de precios y focalizan los márgenes sobre aquellos segmentos finales en los que el propietario de la infraestructura esencial no afronta competencia alguna (17). En general, esto producirá un resultado ineficiente.

III. MERCADOS «DE DOS LADOS» O BILATERALES

Una elección de estructura de precios especialmente interesante tiene lugar en los denominados mercados «de dos lados», o plataformas bilaterales,



que reúnen a comunidades de múltiples usuarios que desean interactuar entre sí: jugadores y desarrolladores en el mercado de videojuegos; usuarios de sistemas operativos y desarrolladores de *apps* en el mercado de sistemas operativos; visitantes y anunciantes en los motores de búsqueda y portales de comunicación *online*; titulares de tarjetas y comercios en el sector de los medios de pago electrónicos (gráfico 3). El reto, en el caso de estas plataformas bilaterales, estriba en encontrar un modelo de negocio viable que concite el interés de ambos lados.

Con independencia de su poder de mercado, ya se trate de Google o de un periódico gratuito como Metro, dichas plataformas:

— eligen imponer una menor carga sobre el lado (digamos, lado *i*) cuya presencia beneficia en mayor medida a los usuarios del lado contrario. En la ecuación [5], v_j representa cuánto valor otorga un usuario del lado *j* al hecho de que haya un usuario adicional del lado *i*. Esta disposición a pagar por una interacción con un usuario adicional del lado *i* puede ser captada por la plataforma a través de un incremento del precio en el lado *j*; el coste real, o coste de oportunidad, de la plataforma es, así pues, el coste de producción *c* por interacción (que puede ser igual a 0) menos v_j ,

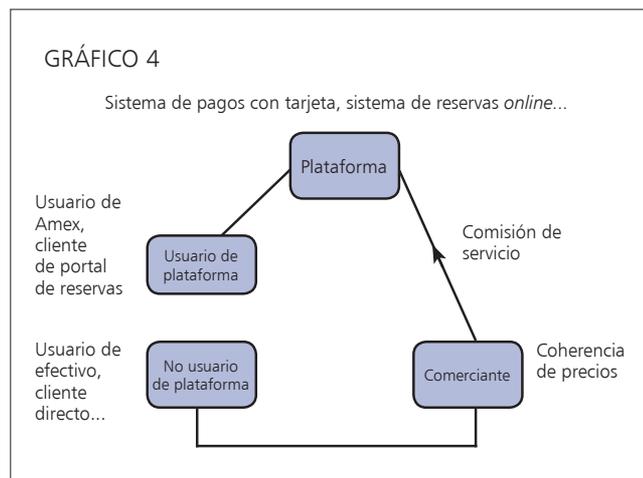
— como haría cualquier otra empresa, optan por imponer una menor carga sobre el lado que presenta una demanda relativamente elástica (un valor η_i elevado en la fórmula).

$$\frac{p_i - (c - v_j)}{p_i} = \frac{1}{\eta_i} \quad [5]$$

Con frecuencia, la ecuación [2] arroja patrones de precios muy sesgados, donde un lado prácticamente no paga nada (caso de motores de búsqueda, portales, periódicos gratuitos) o incluso recibe una contraprestación por disfrutar del servicio (titulares de tarjetas que reciben bonificaciones en efectivo por utilizarlas) (18), mientras el otro lado es objeto de un fuerte gravamen. El ejemplo más sencillo es el de los enlaces patrocinados/plataformas financiadas por anuncios: los anunciantes asignan un alto valor v_j a interactuar con los compradores (sobre todo si son adinerados), mientras que estos últimos encuentran poco atractiva, o incluso ven como una molestia, la presencia de publicidad (19).

Un regulador que no entienda la naturaleza de los mercados bilaterales podría quejarse errónea-

mente de precios predatorios en el lado de precios bajos, o incluso de precios excesivos en el lado de precios altos, pese al hecho de que dichas estructuras de precios son elegidas también por las plataformas pequeñas que entran en el mercado. Los reguladores deberían evitar aplicar mecánicamente ideas antimonopolio estándar donde no es pertinente hacerlo.



Esto no significa que las autoridades puedan cerrar tranquilamente los ojos ante plataformas multi-laterales. Un ejemplo son las plataformas que ofrecen un servicio a sus miembros, pero no representan la única vía para la compra (véase gráfico 4). Por ejemplo, American Express ofrece un servicio al titular de su tarjeta, pero este puede utilizar otros medios, como el efectivo, el cheque u otras redes de tarjetas, para realizar el pago. Un hotel o un billete de avión pueden reservarse a través de una plataforma *online*, como Booking.com, o bien directamente.

Dichas plataformas suelen aplicar una comisión de servicio al vendedor, y exigen «coherencia de precios» (el comercio no puede penalizar las transacciones ejecutadas a través de la plataforma y cobrar un precio superior respecto a las que no la utilicen). Aunque la coherencia de precios tiene una justificación sólida (evita «sobrepuestos» por parte del comerciante en situaciones en las que el consumidor está capturado, tiene poco poder de negociación) (20), también conlleva ciertos riesgos, pues unas comisiones de servicio elevadas son repercutidas en parte a los terceros, es decir, a los consumidores que no utilizan la plataforma. Esto puede dar lugar a unas comisiones excesivas (21). El fallo de mercado en este caso no consiste en un patrón de precios sesgado (típico de los mercados bilaterales), sino en la externalidad sobre las partes no contratantes.

El análisis revela que la comisión de servicio debería obedecer el siguiente principio *pigouviano*: en caso de aceptar pagos con tarjeta, la comisión al comercio debería ser igual al beneficio que este obtiene por el pago con tarjeta (22). De ese modo el consumidor, que es quien decide el método de pago utilizado, no ejerce ninguna externalidad sobre el comercio. Este principio representa ahora la doctrina de la Comisión Europea en lo que respecta a la regulación de los sistemas abiertos de Visa y MasterCard.

En este ámbito, como en muchos otros, no funciona ni un enfoque de *laissez faire* ni una regulación basada en recetas genéricas. Lo único que dará resultado será un sólido análisis económico.

IV. PROPIEDAD INTELECTUAL/INDUSTRIAL

El enfoque de la «regla de la razón» aplicado a la política de competencia requiere cierta confianza acerca de si lo que domina es la eficiencia o, más bien, son los efectos anticompetitivos. En este sentido, algunas sencillas normas pueden reforzar notablemente nuestra confianza en las elecciones que adoptemos.

Consideremos el caso de la propiedad intelectual/industrial, donde la escasez de información puede ser notable, como en aquellas tecnologías en una fase de implantación aún incipiente. Las tecnologías en biotecnología y *software* suelen componerse de una pluralidad de patentes de diversa importancia y que se encuentran en posesión de distintos propietarios. Esta «maraña de patentes» propicia una «apilación de royalties» (o «marginalizaciones múltiples» en la jerga económica).

Para comprender el concepto de la «apilación de royalties», brillantemente formalizado en 1838 por Antoine Augustin Cournot (1838) y más recientemente por Carl Shapiro (2001), puede ayudarnos una analogía (reflejada en el gráfico 5) que nos remonte a la época de la Europa medieval, cuando el tránsito fluvial se encontraba gravado por una sucesión de peajes; así, en el siglo XIV la navegación a lo largo del Rin estaba sujeta a 64 peajes (23). Cada uno de los cobradores trataba de imponer aquel canon que maximizara sus ingresos, sin preocuparse de las consecuencias que ello tenía no solo en los usuarios sino en los demás cobradores de peajes. Hubo que esperar hasta el Congreso de Viena en 1815 y las leyes posteriores para la abolición de dicha apilación de peajes (24).

GRÁFICO 5

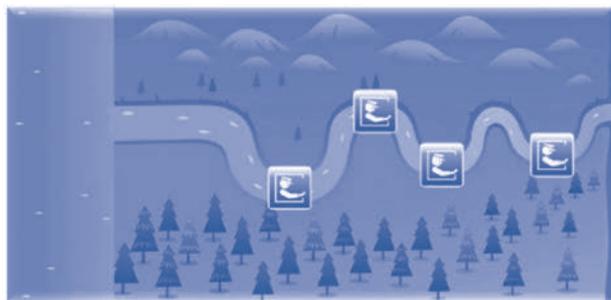


GRÁFICO 6



La alta tecnología está evolucionando hacia precios asequibles, similares a los aplicados al tráfico fluvial en el siglo XIX. Se han aprobado nuevas directrices, orientadas a estimular la comercialización conjunta de la propiedad intelectual/industrial a través de consorcios de patentes (*patent pools*). Tales consorcios reducen el precio total de licenciar patentes complementarias, beneficiando simultáneamente a sus dueños y a los usuarios de la tecnología.

Por desgracia, los consorcios de patentes y, de forma más general, los acuerdos de comercialización conjunta, también pueden permitir a las empresas subir los precios. Por ejemplo, los dueños de dos patentes sustitutivas (como los cobradores de peajes situados en los dos brazos del río en el gráfico 6) pueden aumentar el precio de la licencia hasta un nivel monopolístico mediante la creación de un consorcio de patentes (que fije un peaje colusivo para acceder al tramo inferior del río en el gráfico), con resultados semejantes

a un cartel o a una fusión generadora de un monopolio.

De nuevo, un vistazo a la historia resulta útil. Pocos saben que hasta 1945 la mayoría de las industrias de alta tecnología de la época estaban dirigidas por consorcios de patentes (25). Pero el temor a una «cartelización» a través de acuerdos de comercialización conjunta motivó una resolución hostil del Tribunal Supremo de EE.UU. en 1945 y, con ella, la desaparición de los consorcios hasta la reactivación del interés en fechas recientes.

¿Pero no podrían las autoridades antimonopolio prohibir simplemente los consorcios malos (que incrementan los precios) y autorizar los buenos (que reducen los precios)? Por desgracia, no disponen de la información relevante: a menudo el historial de licencias no es suficientemente largo, y el patrón de sustituibilidad/complementariedad cambia a medida que lo hacen los usos de la tecnología (26).

GRÁFICO 7

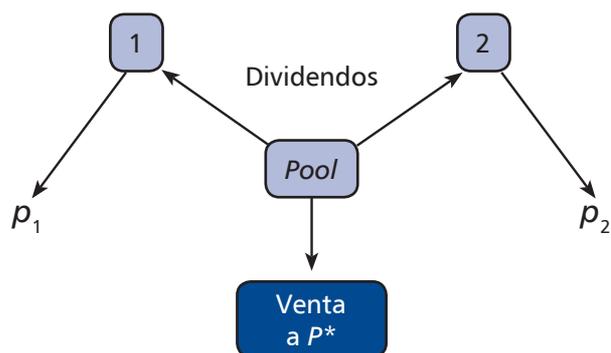
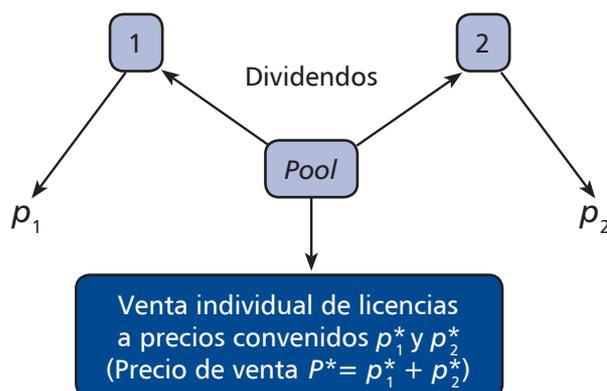


GRÁFICO 8



Sin embargo, hay formas simples de regulación que permiten tal diferenciación: en primer lugar, la «capacidad individual de licenciar» (por la que los dueños tienen capacidad de seguir otorgando licencias para el uso de sus patentes al margen del consorcio, véase el gráfico 7) recrea la competencia cuando, de otro modo, el consorcio de patentes hubiera optado por subir el precio. Dicha capacidad individual de otorgar licencias neutraliza, por tanto, los consorcios «malos» al tiempo que permite que los «buenos» surtan su efecto reductor de los precios.

El razonamiento queda perfectamente ilustrado en el caso muy simple de dos patentes sustitutivas. El precio competitivo de las licencias (si suponemos que tramitar la patente no entraña costes) es entonces igual a 0. Un consorcio tiene la potencialidad de elevar el precio hasta el precio monopolístico, llamémoslo P^m . Supongamos que el consorcio intenta establecer un precio $P (\leq P^m)$. Entonces, dado un reparto paritario (27), los dueños de cada una de las dos patentes reciben $P D (P)/2$ vía dividendos, donde $D (\cdot)$ denota la función de demanda de las licencias. En lugar de recibir la mitad de los beneficios del consorcio vía dividendos, el dueño de cada patente podría optar por rebajar ligeramente el precio respecto al consorcio; en tal caso, se quedaría para sí con la totalidad del beneficio $P D (P)$, aproximadamente (28).

En segundo lugar, y para paliar la amenaza de colusión tácita (en el razonamiento anterior, a fin de impedir una guerra de precios y para seguir manteniendo el elevado precio del consorcio en el futuro, los dueños de cada una de las dos patentes podrían renunciar a la ganancia a corto plazo derivada de cobrar un precio más bajo que el del consorcio por cada licencia individual), un segundo requisito, que no plantea problemas informacionales, sería el de separabilidad (*unbundling*), consistente en que los usuarios puedan adquirir licencias parciales del consorcio en lugar de todo el «paquete», y que el precio del consorcio por múltiples licencias sea igual a la suma de los precios individuales de cada una (véase el gráfico 8). La combinación de las cláusulas de «capacidad individual de licenciar» y «separabilidad de licencias» hace al consorcio compatible con el bienestar social (29).

Es interesante notar que los dos preceptos derivados de la teoría—capacidad individual de licenciar y separabilidad de licencias— dimanantes de la teoría han sido incorporados a las directrices europeas (en 2004 y 2014, respectivamente); el Departamento de

Justicia estadounidense ya había exigido la capacidad individual de licenciar a finales de la década de los noventa en sus *Business Review Letters*.

GRÁFICO 9



Otro precepto sin problemas informacionales que tiene su origen en el trabajo teórico es la sugerencia de que los dueños de patentes se comprometan con un precio máximo en el precio de sus licencias antes de que se tome la decisión sobre el estándar de normalización. Cuando se diseña un estándar que se utilizará como la norma de mercado, las vías para resolver un determinado problema tecnológico suelen ser, en muchos casos, múltiples. Todas ellas pueden resultar igualmente viables, pero con frecuencia el organismo normalizador elegirá solo una (siguiendo con la analogía, la autoridad pública podría haber fomentado el tráfico en el brazo de arriba del río construyendo en él una esclusa; o bien la presencia de una ciudad importante podría haberlo convertido en una alternativa más ventajosa, como se refleja en el gráfico 9). Sin embargo, una vez adoptada la decisión, la patente elegida se convierte en una patente esencial (*standard-essential patent*, SEP), y el dueño de la patente puede solicitar un elevado royalty pese a que otra patente podría haber ofrecido un valor comparable de haberse optado por diseñar la tecnología de forma diferente.

Para impedir que las empresas se aprovechen de la esencialidad fortuita de sus patentes, esto es, resultante del mero hecho de ser incluidas en un estándar o norma de mercado, y no de sus méritos tecnológicos, los órganos de normalización suelen exigir a las empresas que se comprometan de antemano a licenciar sus patentes en términos equitativos, razonables y no discriminatorios (conocidos como FRAND). El problema de este enfoque FRAND es su ambigüedad: ¿qué se entiende exactamente por una tasa equitativa y razonable? De hecho,

son innumerables los litigios planteados en todo el mundo por discrepancias sobre el significado de dicho compromiso.

A nadie se le ocurre construirse su casa sobre un terreno del que no conoce por adelantado el precio. Lo mismo cabe decir de las tecnologías. Hemos postulado que los dueños de patentes deberían comprometerse con unas condiciones por licencia antes de que se tome la decisión final sobre el *estándar*, y tratamos de explicar por qué no es prudente confiar en que la simple competencia entre organismos normalizadores dará lugar a la exigencia de este compromiso (30).

V. COMENTARIOS FINALES

La Teoría de la Organización Industrial se ha revelado como una herramienta muy eficaz para resolver uno de los mayores retos que afrontan nuestras economías. Ha ayudado a moldear las leyes y la regulación antimonopolio. Reconociendo que las industrias son diferentes entre sí, y que no existen recetas universales, ha construido paciente-mente un acervo de conocimientos que no solo ha permitido a los reguladores entender mejor el poder de mercado y los efectos de sus intervenciones, sino que también ha ayudado a las empresas a formular sus estrategias.

La Organización Industrial ha recorrido un largo camino, pero sigue restando mucho por hacer. Resulta particularmente gratificante que la disciplina esté en pleno auge y que continúe inspirando a una legión de jóvenes investigadores a producir brillantes trabajos.

Ayudar a crear un mundo mejor es la misión primordial de los economistas. Creo que el conjunto de la comunidad investigadora de la Organización Industrial ha realizado una importante aportación a dicha tarea. En nombre de esta comunidad, me siento afortunado, honrado y agradecido por haber sido galardonado con el Premio de Ciencias Económicas de 2014 que otorga el Banco Nacional Sueco en Memoria de Alfred Nobel.

NOTAS

(*) Copyright © The Nobel Foundation (2014).

(**) Próxima publicación, *American Economic Review* y los Premios Nobel. Traducción de JON GARCÍA.

(1) Esta conferencia está dedicada a la memoria de JEAN-JACQUES LAFFONT. No se parece a ninguna de las que haya pronunciado a lo largo

de mi vida. Está cargada de emoción, reconocimiento intelectual y recuerdos imborrables. La ponencia es también sumamente injusta con la comunidad de investigadores que han desarrollado la Teoría de la Organización Industrial en su forma moderna. De hecho, no aspira en modo alguno a ofrecer una visión general, ni siquiera respecto a su limitada selección de temas tratados, y no tiene por objeto reconocer las aportaciones recibidas por el autor. Su finalidad es, más bien, ilustrar, a partir de ejemplos extraídos de mi propia actividad investigadora, el enfoque y uso de la Organización Industrial teórica. Ello no debería, sin embargo, ocultar el hecho de que la Organización Industrial moderna es el resultado de un esfuerzo colectivo de una (todavía muy activa) comunidad de talentosos investigadores.

(2) Los economistas dedicados al estudio de la Organización Industrial han analizado otros fallos de mercado de diversa índole, relacionados con problemas de información y una serie de externalidades (como los daños medioambientales o las quiebras bancarias) que aparecen incluso en ausencia de poder de mercado; así, pequeñas entidades de crédito (como las cajas de ahorros españolas y los *landesbanken* alemanes recientemente en Europa) quiebran en ocasiones, exigiendo su rescate por el Fondo de Garantía de Depósitos/contribuyente, mientras que las empresas sin poder de mercado frecuentemente contaminan. Esta exposición se centra en el poder de mercado, por el que un monopolista limita la difusión de un producto, servicio o tecnología a las empresas que dependen de dicho *input* esencial y a los usuarios finales.

(3) Por orden cronológico, y a riesgo de ser injusto con las numerosas personas con quienes he tenido la suerte de relacionarme, DREW FUDENBERG, ERIC MASKIN, JEAN-JACQUES LAFFONT, a cuya memoria está dedicada esta ponencia, PATRICK REY, JEAN-CHARLES ROCHET, PAUL JOSKOW y JOSH LERNER.

(4) También deben incluir en su análisis los costes asociados al cumplimiento de la regulación.

(5) Nos inspiramos en las ideas plasmadas en los trabajos de HART y TIROLE (1990) y, REY y TIROLE (2007), a los cuales remitimos al lector para completar los «cabos sueltos» dejados por esta discusión intuitiva. Véase, asimismo, SEGAL (1999) para un tratamiento más amplio, comprensivo de otras aplicaciones más allá de la organización industrial.

(6) Los expertos en regulación antimonopolio suelen mostrar reticencia en llamar «infraestructura esencial» a una patente clave, ya que dicha denominación suele ir ligada a la obligación de compartir. Yo, en cambio, incluyo las patentes clave en la categoría de infraestructura esencial, pues cumplen el criterio de ser un «*input* imprescindible no susceptible de replicarse por terceros a un coste bajo». Más adelante abordaremos la obligación de compartir.

(7) Esta cantidad maximiza el tamaño de la «tarta» a repartir entre las dos partes; el reparto de esta tarta implicará una transferencia monetaria entre ellas.

(8) Otra manera de obtener el beneficio monopolístico es ofrecer la misma tarifa, formada por dos componentes, a todas las empresas aguas abajo: $T(q) = A + wq$, donde w , el precio mayorista, satisface: $nq^c(w) = Q^m$, la cantidad monopolística, y $q^c(w)$ es la cantidad de Cournot dado un coste unitario w . Entonces, se determina el término fijo A que captura el beneficio resultante de Cournot para cada empresa aguas abajo. Ninguno de los esquemas que permite a la empresa aguas arriba cosechar el beneficio monopolístico es robusto frente a contratos adicionales privados, puesto que la empresa aguas arriba siempre puede sacar beneficio contratando una cantidad más alta con una empresa individual aguas abajo con tal de que la cantidad de esta última quede por debajo de la curva de reacción de Cournot (para un coste marginal cero). Así, para sostener cantidades individuales por debajo de $q^c(0)$, los contratos deben, sin ninguna duda, divulgarse públicamente.

(9) Por ejemplo, la autoridad antimonopolio podría desaprobear prácticas lesivas contra empresas rivales que operen en un mismo sector: por ejemplo, la adopción de una tecnología incompatible cuando no está en juego la protección de la propiedad intelectual; la

«inmovilización» de clientes en contratos de larga duración sin una justificación en términos de eficiencia (como, p. ej., AGHION y BOLTON 1987); o la aplicación de un criterio duro a través de una vinculación insalvable (como, p. ej., en el modelo de exclusión horizontal de WHINSTON 1990).

(10) «Esfuerzo» se define como oneroso para la empresa (es decir, una acción que no obedece a una motivación intrínseca o a intereses profesionales), y $e = 0$ como el esfuerzo mínimo. Entonces, el contrato de «coste incrementado» provoca que $e = 0$ y reporta a la empresa una renta independiente de β . De ahí que la renta pueda hacerse arbitrariamente pequeña sin poner en peligro la participación de la empresa.

(11) Véase p. ej., LAFFONT y TIROLE (1986). Entre los precursores de mi trabajo con JEAN-JACQUES LAFFONT se incluyen LOEB y MAGAT (1979), BARON y MYERSON (1982) y SAPPINGTON (1982). Bajo algunas condiciones, el esquema regulatorio óptimo permite que la empresa escoja entre un menú de contratos con incentivos lineales $t = \alpha - bC$, cada uno de ellos caracterizado por un par de parámetros de pago fijo y reparto de costes (a, b).

(12) Una lista más amplia de salvedades relativas a incentivos de alto poder y su modelización teórica puede encontrarse en LAFFONT y TIROLE (1993).

(13) Este es el denominado «efecto trinquete» (véase, p. ej., FREIXAS *et al.* (1985) y LAFFONT y TIROLE (1988)).

(14) Suponemos aquí el caso de demandas independientes; las fórmulas deben corregirse para reflejar las «elasticidades cruzadas» en el caso de bienes sustitutivos o complementarios.

(15) Véase LAFFONT y TIROLE (1990). La dicotomía no se sostiene en ausencia de mediciones de costes o beneficios (BARON-MYERSON 1982), ya que entonces un único instrumento (el vector de los precios) debe cumplir dos objetivos: reflejar la renta de la empresa y limitar la desviación de los principios de RAMSEY-BOITEUX.

(16) Esto es, naturalmente, idealizar mucho. En teoría, las ponderaciones deberían ser iguales a las cantidades esperadas para esos precios de RAMSEY-BOITEUX (y no las que resultarían de la libre decisión de la empresa, para no permitirle manipular las ponderaciones); intuitivamente, un aumento del precio p_i genera una reducción del excedente del consumidor igual a la cantidad del bien i ; un «*price cap*» basado en las cantidades esperadas consigue, por tanto, el grado justo de «internalización» del excedente del consumidor. Hay que hacer, claro está, una salvedad relativa a la información asimétrica: el regulador no conoce las cantidades de RAMSEY-BOITEUX. Es preciso continuar avanzando en el análisis sobre este punto (véase ARMSTRONG y VICKERS 2000 para una aportación en esta dirección). No obstante, en términos empíricos, la utilización de «*price caps*» ha tenido un sustancial efecto reequilibrador hacia una estructura de precios acorde con RAMSEY-BOITEUX.

(17) Para ilustrar esto, supóngase que el bien i es suministrado por un grupo de empresas competitivas aguas abajo a un precio igual al coste marginal c_D . La empresa regulada es propietaria del *input* cuello de botella que permite operar al grupo competitivo aguas abajo. El coste marginal aguas arriba es c_U . Definamos $c_i = c_D + c_U$. Si se otorga acceso a un precio de acceso $\alpha = c_U$, entonces $p_i = c_i$ es más bajo que en la fórmula de RAMSEY-BOITEUX. El coste fijo debe entonces ser recuperado enteramente a través de precios (muy altos) sobre los bienes respecto de los que la empresa regulada no afronta competencia. Para más información sobre tales precios de acceso «unidireccionales», véase LAFFONT y TIROLE (1994). En la presente exposición no trataré los precios de acceso «cruzados», en los que los propietarios de cuellos de botella competitivos (p. ej., las empresas de telefonía móvil) se otorgan acceso recíproco a ellos; hay abundante literatura sobre este tema desde los trabajos pioneros de ARMSTRONG (1998) y LAFFONT *et al.* (1998).

(18) El caso de las tarjetas de pago reviste mayor complejidad que los demás ejemplos, ya que la decisión de pagar con tarjeta/en efectivo

va emparejada a la decisión de acudir o no físicamente al comercio para inspeccionar y adquirir el bien. Este emparejamiento implica que el comerciante mostrará disposición a aceptar el uso de tarjetas aun cuando el beneficio que obtenga del pago con tarjeta en comparación con un pago en efectivo no le compense la «comisión de servicio» que debe abonar a la entidad emisora cada vez que realiza una transacción. La razón para ello es doble: mediante la aceptación de tarjetas puede que desee atraer a clientes informados (ROCHET y TIROLE, 2002), pero también puede tener miedo de perder ventas si rechaza la tarjeta en el caso de clientes desinformados (BOURGUIGNON *et al.* 2014). Sea como fuere, el comerciante percibe la tarjeta como una condición ineludible («*must-take card*»).

(19) Existen muchos análisis teóricos y empíricos de los mercados bilaterales, incluyendo, entre los pioneros, los trabajos de ARMSTRONG (2006), CAILLAUD y JULLIEN (2003), ROCHET y TIROLE (2003, 2006).

(20) Véase, p. ej., BOURGUIGNON *et al.* (2014) y la literatura sobre «*atracos*»/atributos encubiertos.

(21) Véase ROCHET y TIROLE (2002) y para un marco reciente y elegante EDELMAN y WRIGHT (2014).

(22) Este principio se denomina el «test del coste evitado» o el «test del turista» (suponiendo que un cliente se encuentra físicamente en la tienda, puede pagar por cualquiera de los dos medios y, al ser un turista, no se verá influido en el futuro por el hecho de que el comercio acepte o no la tarjeta, ¿preferiría el comerciante que pagase con tarjeta en lugar de en efectivo?). Véase ROCHET y TIROLE (2011).

(23) Solo en el tramo entre Maguncia y Colonia se contabilizaban 13 peajes. La situación era similar en el Elba o en los ríos franceses (Ródano, Sena, Garona y Loira): véase SPAULDING (2011).

(24) De hecho, se abolieron todos los peajes a lo largo del Rin.

(25) Entre ellas, las industrias de aerolíneas, ferrocarriles, automóvil, televisión, radio, química, y otras muchas.

(26) Otro aspecto es que las patentes pueden ser complementarias a precios bajos (a dichos precios, los usuarios utilizarán el abanico completo, por lo que un incremento del precio de licencia reduce la demanda de la tecnología global), pero sustitutivas a precios elevados.

(27) Un reparto no igualitario supondría que el dueño de la patente con menor cuota tendría incluso más incentivos para rebajar el precio respecto al consorcio.

(28) El equilibrio con desviaciones aún restaura el nivel de competencia anterior a la creación del consorcio en el caso de un consorcio «malo» cuando existen más de dos patentes y/o cuando las patentes son sustitutos imperfectos. Pero entonces los problemas de coordinación pueden conducir a múltiples equilibrios (cuando $n > 2$). BOUTIN (2014) demuestra que agregar el requisito de separabilidad de licencias (comentado más abajo) selecciona el equilibrio que restaura la competencia.

(29) Véase REY y TIROLE (2013).

(30) Véase LERNER y TIROLE (2015).

BIBLIOGRAFÍA

- AGHION, P., y BOLTON, P. (1987), «Contracts as a Barrier to Entry», *American Economic Review*, 77(3): 388-401.
- ARMSTRONG, M. (1998), «Network Interconnection in Telecommunications», *Economic Journal*, 108 (448): 545-564.
- (2006), «Competition in Two-Sided Markets», *RAND Journal of Economics*, 37(3): 668-69.

- ARMSTRONG, M., y VICKERS, J. (2000), «Multiproduct Price Regulation under Asymmetric Information», *Journal of Industrial Economics*, 48: 137-160.
- BARON, D., y MYERSON, R. (1982), «Regulating a Monopolist with Unknown Costs», *Econometrica*, 50(4): 911-930.
- BOITEUX, M. (1956), «Sur la gestion des Monopoles Publics astreints à l'équilibre budgétaire», *Econometrica*, 24(1): 22-40
- BOURGUIGNON, H.; GOMES, R., y TIROLE, J. (2014), «Shrouded Transaction Costs», mimeo, TSE.
- BOUTIN, A. (2014), «Screening for Good Patent Pools through Price Caps on Individual Licenses», mimeo, ULB.
- CAILLAUD, B., y JULLIEN, B. (2003), «Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers», *RAND Journal of Economics*, 34(2): 309-328.
- COURNOT, A.A. (1838), *Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*.
- DUPUIT, J. (1844), «De la mesure de l'utilité des travaux publics», *Annales des Ponts et Chaussées*, Paris.
- EDELMAN, B., y WRIGHT, J. (2014), «Price Coherence and Adverse Intermediation», mimeo.
- FREIXAS, X.; GUESNERIE, R., y TIROLE, J. (1985), «Planning under Incomplete Information and the Ratchet Effect», *Review of Economic Studies*: 173-191.
- HART, O., y TIROLE, J. (1990), «Vertical Integration and Market Foreclosure», *Brookings Papers on Economic Activity*, Washington: Brookings Institution, vol. 1990, «Microeconomics», 1990: 205-286.
- LAFFONT, J.J.; REY, P., y TIROLE, J. (1998), «Network Competition: I. Overview and Nondiscriminatory Pricing; II. Price Discrimination», *RAND Journal of Economics*, 29(1), 137: 38-56.
- LAFFONT, J.J. y TIROLE, J. (1986), «Using Cost Observation to Regulate Firms», *Journal of Political Economy*, 94: 614-641.
- (1988), «The Dynamics of Incentive Contracts», *Econometrica*, 56: 1153-1175.
- (1990), «The Regulation of Multiproduct Firms, I: Theory; II: Applications to Competitive Environments and Policy Analysis», *Journal of Public Economics*, 43: 1-36: 37-66.
- (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press.
- (1994), «Access Pricing and Competition», *European Economic Review*, 38(9): 1673-1710.
- LERNER, J., y TIROLE, J. (2004), «Efficient Patent Pools», *American Economic Review*, 94(3): 691-711.
- (2015), «Standard-Essential Patents», *Journal of Political Economy*, forthcoming, junio.
- LOEB, M., y MAGAT, W. (1979), «A Decentralized Method of Utility Regulation», *Journal of Law and Economics*, 22: 399-404.
- REY, P., y TIROLE, J. (2007), «A Primer on Foreclosure», *Handbook of Industrial Organization*, vol.3, ed. by M. Armstrong and R.H. Porter, North Holland: 2145-2220.
- (2013), «Cooperation vs. Collusion: How Essentiality Shapes Competition», *IDEI Working Paper*, n°801.
- ROCHET, J.C., y TIROLE, J. (2002), «Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations», *The RAND Journal of Economics*, 33(4): 549-570.
- (2003), «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of the European Economic Association*, 1(4): 990-1029.
- (2006), «Two-Sided Markets: A Progress Report», *RAND Journal of Economics*, 37(3): 645-667.
- (2011), «Must Take Cards: Merchant Discounts and Avoided Costs», *Journal of the European Economic Association*, 9(3): 462-495.
- SAPPINGTON, D. (1982), «Optimal Regulation of Research and Development under Imperfect Information», *Bell Journal of Economics*, 13(2): 354-368.
- SEGAL, I. (1999), «Contracting with Externalities», *Quarterly Journal of Economics* 114(2), 1999: 337-388.
- SPAULDING, R.M. (2011), «Revolutionary France and the Transformation of the Rhine», *Central European History*, 44(02): 203-226.
- WHINSTON, M. (1990), «Tying, Foreclosure, and Exclusion», *American Economic Review*, 80(4): 837-859.

COLABORACIONES

II.
DISEÑO INSTITUCIONAL

Resumen

En 2012, el Gobierno español propuso la fusión de la autoridad de competencia con los seis reguladores sectoriales en una única autoridad, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La reforma se justificó por la necesidad de una mayor coordinación entre reguladores, para mejorar la coherencia de sus decisiones y por un supuesto ahorro de costes. El diseño de la nueva institución no garantiza que dichos beneficios potenciales necesariamente se materialicen. La mejora de los mecanismos de decisión, la creación de una organización más horizontal y el reforzamiento de la autonomía financiera y funcional facilitarían la generación de sinergias que, de momento, no parecen haberse puesto de manifiesto.

Palabras clave: CNMC, competencia, diseño institucional, organismos reguladores, independencia, regulación.

Abstract

In 2012, the Spanish government proposed the merger of the antitrust authority together with six sectoral regulators in a single authority, the National Commission for Markets and Competition (CNMC). The reform was justified by the need for better coordination between regulators, to improve the consistency of their respective decisions and to reduce their operational costs. The design of the new institution however does not necessarily guarantee that those potential benefits will be materialized. Improving decision-making mechanisms, creating a more horizontal organization and strengthening the financial and functional autonomy of the regulator would facilitate the generation of synergies that so far do not seem to have arisen.

Key words: CNMC, antitrust, independence, institutional design, regulators, regulation, antitrust agency.

JEL classification: D02, K21, K23, L40, L50.

LA CNMC: LA HISTORIA DE UNA REFORMA INACABADA

Juan DELGADO

Global Economics Group

Héctor OTERO

Global Economics Group

I. INTRODUCCIÓN

Hemos asistido recientemente a un proceso de reestructuración de las autoridades de competencia y de los reguladores sectoriales en distintos países del mundo, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo, orientados todos ellos hacia la búsqueda de un modelo de agencias regulatorias con el objetivo de cumplir sus objetivos en los mercados que regula, con la mayor eficiencia y efectividad posible.

Esta ola de reestructuraciones ha incluido procesos de fusión de distintas agencias de defensa de la competencia (como CMA británica), fusión de funciones regulatorias y de competencia en ciertos sectores (como el IFT en México para el caso de las telecomunicaciones) o procesos de reestructuración más amplia como los llevados a cabo en Holanda (ACM) y España (CNMC).

En 2012, el Gobierno español propuso la fusión de la autoridad de competencia (CNC) con los seis reguladores sectoriales en una única autoridad, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Esta reforma fue justificada por el Gobierno, entre otros motivos, por la mejora de la mejora de la certidumbre regulatoria en los mercados o los ahorros presupuestarios del establecimiento de una única instrucción. Por su parte, los crí-

ticos de la reforma destacaban el gran riesgo de perder la experiencia acumulada de la institución o la operatividad de una instrucción de un tamaño tan elevado.

Transcurridos dos años desde la entrada en funcionamiento de la CNMC en octubre de 2013, este artículo realiza una primera evaluación de las consecuencias de la reforma de la CNMC y si se han cumplido las mejoras en la institución prometidas con la reforma.

La efectividad de un organismo regulador requiere de un marco legal apropiado, de una arquitectura institucional que permita aplicar ese marco legal y de la existencia de una voluntad política y una capacidad técnica de los responsables de aplicar de forma correcta las provisiones legales relevantes. La arquitectura del regulador es irrelevante si, por ejemplo, no está garantizada su independencia y si su personal no tiene una capacidad técnica suficiente. El presente artículo se centra en el análisis de cómo distintas características deseables en un regulador se ven afectadas por el diseño institucional del mismo y, en concreto, qué factores se ven fortalecidos o debilitados con la creación de macroreguladores con múltiples funciones en múltiples sectores. El artículo contrasta si el diseño y los primeros pasos del regulador español CNMC resultan en una mejora en el fun-

cionamiento y la efectividad del mismo en el desarrollo de sus funciones.

El artículo comienza con una breve descripción de las diferentes tipologías de arquitecturas de organismos de regulación (sección II) y del proceso de integración realizado en España (sección III). En la sección IV se realiza una evaluación de las consecuencias de la fusión de reguladores analizando como distintas funciones y características deseables de un regulador se ven afectadas por la arquitectura institucional puesta en marcha en el macroregulador español. Por último, en la sección V se recogen una serie de cuestiones que no se han solucionado con la reforma y que deberían ser tratadas para mejorar el funcionamiento del macroregulador y potenciar las posibles sinergias derivadas de la concentración de funciones y sectores en un único órgano regulador.

II. QUÉ Y CÓMO SON LOS ORGANISMOS DE REGULACIÓN

Los organismos de regulación son «agencias administrativas autónomas con competencias regulatorias» (OCDE, 2002). En este artículo, se restringirá el concepto de organismos de regulación a aquellos que tengan funciones de regulación de unos sectores específicos y/o aquellos que tengan mandatos de aplicación de la política de competencia.

Con respecto a la estructura de los reguladores (ver cuadro nº 1 para un resumen de la tipología de reguladores), existen reguladores unifuncionales que son responsables de la regulación de un único sector (por ejemplo, energía o telecomunicaciones) o de la aplicación de una única po-

lítica (por ejemplo, la política de competencia). Algunos ejemplos de reguladores unifuncionales son la agencia de competencia francesa Autorité de la Concurrence o la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea.

Por otro lado, existen un número creciente de jurisdicciones donde se encuentran reguladores multisectoriales (que actúan en varios sectores), multifuncionales (que ejercen funciones diversas) o convergentes (es decir, simultáneamente multisectoriales y multifuncionales) (1). Un ejemplo de un regulador multisectorial es el Bundesnetzagentur alemán que agrupa las funciones regulatorias de varios sectores de red (2). Los reguladores multifuncionales más comunes son aquellos que aglutinan las políticas de la competencia y de protección del consumidor (como la recientemente creada CMA británica). También, existe un número creciente de instituciones que combinan funciones regulatorias con políticas de defensa de la competencia en un sector determinado, como es el caso de los reguladores de telecomunicaciones mexicano y británico (IFT y OFCOM, respectivamente).

Por último, existe un número limitado de jurisdicciones donde

se han creado reguladores convergentes que agrupan al mismo tiempo la regulación de diversos sectores (multisectorial) y diversas políticas (multifuncional), como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española (CNMC) y la Autoridad de la Competencia y los Mercados holandesa (ACM), que agrupan las labores de regulación en todas los sectores de red y la aplicación de la política de competencia (3).

III. LA INTEGRACIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN ESPAÑA

En 2012, el Gobierno español propuso la fusión de la autoridad de competencia (CNC) con los seis reguladores sectoriales (telecomunicaciones, medios audiovisuales, energía, ferrocarril, aeropuertos y servicios postales) (4) en una única autoridad, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

La propuesta de reforma no venía acompañada de un análisis riguroso de los problemas de funcionamiento que la reforma pretendía resolver ni de cómo el nuevo diseño respondía a la necesidad de abordar dichos problemas. La justificación de la re-

CUADRO N.º 1

TIPOLOGÍA DE ORGANISMOS REGULADORES

	UN SECTOR	VARIOS SECTORES
Una política	Reguladores unifuncionales DG COMP (UE) Autorité de la Concurrence (FR)	Reguladores multisectoriales Bundesnetzagentur (DE)
Varias Políticas	Reguladores multifuncionales IFT (MX), OFCOM (UK) CMA (UK)	Reguladores convergentes CNMC (ES), ACM (NL)

Fuente: Elaboración propia.

forma tenía un carácter muy general y el diseño propuesto era demasiado pobre como para garantizar ni siquiera que se materializaran los vagos beneficios apuntados. La principal razón esgrimida para la reforma fue la necesidad de incrementar la coherencia entre los reguladores sectoriales y la autoridad de competencia (en particular por los recientes conflictos entre el regulador de telecomunicaciones y la CNC). Del mismo modo se destacaron los ahorros presupuestarios de la reforma fruto de una mayor eficiencia administrativa, de especial relevancia en el contexto de la necesidad de reducción del déficit público.

Varios autores y la prensa en su momento airearon diversos motivos políticos para la reforma, coincidiendo con el cambio de Gobierno, ya que una de las consecuencias de la integración fue el cese de los antiguos miembros de los distintos Consejos nombrados en su mayoría por el Gobierno anterior, y la designación de nuevos miembros por parte de la nueva mayoría en el Congreso de Diputados (5).

La decisión fue ampliamente criticada por no ser el resultado de un análisis riguroso sobre las necesidades y debilidades del esquema existente. Existía el peligro de que una reforma precipitada pusiese en riesgo la experiencia y los logros acumulados por las políticas regulatorias y, sobre todo, la política de competencia a lo largo de más de una década. (6) Al mismo tiempo, existían dudas acerca de la estructura del nuevo macro-regulador y si la fusión se materializaría en ahorros presupuestarios tal como la reforma prometía (7).

La CNMC, en su nueva configuración, comenzó a operar en octubre de 2013 (8). La nueva

CNMC consiste en un Consejo, que es el órgano decisorio, y varias direcciones sectoriales y horizontales, que son las que desarrollan el trabajo técnico. El Consejo está compuesto por diez miembros, el presidente entre ellos, y está dividido en dos salas, la Sala de Regulación, que lidia con los asuntos relacionados con la regulación sectorial; y la Sala de Competencia, que aplica la Ley de Competencia. Ambas salas se reúnen en sesiones plenarios para resolver conflictos potenciales y para tratar de temas generales.

Asimismo, la CNMC se encuentra estructurada en tres direcciones sectoriales (energía; telecomunicaciones, audiovisual y radiodifusión; y transportes y servicios postales) y una Dirección de Competencia. Existen otras unidades de carácter horizontal, como el departamento legal, que responde directamente al Consejo, o el departamento de promoción de la competencia, que responde directamente al presidente del Consejo.

La creación de un macroregulador significó la redistribución de responsabilidades, con algunas de las funciones menores de los reguladores siendo asignadas a sus ministerios correspondientes (9).

IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA INTEGRACIÓN DE REGULADORES

A priori, y dados otros factores, no existe una arquitectura regulatoria óptima. Existe abundante literatura sobre las características de un regulador que mejoran su funcionamiento y efectividad. Sin embargo, dichas características no se corresponden necesariamente con un dise-

ño institucional específico. En la presente sección se analiza cómo ciertos factores y funciones deseables en una autoridad regulatoria se ven afectados por la creación de un regulador multi-sectorial, multifuncional o convergente y se contrasta la situación de estos factores en el caso del macroregulador español CNMC. El análisis de esta sección sigue el marco teórico definido por Delgado y Mariscal (2014).

1. Sinergias vs. conflicto

Una de las ventajas que se menciona frecuentemente para justificar la integración de funciones y sectores bajo un mismo regulador es la explotación de posibles sinergias. Sin embargo, las sinergias funcionales y la eliminación de duplicaciones funcionales solo emergerán cuando las funciones fusionadas sean verdaderamente políticas complementarias (ver Kovacic y Hyman, 2012). Las políticas regulatorias en los sectores de red así como las funciones regulatorias y de defensa de la competencia tienen cierto grado de complementariedad por lo que podría justificarse su integración dentro de un mismo organismo.

La integración sin embargo no está exenta de riesgos sobre todo cuando, como consecuencia de la misma, los conflictos y discrepancias entre reguladores se convierten en conflictos internos, pero sin resolverse de forma satisfactoria. En este caso, la integración implicaría una menor transparencia y no necesariamente se desarrollarían las posibles sinergias.

La estructura de la CNMC no permite dilucidar la manera en que las posibles sinergias potenciales pueden desarrollarse entre

los distintos departamentos. La CNMC se organiza en cuatro direcciones que replican la estructura de los reguladores anteriores, de tal modo que no se produce integración transversal de las funciones que previamente se situaban en diferentes reguladores. La Dirección de Competencia hereda las funciones de la antigua CNC, la Dirección de Energía, las funciones de la CNE y la Dirección de Telecomunicaciones hereda las funciones de la CMT, añadiendo las funciones de audiovisuales. Únicamente aquellos reguladores de menor tamaño (ferroviario, aeroportuario y postal) se integran en una única dirección.

Existen, sin embargo ciertos indicios para ser escéptico respecto a la realización de sinergias:

1. Por un lado, se mantienen separadas las funciones de competencia y de regulación y, por otro, se realiza una división de las industrias de red que parece responder más al tamaño de los sectores regulados que a las posibles complementariedades (10). Aparte de la Asesoría Jurídica, no existen unidades transversales que expliciten la materialización de las sinergias.

2. En ausencia de una integración funcional, las sinergias podrían materializarse mediante mecanismos de coordinación ente unidades. Dichos mecanismos, si existen, no son explícitos ni observables a un observador externo. El único mecanismo de coordinación explícito son las reuniones plenarias del Consejo o el mecanismo de consulta entre salas en casos que afectan a la competencia en mercados regulados. Sin embargo, dicha coordinación puede resultar poco efectiva para materializar las sinergias si no ha sido precedida de una coordinación a nivel técnico.

Por ejemplo, en algunas jurisdicciones como Alemania o el Reino Unido, los casos de abuso de posición de dominio en el sector de las comunicaciones electrónicas son instruidos por los reguladores sectoriales que disponen de un mayor conocimiento sectorial. Incluso en el caso de la integración de autoridades holandesas, la nueva autoridad ha decidido dividir los casos de competencia en sectores regulados, de modo que la dirección de competencia se hace cargo de los casos de fusiones y las direcciones regulatorias de los casos de abuso, manteniendo en todo caso la colaboración ente las distintas direcciones. De esta forma se aprovecha el *know-how* sectorial para una instrucción más efectiva de las infracciones de competencia en sectores regulados. En España, a simple vista, nada ha cambiado tras la fusión de los reguladores y los casos de abuso en sectores regulados siguen siendo instruidos por la Dirección de Competencia, heredando la división de funciones previa a la fusión y sin que existan mecanismos explícitos de coordinación con las direcciones sectoriales.

Bajo la estructura de la CNMC, las posibles sinergias no se producirían por la propia integración. Habría que confiar en la cultura institucional de la CNMC para que se produzca una colaboración entre unidades sectoriales y transversales y se generen las sinergias. La existencia de sinergias, por tanto, dependerá de la existencia de una coordinación interdisciplinar dentro de la propia institución, donde se pueda desarrollar un aprendizaje mutuo y un aprovechamiento del *know-how* sectorial, o la existencia de facilidades de rotación de personal dentro de la institución entre los distintos departamentos.

Tras los primeros meses de trabajo, parece que sí se ha producido cierta coordinación entre las unidades sectoriales y la Dirección de Competencia en la instrucción de expedientes de infracción de la legislación de defensa de la competencia si bien siempre bajo el liderazgo de la Dirección de Competencia. En cuanto a la movilidad interna, la dualidad existente entre personal laboral y personal funcionario y la cultura propia de cada una de las instituciones previas parecen limitar la movilidad de personal entre direcciones.

Según el presidente de la CNMC (11), aproximadamente el 60 por 100 de la plantilla de la CNMC tiene una ligazón con la institución de carácter laboral, en tanto que el 40 por 100 restante es personal funcionario. Mientras que la gran mayoría de los puestos de la Dirección de Competencia está ocupada por funcionarios de carrera provenientes de la CNC, las direcciones heredadas de los antiguos reguladores contenían un elevado número de personal laboral. La Ley de creación de la CNMC limita ciertas labores, como por ejemplo las labores de inspección de la CNMC a funcionarios de carrera (12), lo que limita de forma considerable las posibilidades del personal de las direcciones regulatorias a acceder a la Dirección de Competencia. Así mismo se reservan ciertos puestos a funcionarios de carrera, como el secretario del Consejo (13), y se establece prioridad a la designación de funcionarios de carrera en los puestos directivos (14). Sí se ha observado sin embargo el flujo de funcionarios de carrera de la antigua CNC a divisiones sectoriales o de personal laboral entre direcciones sectoriales sobre todo con destino a los reguladores de nueva creación o con poca activi-

dad previa (como las direcciones sectoriales de transporte y de servicios postales).

Es posible, no obstante, que se desarrollen sinergias al nivel del Consejo, tanto dentro de la Sala de Regulación que deberá lidiar con varios sectores y por lo tanto podrá atenerse a principios reguladores constantes, como entre las salas de regulación y de competencia debido al mecanismo de consulta entre ellas, el cual puede materializar sinergias entre la aplicación de la regulación y de la legislación de defensa de la competencia.

Sin embargo, persisten obstáculos para la creación de sinergias en las actuaciones del Consejo de la CNMC:

1. Si no existe colaboración entre los departamentos, las sinergias a nivel del Consejo podrían manifestarse demasiado tarde en el procedimiento, limitando la posibilidad de efectuar cambios de calado;

2. La diversidad en las funciones de la Sala de Regulación puede llevar a una falta de especialización por parte de los miembros, así como una incapacidad para aprovechar las sinergias potenciales; y

3. El funcionamiento del mecanismo de consulta entre salas dependerá de las reglas establecidas y de si los miembros del Consejo asumen una actitud de conflicto o de colaboración. Los juegos de poder entre salas podrían dificultar la generación de sinergias.

Finalmente, la fusión de organismos reguladores también puede dar lugar a eficiencias de tipo administrativo al evitarse la duplicidad de los departamen-

tos administrativos (Trevilcock y Lacobucci, 2010). Sin embargo, en ausencia de sinergias funcionales, las eficiencias administrativas no justifican por sí mismas la fusión de autoridades reguladoras. El Gobierno español argumentó que el aumento en la eficiencia administrativa derivada de la eliminación de costes redundantes y la simplificación en la estructura del regulador generaría importantes ahorros, argumento particularmente relevante dadas las presiones actuales sobre el presupuesto público. El Gobierno anticipó ahorros de 28 millones de euros (15). Pero, incluso la existencia de estas sinergias se ha puesto en duda, una vez que incluso aquellas eficiencias organizativas se ven limitadas por la existencia de dos sedes de la CNMC, que obligan a que los departamentos administrativos se encuentren divididos entre ambas sedes, como ha reconocido el presidente de la CNMC en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados (16).

2. Coherencia y coordinación en las actuaciones en los sectores regulados

Una de las principales razones presentadas por el Gobierno español para justificar la integración, fue la necesidad de acabar con la existencia de decisiones contradictorias entre las resoluciones de los reguladores sectoriales y las resoluciones de la CNC. En particular, fueron comunes los enfrentamientos entre la CMT y la CNC, con especial importancia las críticas de la CNC a la responsabilidad de la CMT en la existencia de precios excesivos en el mercado mayorista de telecomunicaciones (17) o la existencia de

varios expedientes por infracciones de la legislación de competencia en el sector de telecomunicaciones (18). Esta situación fue criticada por las empresas argumentando que las diferencias entre organismos provocaban un elevado grado de inestabilidad regulatoria.

La necesidad de coordinación y coherencia, aunque mencionadas por el Gobierno en la motivación de la reforma, no se ponen de manifiesto en los textos legislativos. Como consecuencia de ello, esa consistencia en la aplicación de las políticas regulatorias y de competencia deberá ser resuelta dentro de la organización misma, no de manera abierta y transparente, sino en el proceso de adopción de cada una de las decisiones. Por tanto, serán las decisiones de la CNMC y no el nuevo mandato legislativo las que determinen que la reorganización resulte en decisiones más coherentes (19).

Aunque es esperable que la CNMC pueda promover una aplicación más coherente de los principios de competencia y regulación en los sectores regulados, existen diversas limitaciones a la coherencia y coordinación de las diferentes direcciones, altamente relacionadas con las limitaciones que existen para la creación de sinergias en la fusión (20).

La coordinación probablemente resultará en un proceso de toma de decisiones más lento. Los problemas de coordinación pueden llegar a ser resueltos de manera interna, pero mientras se ajustan los mecanismos de resolución, puede transcurrir un largo periodo de tiempo, conduciendo a una falta de previsibilidad en la aplicación y ejecución de las políticas.

Al igual que en el caso de la creación de sinergias entre las políticas de competencia y regulación, en ausencia de una estructura orgánica o de mecanismos explícitos que faciliten la coordinación, la coordinación entre políticas dependerá más de la propia cultura institucional que de la estructura del nuevo organismo.

Las distintas naturalezas de los procedimientos administrativos en materias de regulación y de competencia complican el emprendimiento de una coordinación formal. Tanto los tiempos como las atribuciones difieren en casos de intervenciones de competencia y de regulación. Mientras que la regulación suele realizarse *ex ante* y sin buscar emitir sanciones, la política de competencia suele realizarse *ex post*, buscando sancionar conductas específicas. Esta diferencia queda desdibujada, pero no eliminada, con la confluencia de los principios de competencia y regulación tal y como apunta Petit (2004).

En la definición de la estructura de la CNMC tampoco se establecen canales claros de comunicación entre las salas del Consejo. Antes de la fusión las actuaciones de sectores regulados incluían informes públicos de los reguladores y de la autoridad de la competencia en asuntos que afectaban a la competencia en sectores regulados instruidos o bien por los reguladores o por la autoridad de competencia. Actualmente las discrepancias entre los puntos de vista regulatorios y de competencia han dejado de reflejarse en las resoluciones, lo que puede deberse a que la coordinación ha dejado de ser explícita. Los informes entre las distintas salas no son públicos, por lo que se habría podido producir una mera internalización de

los conflictos potenciales y no necesariamente una resolución más efectiva, llevando a una falta de transparencia en la resolución de los posibles conflictos. La única indicación existente es que el Pleno se ha reunido aproximadamente dos veces al mes (21), pero no está claro si se han reunido de forma rutinaria o si estas reuniones son fruto de conflictos internos.

3. Definición de prioridades

La regulación y la promoción de la competencia implican distintas prioridades y objetivos, por lo que sus recomendaciones serán de naturaleza distinta e implicarán distintas maneras de abordar cada tema (22). La determinación de prioridades puede verse debilitada en el caso de un regulador convergente (23). Un mandato demasiado amplio puede traducirse en confusión en interferencias entre los distintos objetivos de la institución, así como de los criterios necesarios para realizar una evaluación preliminar de la relevancia y prioridad de algunos temas. La CNMC cuenta con poderes de supervisión integrados sobre un gran número de sectores, lo cual puede conducir a una débil definición de prioridades. Dentro de su primer plan estratégico (24), presentado en mayo de 2014, la CNMC planteó tres objetivos generales que no son exclusivos de un regulador multifuncional: intervención rigurosa, transparencia e independencia, y la ejecución de sinergias. A continuación, desarrollaba una lista de acciones, en su mayoría relacionadas a los procesos (por ejemplo un acercamiento integral a los problemas, comunicación interna, uso eficiente de los recursos). Tan solo unas cuantas de las acciones ha-

cen referencia a objetivos de política igualmente vagos, como por ejemplo la persecución activa a los cárteles.

Un plan estratégico tan amplio no ofrece muchos indicios de cómo serán definidas las prioridades, o cómo serán resueltos los conflictos internos. Por ejemplo, no está claro el sistema de prioridades cuando entren en conflicto objetivos de regulación y objetivos de competencia. Por el contrario, tal indefinición presenta un alto grado de incertidumbre acerca de los objetivos de la institución, de los mecanismos para la toma de decisiones y de los criterios de asignación interna de recursos humanos y financieros.

4. Promoción de la competencia

Las funciones de promoción y pedagogía de la competencia de las autoridades reguladoras y de competencia se refieren a aquellas actividades que buscan mejorar el funcionamiento de los mercados mediante instrumentos no coercitivos, tales como estudios e informes sectoriales, comentarios y recomendaciones acerca de nuevas leyes y regulaciones, así como actividades de concienciación pública cuyo propósito es el de contribuir a los objetivos de dichas autoridades. La mayoría de las agencias reguladoras y de la competencia cuentan con poderes que les permiten emprender iniciativas de promoción de la competencia, que resultan en recomendaciones o consejos no necesariamente vinculantes para los entes regulados, el Gobierno u otros agentes.

La creación de reguladores multifuncionales puede tener dos efectos potenciales sobre las ac-

tividades de promoción: Por un lado, una institución integrada podría resultar más poderosa e influyente, mientras que por el otro lado la diversidad en la agenda de un regulador multifuncional podría llegar a diluir y debilitar su posición.

El aumento del tamaño de la CNMC y así como el incremento de sus responsabilidades la vuelve, en potencia, más influyente sobre el proceso legislativo. En el mismo sentido, al combinar la experiencia específica a cada sector con la acumulada en materia de competencia deja a la institución en una mejor posición para presentar opiniones mejor formadas acerca de iniciativas en sectores específicos, o para elaborar estudios de mercado más exhaustivos. Es posible que aumente el peso de las labores de promoción de la competencia en los sectores regulados, ya que cuando los reguladores sectoriales y las autoridades de competencia actúan de forma separada «las autoridades de competencia suelen carecer de la experiencia específica al sector que sí poseen los reguladores» y «en consecuencia puede ser fácil para ellos el quedar atrapados en la puja de diversos argumentos técnicos, con el gran riesgo de perder la lucha» (ICN, 2012).

Sin embargo, dependiendo de la manera en que las responsabilidades queden asignadas internamente, esta combinación también puede generar ciertos sesgos. La nueva CNMC mantiene un departamento de apoyo y promoción de la competencia separado, el cual ya existía en la CNC. Este departamento es el encargado de elaborar estudios de mercado, así como de participar en el proceso legislativo mediante informes y recomendaciones no vinculantes. A pesar de esto,

la estructura y funciones de la CNMC no permite dilucidar de qué manera se asignan las responsabilidades de apoyo y promoción dentro del regulador, o si las iniciativas de promoción dentro de sectores regulados se dirigen por unidades específicas, o son coordinadas por la unidad de promoción de la competencia. Si las labores de promoción de la competencia las llevan a cabo las direcciones regulatorias, el análisis de competencia podría quedar relegado en favor de otros objetivos del regulador. En todo caso, los argumentos «puros» de competencia se verán disminuidos, pues la promoción a la competencia dejará de ser el único objetivo de la institución. Además, si los informes de promoción en sectores regulados deben ser aprobados por la Sala de Regulación, este sesgo regulador podría verse reforzado (25).

La integración de poderes reguladores y de competencia bajo la CNMC no significa necesariamente que las discrepancias entre ambos enfoques desaparezcan, sino que es posible que sean resueltas de forma interna. Estos posibles conflictos internos pueden no ser visibles para los legisladores y gobernantes, quienes recibirán únicamente un informe (26). Para evitar esta situación los informes deberían reflejar todos los conflictos potenciales entre la promoción de la competencia o de la regulación, en lugar de intentar reconciliar ambas partes.

Desde la creación de la CNMC, solamente se ha aprobado un informe sobre normativa en uno de los sectores regulados, relativo a un reglamento sobre la Ley de transportes terrestres (27). En este caso, el informe fue aprobado por la Sala de Competencia y en el informe prevalecen los argumentos de competencia frente

a los de regulación, aunque en ningún caso se contraponen objetivos de competencia frente a objetivos de regulación. No obstante, es precipitado pensar que este caso será la norma en todos los informes normativos de la CNMC, y no está claro que esta prevalencia de los argumentos de competencia en otros sectores donde las direcciones regulatorias sean más fuertes, como telecomunicaciones o energía.

En este sentido, la CNMC ha aprobado también un único informe sectorial en sectores regulados; en este caso sobre el mercado de gas (28). En este caso, no se especifica quien aprueba el informe sectorial, pero los argumentos regulatorios ya están más presentes en el informe, aunque de nuevo no se contraponen argumentos enfrentados entre las visiones de competencia y regulación.

5. Independencia

La independencia de las agencias es esencial para una aplicación efectiva de las leyes de competencia. Una institución independiente puede evitar la interferencia política que podría afectar los objetivos y la efectividad de las agencias (Dutz y Vagliasindi, 2000). Una agencia independiente resolverá posibles problemas de conflicto de intereses que pueden suscitarse cuando existen vínculos estrechos con el Gobierno (Levy y Spiller, 1996).

Si la independencia de los reguladores no queda plenamente garantizada en el marco legal, la existencia de un menor número de reguladores podría hacer aumentar la influencia del Gobierno sobre las decisiones de la autoridad frente a una situación donde el gobierno tenga que

influir en una variedad de reguladores involucrados en cierta política o sector.

Con la creación de la CNMC, el cambio más significativo en el nombramiento de los miembros del Consejo es que el Congreso puede vetar el nombramiento de los candidatos por mayoría. Sin embargo, el nombramiento sigue correspondiendo al Gobierno. El sistema de nombramiento actual carece de transparencia y no responde necesariamente a criterios de mérito y capacidad de los candidatos. De igual modo, el control de los nombramientos por parte del Congreso no tiene por qué responder a los méritos de los candidatos y podrá responder únicamente a las mayorías políticas presentes en la Sala en el momento del nombramiento.

En esta situación, el número reducido de miembros del Consejo, así como el hecho de que sean postulados por motivos distintos al de su mérito y capacidad, incrementa el riesgo de que exista influencia gubernamental (29). Además, el mandato excesivamente amplio de la Sala de Regulación, aunado a la falta de experiencia de algunos miembros del Consejo en ambas salas, expone a los miembros a una mayor influencia gubernamental.

A pesar de que inicialmente los nombramientos apuntaban hacia una relación cercana con el Gobierno, la institución ha reiterado su compromiso con la independencia (30). Además, en los dos años de vida de la institución han existido una serie de desacuerdos entre la institución y el Gobierno, como el conflicto sobre la regulación del acceso a las nuevas redes de fibra óptica (31) o la reciente crítica sobre la propuesta del Gobierno para regular

la energía distribuida (32), que han reducido las dudas existentes sobre la independencia.

Por otro lado, el presupuesto para la nueva institución es fijado por el Gobierno, lo que reduce la independencia del organismo regulador, pero a su vez facilita la rendición de cuentas (33 y 34).

6. Rendición de cuentas

Incrementar la independencia dificulta la rendición de cuentas de una institución. La independencia del proceso político es importante, pero los reguladores independientes deben contar con algún mecanismo para la rendición de cuentas, por medio de, por ejemplo, el control de sus presupuestos asignados, o mediante la divulgación y transparencia de sus actividades (35).

El gran número de sectores de los cuales se ocupa la nueva agencia y el tamaño reducido de las salas (con cinco miembros cada una) complica que los miembros puedan conocer los detalles de todas las decisiones adoptadas y, por lo tanto, puedan rendir cuentas de las mismas. Por ejemplo, de acuerdo al presidente de la CNMC, el Consejo ha tratado más de 2.700 asuntos durante el último año (36), de los cuales más de 1.800 corresponden a la Sala de Regulación. Esto implica que los cinco miembros de esta Sala han adoptado, en promedio, 28 decisiones por reunión de la Sala de Regulación (37), abarcando seis sectores distintos. Los asuntos tratan desde problemas técnicos de interconexión de redes de telecomunicaciones hasta la regulación de los contenidos audiovisuales y las normas publicitarias. Por tanto, resulta difícil creer que los miembros de la Sala de Regulación

sean capaces de asumir toda la responsabilidad por tal cantidad de decisiones en un abanico de asuntos tan amplio.

Adicionalmente, el Consejo de la CNMC no dispone de equipos de apoyo que puedan ayudar a los consejeros en el análisis previo de los asuntos objeto de decisión, sino que se encuentran en gran medida condicionados por el trabajo realizado por las distintas direcciones de la CNMC, lo cual es especialmente importante en el caso de la Sala de Competencia, ya que existe una separación legal entre la fase de instrucción (Dirección de Competencia) y la fase de resolución (Sala de Competencia), lo que limita la posible cooperación entre ambos niveles. De este modo, a pesar de que toda la responsabilidad teórica de las decisiones recaiga en el Consejo parece difícil que este pueda tener un conocimiento profundo de las decisiones adoptadas. Incluso en algunos casos se han producido votos particulares en la Sala de Competencia en los que se pone de relevancia la escasa discusión previa a la adopción de algunas resoluciones (38).

En este sentido, el sistema español se encuentra en un punto intermedio entre otros sistemas europeos, que tienen un mejor equilibrio en cuanto a la rendición de cuentas:

— En el sistema británico (CMA), las decisiones (39) también son tomadas por el Consejo directamente, pero con dos diferencias fundamentales: (i) los consejeros son elegidos entre un panel de expertos (40) para cada caso en función de sus conocimientos de la materia en cuestión, incrementando su capacidad técnica y (ii) los consejeros no escriben las resoluciones, sino que el equipo

responsable de la instrucción presenta sus conclusiones al panel de expertos y el panel realiza indicaciones sobre los puntos que no comparte.

— En el sistema alemán (Bundesnetzagentur) existen nueve cámaras especializadas de decisión en función de los asuntos a tratar, (41) a las cuales se someten las propuestas de las distintas divisiones.

— En el sistema holandés (ACM) el Consejo no tiene funciones decisorias, sino que las decisiones son adoptadas directamente por los directores de las distintas unidades, aunque pueden ser modificadas por el Consejo.

7. Captura del regulador

La prevención de la captura del regulador fue uno de los principales objetivos esgrimidos por el Gobierno para la reforma, ya que agencias con poderes más amplios son más resistentes a las presiones de los grupos de interés. De acuerdo a Cseres (2013), «las preocupaciones acerca de la posibilidad de captura de las agencias pueden recomendar la configuración de agencias con jurisdicciones amplias, haciéndolas más resistentes a las presiones de un grupo de intereses en particular.» De forma similar, Kovacic y Hyman (2012) declaran que «una multiplicidad de funciones efectivamente provee de salvaguardas contra la captura.

Este es sin duda un asunto importante para los reguladores menores (transporte ferroviario, servicios postales y aeropuertos), pues su reducido tamaño podría limitar su capacidad técnica para enfrentarse a monopolios o cuasimonopolios en sus mercados

correspondientes (42). La integración de estos sectores en un regulador amplio reduce las posibilidades de captura.

Sin embargo, la integración de las funciones regulatorias y de competencia podría incrementar la influencia de los regulados por dos vías:

1. El mantenimiento de la estructura previa mantiene el riesgo de que las unidades provenientes de los antiguos reguladores sean capturadas por las empresas reguladas.

2. La fusión puede eliminar el contrapeso que existía entre el regulador y la CNC en el caso de competencias coincidentes, de modo que la captura era menos probable cuando el regulado necesitaba convencer de sus argumentos a dos agencias. Según Olsen y Torsvik (1993) «dividir las tareas reguladoras entre diversos reguladores puede reducir su discreción en cuanto a su participación en actividades no beneficiosas socialmente».

En ambos casos, la escasa información sobre el funcionamiento interno de la institución impide realizar un análisis sobre las mejoras en este aspecto, aunque hay evidencia de episodios de discrepancias entre el regulador y grandes empresas reguladas en los sectores de telecomunicaciones (43) o aeroportuario (44).

V. CUESTIONES NO RESUELTAS EN EL DISEÑO DE LA CNMC

La evaluación del resultado de la reforma es tarea difícil ya que no existe una métrica apropiada. La calidad regulatoria no es un concepto fácilmente medible lo que no permite comparar los

efectos de la reforma en relación a la situación anterior. Lo que sí es posible es identificar factores cuyo funcionamiento ha empeorado como consecuencia de la reforma o que no han solucionado problemas existentes ya antes de la reforma. Todavía es pronto para realizar una evaluación profunda sobre el resultado global de la reforma de los organismos reguladores, pero ya es posible indicar una serie de aspectos en los que es necesario mejorar su funcionamiento:

1. *Mejora en el proceso de toma de decisiones.* La separación entre las labores de instrucción y decisión existentes en la antigua CNC ofrecía la ventaja de que el órgano decisorio no estaba «contaminado» por la investigación del órgano instructor y, con ello, se garantizaba su neutralidad. Sin embargo, para que este sistema sea efectivo, el órgano decisorio necesita disponer de capacidad técnica y de personal de apoyo para analizar, modificar o ratificar las propuestas del órgano instructor. De lo contrario, o bien el órgano decisor no tiene capacidad para modificar la propuesta del órgano instructor, en cuyo caso se pierde la neutralidad, o bien dicha modificación puede poner en riesgo el rigor jurídico y económico de la resolución. La reforma no ha cambiado el proceso de decisión. Si a ello añadimos que la mayor parte de los consejeros no son expertos en la materia, la excesiva responsabilidad impuesta sobre ellos puede afectar de forma negativa a la calidad de las actuaciones. En la Sala de Regulación, la separación no es tan estricta. Sin embargo, el amplio espectro de sectores cubiertos por esta Sala hace imposible que el Consejo pueda conocer con profundidad de todos los temas. El Consejo corre el riesgo de volverse inoperativo y es probable que o

bien tome decisiones sin los conocimientos técnicos adecuados o esté a expensas de los trabajos realizados por las distintas direcciones. Un organismo con tal amplitud de responsabilidades necesita simplificar el proceso de decisión para garantizar la calidad de sus resoluciones. Para ello, existen varias opciones: o bien las decisiones las proponen los órganos de instrucción (con los consiguientes filtros internos que garanticen la imparcialidad de las decisiones) y la labor del Consejo se reduce a garantizar su coherencia sin tener que escribir la resolución final (modelo holandés), o bien se incrementa la especialización del Consejo mediante la creación de salas especializadas formadas por expertos (modelo alemán) o bien se incrementa el apoyo técnico al Consejo (modelo británico).

2. La CNMC no dispone de mecanismos de coordinación explícitos que permitan la generación de sinergias entre las distintas unidades. Es necesario dotar al nuevo organismo de una *organización más horizontal* para aprovechar mejor las sinergias entre funciones y mejorar la coherencia entre sectores:

a. Es indispensable definir protocolos internos de actuación y colaboración e incrementar la transparencia de los mismos. Desde asuntos tan simples como la asignación de expedientes entre las salas y las direcciones hasta la comunicación entre las distintas unidades.

b. Establecer un sistema de elaboración de equipos interdisciplinarios, que permitan la generación de equipos de trabajo que incorporen personal de otras unidades cuando sea necesario, limitando la compartimentación artificial de la institución.

c. Incrementar el peso de las unidades de carácter más horizontal dotándolas de poderes de intervención y coordinación sobre las direcciones actuales, lo que facilitaría la coherencia de la institución y mejoraría la capacidad técnica de la misma. Entre estas unidades horizontales estaría el departamento de promoción de la competencia, la oficina del economista jefe, la dirección de relaciones internacionales y los servicios jurídicos.

3. El nuevo organismo ha heredado una serie de funciones provenientes de los antiguos reguladores que no requieren un órgano independiente, como las liquidaciones del sector eléctrico (45) o el control de registros de operadores en sectores regulados (46). Estas funciones detraen una cantidad importante de recursos de la institución, descompensando sus funciones hacia tareas que podrían ser realizadas perfectamente por un órgano ministerial. La CNMC debería *centrar sus funciones a aquellas destinadas a la mejora de la regulación* y convertirse en una *institución más dinámica que pueda adaptarse a los cambios que puedan producirse en el mercado*.

4. La excesiva compartimentación de la estructura de la CNMC puede no permitir que se generen sinergias entre instrumentos regulatorios similares que se utilizan en distintas unidades. Este es el caso de los instrumentos comunes de regulación y competencia, como son *los sistemas de monitorización de sectores*, como el existente en el mercado eléctrico, *y los sistemas de detección de cárteles (cartel screening)* (ver Delgado y Mariscal, 2015). Los programas de detección de cárteles, que son incipientes en las autoridades de competencia (47), pueden aprovechar el conocien-

to de las unidades provenientes de los reguladores sectoriales en la utilización de mecanismos de monitorización de mercados.

5. *La nueva estructura del regulador no refuerza la autonomía financiera, la independencia y la atracción de capital humano*. Es necesario mejorar la autonomía financiera de la institución estableciendo sistemas de financiación que no dependan de la discrecionalidad del Gobierno o del legislador. La independencia debe ir más allá de lo únicamente financiero y alcanzar otros ámbitos como la contratación de personal (Estache y Martimort, 2009). La independencia debe permitir que el regulador sea libre de contratar a su propio personal. El nuevo regulador favorece el reclutamiento de funcionarios públicos en sus puestos directivos, lo cual limita la autonomía de contratación y la capacidad técnica del regulador, que influirá negativamente en la calidad de las decisiones del regulador. Debe garantizarse que el regulador pueda atraer a los economistas, abogados e ingenieros cualificados que provengan tanto del sector público como del sector privado.

VI. CONCLUSIONES

La arquitectura de un regulador es un factor importante junto al marco legal y la voluntad política y capacidad técnica del mismo para determinar el buen funcionamiento del regulador y una correcta aplicación de la regulación. El diseño debe ser tal que facilite la aplicación de la legislación y garantice la interacción coordinada y coherente con otras instituciones y agentes.

A priori, no existen elementos que permitan afirmar que, dados

otros factores, la calidad regulatoria difiera entre reguladores uni/multisectoriales o uni/multifuncionales. Pueden existir sinergias de la integración de reguladores sectoriales o de varias funciones dentro de un mismo regulador. Sin embargo, estas sinergias no se generarán de la mera integración bajo un mismo techo sino que requerirán del diseño de estructuras y mecanismos que garanticen la materialización de los beneficios potenciales.

La justificación de la creación de la CNMC responde a la generación de supuestas sinergias y al ahorro de costes pero ni su diseño ni su modo actual de funcionamiento dejan entrever que dichas sinergias potenciales se puedan materializar. El organigrama de la CNMC responde a la simple suma de los antiguos reguladores con un escaso número de unidades comunes. Por otro lado, no se percibe que entre las distintas unidades ni incluso entre las salas del Consejo la relación sea fluida y se trabaje de forma integrada.

Es cierto que se observan de forma preliminar algunas mejoras que se han producido en el sistema español:

— Se comienza a observar la realización de ciertas sinergias en la institución, aunque menores a las óptimas, generadas sobre todo por la movilidad interna de personal de la anterior autoridad de competencia a las nuevas direcciones regulatorias o entre unidades regulatorias (paradójicamente, el flujo es menor del resto de las unidades hacia la dirección de competencia) lo que permite la compartición de experiencia y conocimiento sectorial y en cierto modo suple la inexistencia de unidades conjuntas de regulación y competencia o la

falta de mecanismos explícitos de coordinación.

— A pesar de las indicaciones iniciales, la CNMC parece mantenerse independiente respecto a los intereses de empresas y del Gobierno. Ello se ha puesto de manifiesto en ciertas discrepancias con empresas del sector y con el Gobierno y con la reactivación de la política sancionadora por infracciones de la legislación de competencia. Aunque no se pueda establecer la causalidad, es posible que el tamaño de la nueva institución haya ayudado a generar la independencia de la institución.

Sin embargo, permanecen una serie de cuestiones que no han sido solucionadas con el nuevo diseño de la CNMC:

1. El Consejo de la CNMC dispone de excesivas responsabilidades para los pocos medios con los que cuenta y, en ocasiones, para la experiencia y nivel de conocimiento de sus miembros. Existe el riesgo de que se convierta en un cuello de botella en el funcionamiento de la organización o de que sus decisiones sean anuladas en instancias superiores por una argumentación deficiente. Para evitar esto, o bien deberían reducirse las competencias del Consejo o mejorar los criterios de selección y poner más medios a su disposición.

2. La estructura de la nueva CNMC no deja entrever que se estén aprovechando las potenciales sinergias de la nueva institución, siendo necesario potenciar un sistema de organización más horizontal.

3. La CNMC debe ser liberada de funciones que no requieren un organismo interdependiente para potenciar sus funciones regulatorias a la vez que facilitar el

reconocimiento público de las funciones del regulador.

4. Es necesario articular mecanismos internos de colaboración para aprovechar el conocimiento previo de los reguladores en la monitorización de los sectores para desarrollar programas de detección de carteles.

5. La institución todavía puede y debe mejorar en su independencia dotándola de una mayor autonomía financiera y una mayor autonomía en la contratación de personal que le permita atraer capital humano de primera línea.

La evaluación del éxito o fracaso de la reforma se hace difícil por la falta de una métrica apropiada. En todo caso, la factibilidad de cualquier análisis depende en gran medida del nivel de transparencia de la entidad, que parece haberse visto perjudicado por la integración ya que, por ejemplo, desde la fusión hace dos años, la institución no ha publicado informe alguno sobre su actividad como venía siendo habitual cada año en el marco institucional anterior.

Por último, gran parte del éxito de la reforma depende de la cultura institucional: el que un diseño básico y compartimentado como el de la CNMC pueda o no producir beneficios en relación a reguladores unifuncionales/unisectoriales dependerá en gran modo de la capacidad de sus directivos para impulsar una cultura de la colaboración y el trabajo conjunto.

NOTAS

(1) Ver DELGADO y MARISCAL (2014) para una descripción más detallada de las características de autoridades reguladoras y/o de competencia.

(2) Telecomunicaciones, sector postal, energía y gas y ferrocarriles.

<p>(3) En el caso de la ACM, también posee funciones de protección del consumidor.</p> <p>(4) Energía (CNE, Comisión Nacional de la Energía), Telecomunicaciones (CMT, Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones), Ferrocarriles (CRF, Comité de Regulación Ferroviaria), Postal (CNSP, Comisión Nacional del Sector Postal), Aeropuertos (CREA, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria) y Audiovisual (CEMA, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales).</p> <p>(5) TRILLAS (2013).</p> <p>(6) ALLENDESALAZAR (2013).</p> <p>(7) Además, la decisión fue acusada de ser motivada políticamente, con el fin de reemplazar a los consejos reguladores asignados por el Gobierno anterior. Ver TRILLAS (2013).</p> <p>(8) Ley 3/2013, del 4 de junio que establece la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/05/pdfs/BOE-A-2013-5940.pdf</p> <p>(9) Aquellos que la ley consideró que una separación funcional del Gobierno no era necesaria (eg. atención de quejas a consumidores).</p> <p>(10) Por ejemplo, la inclusión del sector postal en la misma dirección que los sectores del transporte no parece responder a un criterio de complementariedad de funciones. En este sentido, la regulación postal es más complementaria con la regulación del sector de telecomunicaciones, al tener consideración de monopolio natural en la «última milla». Como muestra existen múltiples países sin reguladores convergentes donde las funciones postales y de telecomunicaciones están agrupadas, como Bélgica, Suecia, Francia, Lituania o Chipre.</p> <p>(11) Comparecencia en el Congreso de los Diputados celebrada el miércoles 18 de febrero de 2015 ante la Comisión de Economía y Competitividad. Sesión núm. 72. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-750.PDF</p> <p>(12) Artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: «<i>El personal funcionario de carrera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta Ley.</i>»</p> <p>(13) Artículo 16.2 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: «<i>A propuesta del Presidente, el Consejo en pleno, elegirá un Secretario no consejero, que deberá ser licenciado en derecho o titulación que lo sustituya y funcionario de carrera per-</i></p>	<p><i>teneciente a un cuerpo del subgrupo A1, al servicio de la Administración General del Estado, que tendrá voz pero no voto, al que corresponderá asesorar al Consejo en derecho, informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, así como las funciones propias de la secretaria de los órganos colegiados. El servicio jurídico del organismo dependerá de la Secretaría del Consejo.</i>»</p> <p>(14) Artículo 31.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: «<i>Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley, se determinarán en el Estatuto Orgánico los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia de sus tareas, tienen naturaleza directiva. El personal directivo será funcionario de carrera del subgrupo A1 y, con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuido el ejercicio de potestades o funciones públicas incluidas en el ámbito del artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. La cobertura de estos puestos se realizará en los términos previstos en el artículo 26.3 de esta Ley.</i>»</p> <p>(15) De esta cantidad, 3.6 millones corresponden al número menor de consejeros, 18.7 millones a la no-creación de dos reguladores que han quedado pendientes, y 5.8 millones para eficiencias administrativas. Ver Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Memoria del análisis de impacto normativo (27 de septiembre de 2012).</p> <p>(16) Ver nota 11.</p> <p>(17) Por ejemplo, la CNC emitió un informe crítico con la revisión de los precios mayoristas de banda ancha en el que critica que los precios establecidos por la CMT «reducen la capacidad y los incentivos de los operadores alternativos a invertir en redes de nueva generación alternativas. Adicionalmente, estos precios podrían llevar a una reducción de la presión competitiva de los operadores alternativos que utilizan la red de Telefónica, lo que puede perjudicar a los consumidores en forma de mayores precios y peor servicio.» «Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre las propuestas de la CMT relativas a «Los precios del servicio de acceso desagregado al bucle», de 17 de enero de 2013, y a «Los precios de los servicios gigadsl, adsl-ip y neba (servicios de banda ancha al por mayor)», de 24 de enero de 2013» Disponible en: http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.exe?CMD=VEROBJ&MLKOB=818949672929</p> <p>(18) Por ejemplo, en diciembre de 2012 la Comisión Nacional de la Competencia impuso una sanción de 119 millones de euros a Movistar, Vodafone y Orange por abuso de posición de dominio al aplicar precios excesivos en el servicio mayorista que prestan a los operadores móviles virtuales (OMV). Por tanto, la CNC decidió sancionar a las empresas por sus actuaciones en un mercado que</p>	<p>era analizado periódicamente por la CMT sin que ésta en ningún momento considerase apropiado intervenir. Además de esta cuestión, en este expediente, la CMT emitió un informe contrario a la posición de la CMT que es rebatido por la CNC en su resolución. Ver S/0248/10 Mensajes cortos. Disponible en: http://www.cnm.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=259674</p> <p>(19) HADFIELD y WEINGAST (2013).</p> <p>(20) HADFIELD y WEINGAST (2013).</p> <p>(21) 24 reuniones en el último año, según el discurso del presidente en la Comparecencia en el Congreso. (Ver nota 11).</p> <p>(22) Ver por ejemplo VISCUSI <i>et al</i> (2000); CARLTON y PICKER (2007); DOGAN y LEMLEY (2009); y HELLWIG (2008) para una revisión de los distintos papeles y objetivos de las políticas reguladoras y antimonopolio.</p> <p>(23) HADFIELD y WEINGAST (2013).</p> <p>(24) Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Competencia, Supervisión de Mercados y Regulación Económica Eficiente CNMC (7 de mayo de 2014).</p> <p>(25) Esto también podría conducir a cierta asimetría entre las iniciativas de apoyo en industrias reguladas y no-reguladas, pues las actividades de apoyo y promoción en sectores no regulados serán desahogadas por la unidad de apoyo a la competencia, con un punto de vista propio a la competencia.</p> <p>(26) Los reguladores podrían tener que hallar un equilibrio entre objetivos contradictorios en regulación y competencia, limitando así el papel de los legisladores y políticos. El que sean los reguladores y no los legisladores o políticos quienes deciden la combinación de medidas podría, en principio, reducir la interferencia política. ACEMOGLU y ROBINSON (2013) llegan a la conclusión de que esto no es necesariamente positivo para el bienestar, pues un consejo puramente técnico podría ignorar consideraciones políticas que también incrementan el bienestar. Determinan que los legisladores que buscan maximizar el bienestar no deben trabajar únicamente para resolver fallas en el mercado, sino también tomar en cuenta las ramificaciones políticas de sus decisiones. Las reformas económicas implementadas sin un buen entendimiento de sus consecuencias políticas pueden reducir significativamente la eficiencia económica, en lugar de promoverla.</p> <p>(27) PN/DP/002/14 Proyecto de real decreto que modifica el reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres. 30 de enero de 2014. Disponible en: http://www.cnm.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=424434</p> <p>(28) E/CNMC/001/15 Estudio sobre el mercado de inspecciones de instalaciones</p>
---	---	--

receptoras de gases combustibles por canalización. Marzo de 2015. Disponible en: http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2015/20150327_E_CNMC_001_15_Estudio_Inspecciones_de_gas_.pdf

(29) El nombramiento del nuevo Consejo fue precedida por el despido de los miembros de Consejo de los reguladores existentes antes del término de su mandato, lo cual ha puesto en duda el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por la legislación europea. Ver TRILLAS (2013).

(30) Ver por ejemplo: «Marín Quemada (CNMC) defiende la independencia del organismo ante empresarios catalanes» (1 9/02/2014) <http://www.europapress.es/catalunya/noticia-marin-quemada-cnmc-defiende-independencia-organismo-empresarios-catalanes-20150205183933.html> «El presidente del nuevo superregulador, la CNMC, defiende la independencia de la entidad» (05/02/2015 <http://www.abc.es/economia/20140219/abci-competencia-independencia-201402191503.html>

(31) A finales de 2014 la CNMC lanzó una consulta pública sobre la regulación mayorista de los mercados de banda ancha, donde proponía que Telefónica tuviese que compartir su red de fibra óptica en todo el territorio salvo 9 municipios españoles. <http://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/Tabld/254/ArtMID/6629/ArticleID/1044/La-CNMC-lanza-una-consulta-p250blica-sobre-la-regulaci243n-mayorista-de-los-mercados-de-banda-ancha.aspx> Posteriormente, el partido del Gobierno presentó en el Senado una moción instando al Gobierno para que intercediese para que Telefónica no tuviese que compartir la red.

(32) En su informe sobre la propuesta de planificación de la red de transporte de energía eléctrica 2015-2020 ya reclama una normativa que fije las condiciones en que las pequeñas instalaciones puedan vender al sistema la energía no consumida: «En lo que respecta a las tecnologías solares, la consolidación de un escenario de alta penetración de renovables con una importante contribución del autoconsumo parece imprescindible para alcanzar los objetivos de potencia de generación eléctrica y, por ende, los derivados de los compromisos medioambientales adquiridos». Disponible en: http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Energia/Informes/20150618_Informe%20propuesta%20planificaci243n-2015-2020.pdf Posteriormente, la CNMC a través de las palabras de su presidente se ha mostrado preocupado por el borrador de Real Decreto que regulará el consumo distribuido de energía, aunque todavía no ha realizado ningún informe de este asunto. «La CNMC pide que no se estorbe se «estorbe» al desarrollo del autoconsumo eléctrico» <http://www.expansion.com/empresas/energia/2015/06/19/5583f2e346163fd01e8b457a.html>

(33) Bajo el modelo anterior algunos reguladores, como los de energía y telecomu-

nicaciones, se financiaban principalmente mediante cuotas a la industria. Estas cuotas aún existen, pero ahora son recolectadas y redistribuidas por el Gobierno.

(34) La autonomía debe ir más allá de únicamente lo financiero (ESTACHE y MARTIMORT, 1999). También debería significar que el regulador tenga libertad en su selección de personal. El nuevo regulador favorece la selección de funcionarios públicos en sus puestos directivos, lo cual limita la autonomía y la experiencia del regulador. La autonomía del regulador y la calidad de sus intervenciones se refuerzan al permitir la integración de economistas, abogados, e ingenieros con experiencia tanto del sector público como del privado.

(35) HADFIELD y WEINGAST (2013).

(36) Comparecencia del presidente del CNMC ante el Parlamento. Ver nota 11.

(37) La Sala de Regulación se ha reunido un total de 65 veces, mientras que la Sala de Competencia lo hacía 49 y el Consejo en pleno lo ha hecho hasta en 24 ocasiones.

(38) Ver por ejemplo, los votos particulares en las siguientes resoluciones: S/0428/12 PALÉS. 22 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=504749/S/0442/12> Productores de Sal. 25 de Septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=527616/S/0422/12> Contratos de Permanencia. 29 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=521540>

(39) Fundamentalmente decisiones sobre fusiones e investigaciones de mercado, pero en todo caso un menor número de decisiones que en el caso español, donde un gran número de decisiones técnicas recaen en el Consejo.

(40) Los miembros de este panel son designados por un período de ocho años nombrados por el Departamento de Empresa e Innovación, en función de su experiencia y conocimientos en competencia, ley.

(41) Ver el organigrama del Bundesnetzagentur disponible en: http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1421/EN/General/Bundesnetzagentur/About/OrganisationChart/OrganisationChart_node.html;jsessionid=CAF8A677EAC338630DA76068F5707ABA

(42) En España, existe un solo operador público de aeropuertos (AENA), mientras que continúan existiendo grandes exmonopolios públicos preponderantes en la industria ferroviaria (Renfe controla cerca del 85 por 100 del mercado de carga, mientras que es el único operador en el mercado de transporte de pasajeros) y en el sector postal (Correos controla alrededor del 90 por 100 del sector de correo tradicional).

(43) Telefónica ha criticado duramente las propuestas de regulación del en el mercado de fibra óptica. «No parece por tanto que la propuesta apunte a promover un escenario inversor, lo que puede alterar los planes de despliegue de los operadores. Telefónica espera que finalmente la CNMC rectifique esta propuesta inicial para que España pueda seguir a la cabeza en el desarrollo de nuevas redes de comunicaciones electrónicas» <http://www.expansion.com/2014/12/19/empresas/tmt/1418990428.html>

(44) AENA ha recurrido ante la Audiencia Nacional el informe sobre tarifas aeroportuarias que proponía una reducción de las tasas aeroportuarias entre un 2 por 100 y un 3 por 100.

(45) Ver <http://www.cnmc.es/es-es/energ%C3%ADa/energ%C3%ADa/el%C3%A9ctrica/r%C3%A9gimenespecialyliquidaciones.aspx>

(46) Puede tener sentido que los registros sean competencia del regulador cuando existen situaciones en las que el registro debe ser denegado tras un proceso de análisis, pero no cuando el registro es meramente informativo o cuando el procedimiento de inclusión está claramente pautado.

(47) Este tipo de programas han sido ya adoptados por diferentes autoridades de competencia, como la Comisión Europea, la FTC estadounidense, la ACM holandesa o la CMA británica. (Ver DELGADO y MARISCAL, 2015).

REFERENCIAS

- ACEMOGLU, D., y ROBINSON, J.A. (2013), «Economics versus Politics: Pitfalls of Policy Advice», *Journal of Economic Perspectives*, American Economic Association, Vol. 27(2); 173-92.
- ALLENDESALAZAR, R. (2013), «Comentarios Sobre las Preocupaciones Relacionadas a la Creación de un Nuevo Regulador, una Reforma Arriesgada», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2054, N. 31; 5-10.
- CARLTON, D.W., y PICKER, R.C. (2007), «Antitrust and Regulation», *NBER Working Paper*, 12902.
- CSERES, K.J. (2013), «Integrate or Separate, Institutional Design for the Enforcement of Competition Law and Consumer Law», *Amsterdam Law School Research Paper*, 2013-03.
- DELGADO, J., y MARISCAL, E. (2014), «Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico», *Competition Policy International CPI Journal*, Vol. 10(1), Spring.
- DELGADO, J., y MARISCAL, E. (2015), «Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Implications for the Fight against Cartels», Próxima Publicación en Beneyto J. M. y J. Maillou (Eds.), *The Fight against Hard Core Cartels in Europe, Trends, Challenges and Best International Practices*, Bruylant.

<p>DOGAN, S.L., y LEMLEY, M.A. (2009), «Antitrust Law and Regulatory Gaming», <i>Texas Law Review</i>, Vol. 87: 685.</p> <p>DUTZ, M.A., y VAGLIASINDI, M. (2000), «Competition Policy Implementation in Transition Economies: An Empirical Assessment», <i>European Economic Review</i>, Vol. 44(4): 762-772.</p> <p>ESTACHE, A., y MARTIMORT, D. (1999), «Politics, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institutions», <i>Policy Research Working Papers</i>, noviembre.</p> <p>HADFIELD, G.K., y WEINGAST, B.R. (2013), «Law without the State: Legal Attributes and the Coordination of Decentralized Collective Punishment», <i>Journal of Law and Courts</i>, Vol. 1(1): 1-32.</p> <p>HELLWIG, M. (2008), «Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries», <i>Working Paper Series of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2008_29</i>, Max Planck</p>	<p><i>Institute for Research on Collective Goods</i>.</p> <p>HYMAN, D.A., y KOVACIC, W.E. (2013), «Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?», <i>Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LE12-14</i>, 2012-70.</p> <p>INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN) (2012), «Advocacy and Competition Policy», <i>Report prepared by the Advocacy Working Group, ICN's Conference</i>, Napoles, Italia.</p> <p>KOVACIC, W.E., y HYMAN, D.A. (2012), «Competition Agency Design: What's on the Menu?», <i>European Competition Journal</i>, Vol. 8(3): 527-538, Levy and Spiller.</p> <p>LEVY, B., y SPILLER, P. (1996), <i>Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies in Telecommunications</i>, London, Cambridge University Press.</p> <p>OECD (2002), «Distributed Public Governance. Agencies, Authorities and Other Government Bodies», <i>OECD Publishing</i>, Paris.</p>	<p>OLSEN, T.E., y G. TORSVIK (1993), «The Ratchet Effect in Common Agency: Implications for Regulation and Privatization», <i>Journal of Law, Economics and Organization</i>, <i>Oxford University Press</i>, Vol. 9(1): 136-158.</p> <p>PETIT, N. (2004), «The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion», <i>The Global Competition Law Centre Working Papers Series</i>, Vol. 2(04).</p> <p>TREBILCOCK, M.J., y IACOBUCCI, E.M. (2009), «Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate», <i>Loy U, Chi, LJ</i>, Vol 41(3): 455-471.</p> <p>TRILLAS, F. (2013), «The Institutional Architecture of Regulation and Competition: Spain's 2012 Reform», <i>IESE Working Paper WP-1067-E</i>, abril.</p> <p>VISCUSI, K.W.; HARRINGTON, J.E., y VERNON, J.M., «Economics of Regulation and Antitrust», <i>3rd Ed. The MIT Press</i>.</p>
---	---	---

Resumen

En la primera sección de este trabajo se revisan algunos criterios fundamentales para analizar la calidad de cualquier regulación. En la sección segunda se sitúan en ese marco los aspectos que conviene tener en cuenta para valorar el diseño institucional de los modelos multifuncionales que integran la supervisión de varios sectores regulados con la autoridad de competencia. En la tercera sección se analiza críticamente el diseño específico que caracteriza a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), procurando distinguir entre la calidad del diseño institucional en sí y su aplicación en la práctica. En la cuarta sección se ofrecen algunos indicadores que permiten evaluar el desempeño de la CNMC desde su creación. El artículo termina con algunas conclusiones y recomendaciones de mejora.

Palabras clave: política de competencia, autoridades de competencia, diseño institucional, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Abstract

The first section of the paper reviews some fundamental criteria for the assessment of regulation and regulatory regimes in general. The second section considers in that framework different aspects that should be included in any assessment of the institutional design of multifunctional authorities whose mandate integrates sectoral supervision responsibilities with competition enforcement and advocacy. The specific design of the Spanish National Authority for Markets and Competition (CNMC) is then critically assessed in the third part of the paper, considering separately the quality of the design as reflected in the legislation and the concrete implementation of the model. The fourth part provides some performance indicators to assess the activity of the CNMC since its creation. The paper concludes by summarizing the findings and suggesting some proposals to improve the institutional design of the Spanish authority.

Key words: competition policy, competition authorities, Institutional design, Spanish National Authority for Markets and Competition (CNMC).

JEL classification: K21, K23, L40, L51.

EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA CNMC: ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS DE REFORMA

Javier GARCÍA-VERDUGO (*)

UNED y CNMC

I. INTRODUCCIÓN

La creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que inició su andadura en octubre de 2013, ha abierto una nueva etapa en la defensa de la competencia y en la supervisión regulatoria en España. Como es sabido, la CNMC es el resultado de la fusión de la autoridad de competencia y de los organismos supervisores existentes hasta ese momento, además de incorporar algunos de nueva creación que no se habían puesto en marcha. Esta nueva etapa puede situarse dentro de una tendencia internacional más amplia hacia la creación de organizaciones multifuncionales que agrupan en una misma entidad las responsabilidades de diversos organismos de supervisión regulatoria y, en ocasiones, también de las autoridades de competencia, mientras que en otros casos las autoridades de competencia asumen la tarea de protección de los consumidores (OCDE, 2005; Jordana y Levy-Faur, 2011; Kovacic y Hyman, 2012; Fox y Trebilcock, 2012; Ottow, 2014; OCDE, 2014b).

Como cabía esperar, la creación de la CNMC despertó una animada controversia por distintos motivos y suscitó diversas opiniones críticas entre los especialistas en competencia y regulación. La mayoría de los trabajos especializados sobre el tema se publicaron a lo largo del primer

año de vida de la institución, y se centraron, sobre todo, en analizar el nuevo modelo desde una perspectiva de diseño institucional, teniendo en cuenta su origen y su desarrollo normativo, aunque con limitadas referencias a lo realizado hasta ese momento por la CNMC debido al escaso tiempo transcurrido (1). En la mayoría de los trabajos –de enfoque fundamentalmente jurídico– se echa en falta un intento de enfoque integrador del análisis desde una perspectiva multidisciplinar de la regulación.

Al acercarse el segundo aniversario del inicio de su actividad, parece oportuno realizar una evaluación de este nuevo modelo teniendo en cuenta tanto el diseño institucional tal y como aparece en la legislación que regula su funcionamiento (2) como el modo en el que se llevó a la práctica, considerando también brevemente lo realizado por la institución hasta el momento.

En la primera sección de este trabajo se revisan algunos criterios fundamentales para analizar la calidad de cualquier regulación. En la segunda, se sitúan en ese marco los aspectos que conviene tener en cuenta para valorar el diseño institucional de los modelos multifuncionales que integran la supervisión de varios sectores regulados con la autoridad de competencia. En la sección tercera se analiza críticamente el diseño específico que caracteriza a la CNMC, pro-

curando distinguir entre la calidad del diseño institucional en sí y su aplicación en la práctica. En la cuarta sección se ofrecen algunos indicadores que permiten evaluar el desempeño de la CNMC desde su creación. El artículo termina con algunas conclusiones y recomendaciones de mejora.

II. CRITERIOS PARA EVALUAR LA REGULACIÓN

Es preciso contar con algunos criterios o *benchmarks* para valorar si un sistema regulatorio, una agencia regulatoria, o una regulación concreta son aceptables, adecuadas o es necesario proceder a su modificación. Los mismos criterios servirían para estudiar previamente la conveniencia o no de impulsar esa intervención regulatoria. Cuando la regulación es buena según estos criterios, adquiere legitimidad y merece el apoyo de la sociedad.

Desde una perspectiva económica reductiva, existe la tentación de considerar que una regulación es buena cuando es eficiente, entendiendo la eficiencia en el sentido de que maximiza la riqueza de la sociedad, pero la maximización de los resultados económicos no puede ser el único criterio a considerar. Los criterios que suelen utilizarse para realizar una valoración global de cualquier iniciativa regulatoria en los debates sobre regulación pueden resumirse en cinco puntos: cumplimiento de un mandato legislativo, la rendición de cuentas, la bondad de los procedimientos, la presencia de conocimiento especializado y la eficiencia (Baldwin *et al.*, 2012).

El *cumplimiento de un mandato legislativo* se plantea si la

regulación responde a una decisión o mandato de la autoridad elegida democráticamente y si cumple con ese mandato. La *rendición de cuentas* se cuestiona si la agencia reguladora está sometida a la supervisión de instituciones democráticas, aunque surge la cuestión del inevitable conflicto entre la rendición de cuentas y la necesaria independencia para asegurar el logro eficiente de los objetivos regulatorios. La *bondad de los procedimientos* hace referencia a si el regulador utiliza procedimientos no discriminatorios y abiertos a todos los que tienen derecho a intervenir, y por tanto está muy relacionado con la transparencia. La presencia de *conocimiento experto* es particularmente necesaria para algunas funciones regulatorias en las que es preciso tomar decisiones complejas apoyándose en información incompleta o cambiante. El último criterio es el de *eficiencia*, que se refiere fundamentalmente a si el regulador está llevando a cabo su mandato con el menor coste posible en términos de recursos (eficiencia técnica), aunque en ocasiones se utilizan argumentos relacionados con la eficiencia asignativa y con la eficiencia dinámica.

Considerados en conjunto, los criterios anteriores permiten evaluar tanto los regímenes como las agencias regulatorias. Como se producen conflictos entre los diferentes criterios, cada institución, disciplina científica o grupo de personas concederá mayor o menor peso a unos o a otros dependiendo de sus valores; sin embargo, el acuerdo sobre estos *benchmark* permite plantearse si, ante una propuesta regulatoria o de diseño institucional, puede mejorarse significativamente en algún criterio sin empeorar demasiado los demás (Baldwin *et al.*, 2012: 33).

Además de tener claros los criterios valorativos, es preciso ser capaces de medir tanto la calidad de la regulación como el desempeño de las instituciones y políticas regulatorias (OCDE, 2004; Coglianese, 2012). Una cuestión básica que debe afrontarse para medir el desempeño es decidir qué aspectos de la regulación deben ser considerados. Algunas instituciones (NAO, 2001) sugieren examinar los recursos que se han utilizado (el número de inspecciones realizadas o la dimensión de la plantilla), si se han cumplido los procedimientos previstos (auditoría de procesos internos), los resultados de un programa específico (expedientes tramitados o volumen de sanciones) y, por fin, si se han alcanzado los objetivos últimos de la regulación (en nuestro caso, defensa de la competencia, supervisión regulatoria, bienestar social). A medida que nos desplazamos hacia los objetivos últimos la medición se vuelve más valiosa, pero mucho más costosa (Radaelli y De Francesco, 2007; Kovacic *et al.*, 2011).

La OCDE ha identificado indicadores que puedan servir para evaluar la calidad regulatoria general en el marco del proyecto de los «Indicators of Product Market Regulation» (3), y más en concreto para evaluar cuestiones institucionales relacionadas con la supervisión regulatoria en algunos sectores estratégicos (Beiter *et al.*, 2014), así como indicadores para evaluar la calidad de la política de competencia y de las autoridades nacionales que la aplican (Alemani *et al.*, 2013). A pesar de los problemas inherentes a los indicadores sintéticos, una manera rigurosa de evaluar la transformación del modelo institucional que ha afectado a las autoridades regulatorias y de competencia en España se-

ría comparar la puntuación de los distintos indicadores para la nueva autoridad multifuncional con la valoración de las distintas autoridades antes de la creación de la CNMC. Sin embargo, los últimos datos disponibles de los indicadores de la OCDE son de 2013, antes de que se produjera en España la fusión de las agencias de supervisión regulatoria con la autoridad de competencia.

En ausencia de una alternativa más objetiva, en la sección siguiente situaremos en el marco valorativo presentado las cuestiones que habitualmente se abordan en el debate sobre las ventajas e inconvenientes de las autoridades multifuncionales, incluyendo explícitamente la combinación de las tareas de supervisión regulatoria con la defensa y la promoción de la competencia.

III. UNA PROPUESTA DE CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LOS ORGANISMOS MULTIFUNCIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CALIDAD REGULATORIA

Como ya se mencionó al inicio, la mayoría de las referencias que han valorado el proceso de creación y el diseño institucional de la CNMC consideran distintos aspectos que aparecen en la literatura especializada sin presentarlos en un marco coherente que justifique la elección de las variables consideradas y que proporcione una perspectiva global para evaluar la transformación. Aunque en muchos casos esto no constituye un problema serio ni impide el rigor del análisis, en ocasiones da lugar a afirmaciones contrapuestas cuyo mérito relativo no es fácil de comparar.

Delgado y Mariscal (2014) sí presentan en primer lugar los criterios de evaluación que van a emplear, y luego los aplican de manera sistemática al caso de varias autoridades que integran poderes de supervisión regulatoria y de defensa de la competencia, entre ellas la CNMC. En esto, Delgado y Mariscal siguen la tradición de muchas de las referencias internacionales sobre el tema, aunque cada una propone su propio esquema de criterios. En este sentido, tienen especial interés los recogidos o utilizados de manera más o menos explícita por Cordova-Novion y Hanlon (2002), Spyrelli (2003), Laffont (2005), Mota-Prado (2008), Stern (2010), OCDE (2014a) y, sobre todo, los empleados por Hyman y Kovacic (2013 y 2014). Estos dos autores identifican hasta siete criterios que han influido históricamente en el diseño institucional y en el desempeño de las agencias, y los utilizan para valorar el diseño institucional de determinadas autoridades de competencia. De entre los siete factores, consideran que los que más influyen en el éxito o fracaso a largo plazo de un determinado diseño regulatorio son el apoyo político a la agencia, la coherencia de los objetivos que se le asignan, y la disponibilidad de recursos y de herramientas legales (Hyman y Kovacic, 2013: 22).

Tanto unos elencos de criterios como otros coinciden en algunos puntos, se complementan en otros, y no contemplan algunos aspectos importantes que en nuestra opinión convendría tener en cuenta. Por eso, a continuación trataremos de situar en el marco de los cinco grupos de criterios de valoración de las iniciativas regulatorias –presentados en la sección anterior– todos los aspectos que, a nuestro jui-

cio, deben ser tenidos en cuenta para realizar un análisis crítico comprehensivo del modelo institucional de una autoridad que incorpora responsabilidades de supervisión regulatoria y de defensa de la competencia. En la sección siguiente aplicaremos ese esquema para valorar el diseño institucional de la CNMC.

a. Claridad y cumplimiento del mandato legislativo. En este criterio se valora en general la presencia de un mandato legislativo claro y su cumplimiento. Se considera en concreto la existencia de una visión de conjunto y un objetivo global que permita dar unidad a la actuación de la agencia regulatoria y establecer sus prioridades. Si el mandato incorpora distintos objetivos, exige valorar si son o no coherentes, en el sentido de que respondan a funciones complementarias o compatibles que permitan alcanzar ciertas sinergias y disponer de un mayor número de instrumentos. Por último, en este criterio se considera también si la organización interna de la institución permite aprovechar las ventajas de un organismo multifuncional y minimizar sus desventajas.

b. Rendición de cuentas. Este criterio de valoración considera si la agencia regulatoria da cuenta periódicamente de diversas formas ante el Parlamento o ante algún departamento del Gobierno, y si sus decisiones están sometidas a revisión judicial. En sentido contrario, este criterio exige también tener en cuenta el grado de independencia frente al Gobierno que su diseño institucional otorga a la autoridad regulatoria, incluyendo el sistema y condiciones de nombramiento de sus instancias de Gobierno, el procedimiento de toma de decisiones, y la disponibilidad de

recursos y herramientas suficientes para realizar sus funciones. Por último, en este apartado conviene situar la mayor o menor probabilidad de captura del regulador por parte del sector empresarial que pueda resultar de su particular diseño institucional.

c. La bondad de los procedimientos. Este criterio se dirige a valorar si la institución actúa de manera transparente –con los límites razonables exigidos por el respeto a los derechos individuales y la eficacia de su actuación–, si sus procedimientos garantizan que se cuenta con la opinión de los que tienen derecho a intervenir, y si las distintas decisiones, opiniones y resultados de la actividad de la institución están accesibles a terceros.

d. La presencia de conocimiento experto. Este criterio evalúa la mayor o menor disponibilidad de recursos humanos con conocimiento especializado asociada al diseño institucional de la autoridad regulatoria, y más en concreto, la influencia del modelo elegido sobre la capacidad de la entidad para atraer personal cualificado y para impulsar su carrera profesional. Igualmente, se valora en este contexto el nivel de motivación o explicación de las decisiones de la institución.

e. Eficiencia. Por un lado, se trata de evaluar en qué medida el diseño institucional permite reducir costes innecesarios y usar correctamente los recursos disponibles; por otro, si facilita asignar de manera más eficiente y flexible los recursos entre los distintos objetivos asignados a la institución; y por último, si permite la innovación dentro de la institución y su adaptabilidad al cambio, aspectos

ambos que suelen considerarse incluidos dentro de la eficiencia dinámica. Especialmente se valora dentro de este criterio si el diseño institucional permite resolver mejor o peor que modelos alternativos los posibles conflictos que puedan plantearse entre las distintas vertientes de su mandato.

IV. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LOS ORGANISMOS MULTIFUNCIONALES AL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA CNMC

Considerando las distintas posibilidades organizativas de

CUADRO N.º 1

CRITERIOS PARA VALORAR EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE UNA AUTORIDAD MULTIFUNCIONAL

CRITERIOS	ASPECTOS
Claridad del mandato legislativo	<ul style="list-style-type: none"> – si hay un mandato legislativo claro – si existe un objetivo global que permita dar unidad a la actuación de la autoridad y establecer sus prioridades – si los distintos objetivos del mandato son o no coherentes, en el sentido de que permitan alcanzar sinergias – si la organización interna de la institución permite aprovechar las ventajas de un organismo multifuncional
Rendición de cuentas e independencia	<ul style="list-style-type: none"> – si la institución da cuenta periódicamente de diversas formas ante el Parlamento o algún departamento del Gobierno – si sus decisiones están sometidas a revisión judicial – el grado de independencia frente al Gobierno que su diseño institucional otorga a la autoridad (nombramiento de sus instancias de Gobierno, toma de decisiones, disponibilidad de recursos suficientes) – la mayor o menor probabilidad de captura del regulador por parte del sector empresarial que pueda resultar de su particular diseño institucional
Bondad de los procedimientos	<ul style="list-style-type: none"> – si la institución actúa de manera transparente – si sus procedimientos garantizan que se cuenta con la opinión de los que tienen derecho a intervenir – si las decisiones, opiniones y resultados de la actividad de la autoridad están accesibles a terceros
Presencia de conocimiento experto	<ul style="list-style-type: none"> – la mayor o menor disponibilidad de recursos humanos con conocimiento especializado asociada al diseño institucional – la influencia del modelo elegido sobre la capacidad de la entidad para atraer personal cualificado y para impulsar su carrera profesional – el nivel de motivación o explicación de las decisiones de la institución
Eficiencia	<ul style="list-style-type: none"> – si el diseño institucional permite reducir costes innecesarios y usar eficientemente los recursos disponibles – si facilita asignar los recursos entre los distintos objetivos asignados a la institución – si permite la innovación dentro de la institución y su adaptabilidad al cambio – si el diseño institucional permite resolver mejor que modelos alternativos los posibles conflictos que puedan plantearse entre sus distintos objetivos

las autoridades reguladoras y de competencia, la pregunta clave que tratamos de responder es la misma que ha sido abordada por los trabajos ya citados sobre la CNMC, a saber, si un conjunto de agencias que se encargan de una sola función y se coordinan con las demás agencias, es una solución mejor que una agencia integrada que asume diversas funciones en una misma institución (Ottow, 2014: 5). El primero es el modelo que existía en España antes de la fusión de autoridades de competencia y regulación, mientras que el modelo integrado es el que caracteriza a la CNMC.

En esta sección utilizaremos el marco que proporcionan los criterios presentados anteriormente, concretados en los diferentes aspectos que contienen, para evaluar el diseño institucional de la CNMC. En lo que sigue se tendrá en cuenta, al considerar cada criterio, tanto la calidad institucional considerada en sí misma como las circunstancias de su aplicación práctica que pueden contribuir a modificar en un sentido o en otro la valoración del diseño de la nueva institución.

1. Claridad y cumplimiento del mandato legislativo

En la Ley 3/2013 de creación de la CNMC (LCNMC) se plantea un mandato legislativo claro –artículo 1.2 (4)– que proporciona un objetivo global aglutinador para la institución. Puede afirmarse que el legislador concreta la tarea global de la CNMC en conseguir el correcto funcionamiento de todos los sectores productivos, que incluye tanto la transparencia como, en la medida de lo posible, la existencia de competencia efectiva. Adicionalmente, la finalidad última

de esta tarea es «el beneficio de los consumidores y usuarios». En principio, la existencia de esta visión de conjunto permitiría dar unidad a la actuación de la agencia reguladora, y esto facilitaría actuar con una visión global de la economía (Marín, 2014), el establecimiento de prioridades y la asignación de recursos con más flexibilidad en el seno de la institución entre sus distintas tareas.

Sin embargo, es cierto que ese objetivo global implica luego una variedad de funciones muy amplia –artículos 5-11 LCNMC (5)–. Una crítica que ha solido esgrimirse contra el modelo de autoridad multifuncional es la mayor dificultad para establecer las prioridades de funcionamiento y para asignar recursos entre una mayor variedad de actividades en comparación con las agencias especializadas. Uno de los motivos que se aduce es que las tareas de supervisión regulatoria serían «obligatorias» (en el sentido de estar previstas de manera detallada en la correspondiente legislación), mientras que la función de defensa de la competencia, igualmente importante, es de carácter más discrecional. Sin embargo, parece poco razonable valorar como menos vinculante para la autoridad correspondiente la legislación de competencia que las diferentes normativas sectoriales, sobre todo teniendo en cuenta su importante dimensión comunitaria (6). Por otro lado, se ha visto en el párrafo anterior que la LCNMC considera la defensa de la competencia como un rasgo característico del «correcto funcionamiento» de los sectores productivos, que es presentado como el objetivo global unificador de la CNMC, por lo que parece lógico considerar que el legislador está concediendo un carácter transversal y, en

cierto modo, medular a la tarea de defensa de la competencia.

Otro grupo de críticas se ha centrado en señalar la falta de coherencia entre estas funciones previstas en la LCNMC. Esta cuestión ha sido bastante controvertida tanto en la literatura especializada como en el debate público, ya que solo si las funciones son en parte complementarias –en el sentido económico del término– su realización por una misma institución permitiría alcanzar sinergias relevantes. Como en el caso anterior, la objeción procede, sobre todo, de los que ven con preocupación que la defensa de la competencia se vea perjudicada al tener que coexistir con tareas que consideran de una naturaleza radicalmente distinta.

En general, puede afirmarse que hay cierto acuerdo sobre la complementariedad de las funciones de supervisión regulatoria aplicadas a distintos sectores, que tienen muchos puntos en común. La realización de estas tareas por una autoridad multifuncional permitiría más flexibilidad en la asignación de recursos, permitiría el aprovechamiento del *know-how* y de las mejores prácticas de otros sectores y, al menos en teoría, una mayor coherencia de las regulaciones entre los sectores, especialmente allí donde se esté produciendo un proceso de convergencia sectorial, como sucede en las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales (Smith, 1997; Joskow, 1998; Sommer, 2001; Spyrelli, 2003; Georgosouli, 2013; OCDE, 2014b). Además, estas ventajas se hacen mayores a medida que los mercados sectoriales ganan madurez con el tiempo. Sin embargo, puede argumentarse con verdad que estos beneficios podrían obtenerse sin necesidad de incorporar también

la función de defensa de la competencia.

Las diferencias entre la defensa de la competencia y la actividad de supervisión regulatoria son bien conocidas: la legislación de competencia prohíbe conductas que restringen la libre concurrencia y se aplica *ex post* a todas las actividades económicas, mientras que la regulación sectorial prescribe *ex ante* cuáles son las peculiares normas de funcionamiento (acceso, precios) en determinados sectores regulados (normalmente monopolios naturales o sectores liberalizados) que la legislación sustrae a la aplicación general de la legislación de competencia. Estas diferencias pueden explicar que sean menos frecuentes a nivel internacional los casos en que la tarea de regulación sectorial y la de defensa de la competencia se unen en una misma institución, aunque se trata de una posibilidad que ya hace tiempo que ha sido considerada por los organismos internacionales y analizada por la literatura especializada (por ejemplo, OCDE, 1999; Córdova-Novion y Hanlon, 2002).

En efecto, hay varios aspectos en los que la legislación de competencia y la regulación sectorial presentan importantes complementariedades cuando pasan a ser aplicadas por una misma institución multifuncional (OCDE, 2005). En primer lugar, las investigaciones de competencia pueden beneficiarse grandemente del conocimiento técnico o sectorial especializado desarrollado con motivo de la tarea de supervisión regulatoria –por ejemplo en las investigaciones por abuso de posición de dominio–, y los flujos de información entre las distintas áreas permitirán conocer mejor los mercados e identificar la raíz de los problemas.

Por otro lado, conviene subrayar que el recurso a la competencia es un instrumento más dentro de las estrategias regulatorias disponibles (Baldwin *et al.*, 2012: 114-116), y que los conocimientos propios de la defensa de la competencia deben ser utilizados a la hora de desempeñar la tarea de regulación o desregulación sectorial (Alexiadis y Cave, 2010; Baldwin *et al.*, 2012: 452 y ss). Por último, pero igualmente relevante, la realización de las tareas de defensa de la competencia y supervisión regulatoria por una misma autoridad permite evitar posibles conflictos jurisdiccionales en las materias que afectan a las dos. Indudablemente, la utilización de agencias especializadas facilita un mayor grado de concentración en sus tareas peculiares, pero la presencia de complementariedades entre las tareas de una agencia multifuncional permitiría compensar esa potencial desventaja con el aprovechamiento de las sinergias y la flexibilidad en el uso de recursos.

Estas sinergias potenciales podrían ser alcanzadas en parte –al menos en teoría– estableciendo mecanismos más o menos formales que permitan el intercambio de información, la colaboración y el reparto de responsabilidades entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales; pero en la práctica esta cooperación institucional no es sencilla por la rivalidad que tiende a existir entre estas instituciones, y no se había dado en España, como han reconocido también autores críticos con el nuevo modelo. De hecho, uno de los motivos más claramente aducidos por la LCNMC para impulsar el modelo de regulador multifuncional e integrado era precisamente asegurar la coherencia entre las decisiones de competencia y las de regulación

sectorial, después de que hubiera habido varios episodios desafortunados de divergencias de criterio, con la consiguiente inseguridad jurídica para las empresas. Distintos autores han señalado acertadamente que los conflictos entre las distintas tareas –especialmente supervisión regulatoria y competencia– no desaparecen por el hecho de reunir las todas en una sola autoridad multifuncional (Meloni, 2010). Sin embargo, la colisión entre objetivos parciales de las distintas áreas funcionales debería poder ser resuelta con menor coste dentro de una sola institución que en la pugna pública entre agencias rivales (OCDE, 2014b).

Un último aspecto, igualmente importante, en el ámbito de este primer criterio de valoración es considerar si la organización interna de la nueva institución permite aprovechar las ventajas de un organismo multifuncional y minimizar sus desventajas (Delgado y Mariscal, 2014). Si las funciones están poco relacionadas, el modelo lógico sería gestionarlas de manera separada, mientras que cuando las funciones son más complementarias, tendría sentido organizar el trabajo –en mayor o menor medida– en unidades horizontales especializadas que darían servicio a distintas funciones (Kovacic y Hyman, 2012).

La CNMC, como la mayoría de las autoridades multifuncionales (OCDE, 2014b), utiliza simultáneamente los dos sistemas de organización, con direcciones separadas por funciones, a las que se añaden una variedad de unidades horizontales o mecanismos que ayudan a realizar esas funciones de forma coordinada (un departamento de «advocacy», la secretaría general y la unidad de control interno, la

asesoría jurídica y económica, la previsión de recurrir a informes cruzados entre las dos salas del Consejo, la exigencia de decisión del Consejo en pleno cuando los asuntos afectan a distintas áreas funcionales), entre los que destaca el papel asignado por la LCNMC al presidente de la CNMC como garante de la coordinación de funciones dentro de la autoridad. Sin embargo, en nuestra opinión la Ley y el Reglamento que regulan la CNMC concretan quizá con un grado de detalle innecesario la organización interna de las direcciones funcionales, de forma que puede dificultarse en la práctica la tarea de asegurar la coordinación interna de sus actividades. Desde luego, el buen hacer de los responsables puede suplir estas deficiencias de diseño organizando el trabajo interno con cierta flexibilidad en torno a esas rigideces de la normativa, por ejemplo organizando grupos de trabajo conjuntos entre varias direcciones para casos o proyectos concretos, creando unidades operativas con personal de distintas direcciones, etcétera.

Por otra parte, nos hemos referido ya de pasada a la presencia de dos salas dentro del Consejo (art. 18 LCNMC), la de Competencia y la de Supervisión Regulatoria, la primera presidida por el presidente y la segunda por el vicepresidente (vicepresidenta en la actualidad). Esta separación tiene sus pros y sus contras, como todas las cuestiones de diseño institucional. La separación del órgano de decisión en dos salas tiene sentido para mantener el ritmo y el foco de la actividad que exige una institución con muchas funciones asignadas, pero no favorece la coordinación de las tareas. La legislación prevé, como se ha dicho, la necesidad de emitir informes cruzados entre las dos salas

del Consejo cuando hay asuntos que afectan simultáneamente a competencia y supervisión regulatoria (art. 21.2 LCNMC), así como la posibilidad de recurrir al Pleno del Consejo cuando los asuntos tengan especial entidad o haya desacuerdo entre las salas (art. 21.1). En principio parecen recursos razonables y suficientes para asegurar la coordinación, pero quizá hubiera sido preferible además que tanto el presidente como el vicepresidente formaran parte de las dos salas, medida que hubiera reforzado la unidad y coordinación en las actuaciones de la CNMC.

2. Rendición de cuentas e independencia

Junto con la transparencia –que consideraremos en el apartado siguiente–, la rendición de cuentas es una de las características principales buscadas por el diseño de la CNMC, a la vez que busca aumentar la independencia del regulador frente al gobierno y frente a los grupos de interés (LCNMC, Preámbulo; Marín, 2014).

La CNMC está sometida al control parlamentario (art. 2.1 LCNMC) y su presidente debe comparecer al menos una vez al año ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para informar sobre sus prioridades, actividad y planes de futuro de la institución (art. 39). En cambio, aunque está adscrita formalmente al Ministerio de Economía (art. 2.4), la CNMC actúa «con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado» (art. 2.1). Tanto la rendición de cuentas ante el Parlamento, como su independencia del poder político, como la revisión judicial de su actividad

(art. 2.1 y 36) aumentan su legitimidad democrática y su credibilidad (Kovacic, 2011). De hecho, el presidente ha comparecido más veces de las previstas ante el Congreso (7), y, a iniciativa propia, también ante el Senado, y en ellas aprovechó para informar de las actividades de la CNMC y para presentar, en ocasiones sucesivas, el *Plan Estratégico* (8) y el *Plan de Actuación* (9).

En esta misma línea de la rendición de cuentas se incluye la puesta en marcha de un sistema de contabilidad analítica (de acuerdo con lo previsto en el art. 34.4) y someter su ejecución económico-financiera al control permanente de la Intervención General de la Administración mediante la intervención delegada, así como a la auditoría del Tribunal de Cuentas (art. 34.5).

La independencia del poder político, tan esencial para las autoridades reguladoras y de competencia, debe estar respaldada por su diseño institucional (Gilardi y Maggetti, 2010; OCDE, 2014a), especialmente el sistema y condiciones de nombramiento y cese del Consejo y de los directivos, el procedimiento de toma de decisiones y la disponibilidad de recursos para realizar sus funciones (Italianer, 2014). La independencia de la toma de decisiones se establece de manera taxativa tanto respecto al poder político como a los grupos de interés (art. 3 LCNMC). La experiencia durante estos primeros años de actividad ha puesto de manifiesto que la CNMC se ha esforzado en actuar en todo momento sin tener en cuenta las preferencias del Gobierno (10) ni los intereses particulares de las entidades empresariales (11).

En cuanto al sistema de nombramiento de los miembros del

Consejo, son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía, previa comparecencia del candidato ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que puede vetar el nombramiento por mayoría absoluta (art. 15.1). Desde luego, con carácter general esto plantea problemas en el caso de que una mayoría absoluta pueda hacer un uso indebido de ese poder para realizar nombramientos de personas menos idóneas, y quizá podría haber sido conveniente reforzar la posibilidad de veto de la Comisión eliminando la necesidad de mayoría absoluta. Sin embargo, se trata de un problema de falta de responsabilidad institucional que siempre va a estar presente, independientemente del diseño institucional elegido, mientras los representantes democráticamente elegidos no se decidan a actuar con criterios profesionales en la selección de personas para cargos públicos en general, y de los reguladores independientes en particular. A falta de esa responsabilidad institucional, el recurso al pacto de los nombramientos entre los partidos mayoritarios es otra forma de anular el efecto positivo de un buen diseño institucional (12). De todas formas, como *second best* es frecuente exigir que haya mecanismos para asegurar la diversidad política de los miembros del Consejo (Kovacic, 2011; OCDE, 2014a). Sin embargo, por las circunstancias en que se produjo la creación de la CNMC, en estos momentos esa diversidad de orientaciones no es tan completa como sería deseable.

El resto de las disposiciones de la LCNMC sobre los miembros del Consejo sigue las recomendaciones habituales para asegurar lo más posible la independencia respecto del po-

der político (Gilardi y Maggetti, 2010; Kovacic, 2011): nombramientos por seis años y sin posibilidad de reelección, y renovación parcial de los cargos cada dos años (art. 15.1). Además, solo pueden ser cesados mediante separación acordada por el Gobierno por motivos graves (incumplimiento de obligaciones, incompatibilidad, conflictos de interés o violación del deber de reserva), pero en ningún caso por no estar alineados con las preferencias del ejecutivo (art. 23.f).

En cuanto a la independencia desde el punto de vista financiero, la CNMC tiene patrimonio propio (art. 33.1), lo que es positivo, pero se financia con cargo a los presupuestos del Estado (art. 33.2). Este segundo punto reduce en la práctica la independencia de la institución, porque cabría la posibilidad de que un Gobierno molesto con la CNMC reaccionara recortando su asignación presupuestaria, y así ha sido señalado por la Comisión Europea, o bien que el presupuesto asignado se redujera como consecuencia de una crisis económica, lo que se traduciría en falta de estabilidad temporal de la institución (Italianer, 2014). Aunque la experiencia es todavía muy reducida, no han sido estos los problemas que se han planteado hasta el momento; en cambio, el control económico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre el destino de los gastos —sobre todo de personal— sí ha planteado serias dificultades que se analizarán en el cuarto apartado de esta sección.

Conviene hacer un breve comentario de carácter general sobre la mayor o menor probabilidad de captura del regulador por parte del sector empresarial que pueda resultar del modelo

de una única autoridad multifuncional en comparación con la existencia de varias agencias especializadas. Aunque algunas opiniones sostuvieron inicialmente que podría ser más fácil capturar una sola autoridad que varias, la opinión más general entre los autores especializados (13) es que la combinación en una sola institución de las funciones de autoridad de competencia y regulador sectorial puede *ceteris paribus* reducir el riesgo de captura, porque en la nueva autoridad multifuncional los grupos de interés más relevantes para los reguladores sectoriales tendrían un peso relativamente menor, y el personal podría trasladarse con más facilidad de unas áreas funcionales a otras dentro de la organización. La rotación de los consejeros entre las salas del Consejo de la CNMC exigida por la LCNMC (art. 18.2) parece diseñada también con este fin, aunque plantea otros problemas que se revisarán más adelante.

No vamos a entrar con detenimiento a valorar la redistribución de competencias realizada por la LCNMC entre los ministerios y la nueva institución, pero en cierta medida también es un aspecto relevante para que la CNMC pueda cumplir con su papel de organismo independiente. Según el preámbulo de la LCNMC, la intención del legislador era traspasar a los ministerios tareas «para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia», así como las que «resultaban de escasa utilidad» para alcanzar los objetivos de la nueva Comisión. Aunque la presión de la Comisión Europea y las críticas recibidas decidió al Gobierno a dejar más competencias de la antigua CMT en manos de la CNMC de las inicialmente previstas en el Anteproyecto de Ley (14), lo cierto es que algunas de las compe-

tencias que han vuelto a depender del Ministerio de Industria (disposiciones adicionales 6-11 LCNMC) son fuente de información valiosa para la CNMC sobre el sector de telecomunicaciones y también sobre el energético. Por otro lado, iniciativas legales posteriores del Gobierno, como el tema de los peajes eléctricos en la ley de Metrología, han reducido por vía de hecho las competencias del regulador, mientras que se le han adjudicado otras nuevas relacionadas con la Ley de Unidad de Mercado. Es de desear que el criterio fundamental para la asignación o devolución de competencias a la CNMC sea efectivamente su mayor o menor utilidad para alcanzar los objetivos de la institución, y no otras consideraciones de carácter circunstancial, y en consecuencia que sean fruto del consenso entre el ejecutivo y la CNMC (15).

3. La bondad de los procedimientos

Como se ha dicho ya, la Ley de creación de la CNMC concede especial importancia a la transparencia y rendición de cuentas (LCNMC, preámbulo), porque existía la convicción de que debían solucionarse algunas carencias detectadas en los reguladores anteriores (16). El art. 37 detalla un amplio número de obligaciones que debe cumplir la autoridad en relación con la publicidad de sus actuaciones. La finalidad es triple: asegurar la transparencia y equidad de los procedimientos –con los límites razonables exigidos por la protección de datos personales y por el respeto a los aspectos confidenciales de la información–, garantizar la participación adecuada de todos los interesados –sobre todo mediante el

derecho a presentar denuncias, consultas y alegaciones, así como a participar en consultas públicas–, y finalmente incluir al público entre los destinatarios de la rendición de cuentas.

En general, la CNMC debe hacer públicas «todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten», en todo caso después de la notificación a los interesados. Más en concreto, conviene destacar que deben publicarse, entre otros, la relación de acuerdos adoptados por el Consejo, los informes en los que se basan las decisiones, los informes económicos sectoriales, los informes sobre proyectos normativos del sector público, así como la incoación de expedientes de control de concentraciones, expedientes sancionadores, y la realización de inspecciones de competencia. En cuanto a la rendición de cuentas, debe hacer públicos la memoria de actividades con las cuentas anuales, así como el plan de actuación para el año siguiente. En esta misma línea, la Ley prevé la posibilidad de que la CNMC publique comunicaciones que aclaren los principios que rigen su actuación (art. 30.3), lo que contribuiría a mejorar el objetivo de rendición de cuentas (Hyman y Kovacic, 2013).

Conviene destacar que la publicación de los acuerdos del Consejo incluye los posibles votos particulares de sus miembros, que –como es sabido– durante muchos meses no han sido raros en la Sala de Competencia. Independientemente del abuso que pueda hacerse de esta posibilidad, parece claro que su uso prudente en cuestiones relevantes es una garantía de que todas las partes interesadas tienen acceso a argumentos significativos que se hayan utilizado durante el proceso de decisión.

La valoración general de los aspectos de diseño institucional relacionados con la transparencia y la participación es buena, incluso antes de que se aprobara la Ley de Transparencia, y el cumplimiento global va más allá de lo exigido por las obligaciones legales. No obstante, el funcionamiento de la CNMC en esta primera etapa de su actividad plantea algunos retos para el futuro, como la puntualidad en la publicación de informes sobre los sectores regulados, aunque puede ser un problema más relacionado con la disponibilidad de recursos, como se verá al considerar el criterio siguiente.

Desde el inicio de su actividad, la CNMC ha realizado un esfuerzo continuo de comunicación hacia los interesados y hacia toda la sociedad que se ha traducido en el reconocimiento de los profesionales de la comunicación (17). El esfuerzo por cumplir los objetivos de transparencia se pone de manifiesto al analizar la actividad de la institución a través de su página web. De todas formas, de acuerdo con algunas recomendaciones muy acertadas (Díez, 2014), la propia estructura del sitio web está siendo revisada para facilitar la búsqueda de información y la interacción con las distintas dependencias de la autoridad reguladora. Una parte importante de ese proceso de optimización, aunque se trata de un proyecto independiente, es *CNMC Data*, que pondrá a disposición de investigadores y medios de comunicación el enorme caudal de información primaria generado por esta institución.

Desde luego, podría aplicarse este criterio de bondad de los procedimientos para valorar la calidad del proceso que condujo a la creación de la institución reguladora, y que fue sometido a

numerosas críticas, pero excede el objetivo de este trabajo, porque se estaría valorando algo distinto del diseño institucional o la actividad del organismo regulador, aunque desde luego podría explicar algunas carencias del diseño adoptado y de su puesta en marcha.

4. La disponibilidad de conocimiento experto

La delegación de competencias en agencias regulatorias situadas fuera del gobierno se justifica en buena medida por la exigencia de contar con un elevado nivel de cualificación en su personal para afrontar tareas de elevada complejidad que deben realizarse con independencia del gobierno. Se trata ahora de valorar el efecto que la creación de una autoridad multifuncional puede tener sobre la disponibilidad de recursos humanos cualificados.

En general, la presencia de varias funciones dentro de una misma institución regulatoria no debería plantear problemas para la disponibilidad de personal experto mientras no se reduzcan los recursos asignados a las direcciones funcionales. De hecho, la incorporación de los recursos humanos de los antiguos reguladores a la CNMC permitía disponer de entrada de la misma base de personal especializado. Por otra parte, una institución integrada como la CNMC permite la movilidad laboral entre puestos análogos situados en otras áreas funcionales, y *ceteris paribus* este factor debería facilitar la tarea de atraer y retener personal cualificado de cara al futuro (OCDE, 2014b).

Sin embargo, estas ventajas del nuevo modelo no se alcanzan

inmediatamente. La fusión entre varios organismos reguladores y de competencia en la que desaparecen todas las entidades previamente existentes plantea muchas dificultades de transición derivadas del choque entre culturas institucionales como consecuencia de la existencia de diferentes procedencias profesionales, niveles salariales, estructuras de dirección, procedimientos de trabajo, etc. Cuanto más corto sea el período de transición –y en el caso de la CNMC fue excesivamente breve–, mayores son los problemas, y más pueden tardar en verse los frutos de la multifuncionalidad. La comparación detallada con el proceso de fusión semejante llevado a cabo en Holanda al constituir la Authority for Consumers and Markets (ACM) (18) pone de manifiesto por contraste la falta de trabajo preparatorio con la que se llevó a cabo la puesta en marcha de la CNMC.

Algunas disparidades entre el personal de las agencias incorporadas a la CNMC van a permanecer más tiempo del deseable por motivos ajenos a los problemas inherentes a la implantación del diseño institucional. Por un lado, las relaciones de la nueva institución con su personal se rigen por tres convenios colectivos diferentes correspondientes respectivamente a los contratos laborales de la CNE, de la CMT y a los funcionarios, y no ha podido reconducirse a un solo convenio ni se han podido homogeneizar las condiciones laborales debido a varias sentencias judiciales que declaran vigentes los convenios laborales hasta que no se firmen otros nuevos. Es fácil comprender los significativos costes de transacción que implica para la CNMC la negociación a tres bandas de cualquier novedad en el ámbito laboral.

Por otra parte, aunque la Ley de creación de la CNMC recoge con normalidad que habrá personal funcionario y laboral (art. 31. 1 y 3 LCNMC), el contexto de austeridad presupuestaria condujo al Gobierno a limitar de manera absoluta la posibilidad de que el personal laboral promocionara a puestos de más nivel retributivo y a no autorizar la contratación de nuevos trabajadores en el mercado de trabajo, por lo que la única fuente de nuevo personal especializado han sido los funcionarios que trabajan en el resto de las administraciones públicas, si bien con numerosas restricciones y en un contexto de reducción del número de plazas disponibles. Estas restricciones, con un origen claro en motivos presupuestarios generales del Estado, han dificultado extraordinariamente en la práctica la atracción y retención de talento pero, de nuevo, no están relacionadas estrictamente con el diseño institucional ni con su puesta en marcha.

Queda por considerar una vertiente más de este criterio de valoración, que se centra en la idoneidad o especialización de los miembros del Consejo. El artículo 15.1 de la LCNMC establece que la selección de candidatos se realizará «entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión», por lo que el potencial problema no estaría relacionado con el diseño institucional sino en todo caso con su aplicación. Obviando este problema por un momento, es necesario preguntarse qué es lo que el art. 15.1 LCNMC entiende por «personas de reconocido prestigio y competencia profesional». Según un documento de la OCDE ya citado, que recoge buenas prácticas de gobierno para organismos reguladores,

cuando se trata de un órgano de gobierno formado por varios miembros, la presencia de habilidades y experiencias diversas relacionadas con las funciones del regulador facilitará que se tomen decisiones bien fundamentadas, aunque es la legislación de referencia la que debe precisar cuáles son las habilidades o la experiencia relevantes para el puesto (OCDE, 2014a).

5. Eficiencia

Por un lado, los objetivos de la reforma del modelo de agencias reguladoras eran coherentes con la simplificación del número de organismos regulatorios, en la línea de lo sugerido por la iniciativa comunitaria de «regulación inteligente» (EC, 2010; Baldwin *et al.*, 2012: capítulo 19). Por otro lado, es bien sabido que una de las razones utilizadas por el Gobierno para justificar la creación de la CNMC fue el ahorro de costes, ofreciendo un ahorro estimado de algo más de 28 millones de euros (19), de los cuales algo menos de 18,8 millones de euros se ahorrarían al no poner en marcha tres organismos que ya habían sido aprobados, mientras que no llegaba a 9,5 millones de euros el ahorro estimado por los gastos administrativos y generales que se realizarían de manera conjunta para la nueva institución. De esa cifra, el ahorro cierto ha sido el derivado de la reducción de altos cargos al suprimir los organismos que se incorporaron en la CNMC (casi 3,6 millones de euros). Teniendo en cuenta que el presupuesto actual es de casi 60 millones de euros, el ahorro, de materializarse, sería notable, pero está lejos de ser un motivo que justifique un cambio de modelo tan importante. El motivo de pasar a un modelo multi-

funcional solo puede justificarse por las sinergias derivadas de la complementariedad de las funciones propias de los reguladores sectoriales y de la defensa de la competencia, como se ha indicado en el primer criterio de valoración, y esas sinergias se traducen en una mayor eficiencia en la asignación de los recursos disponibles entre las distintas tareas y a lo largo del tiempo.

Ahora bien, no es raro que se pase por alto una de las fuentes de eficiencia de costes más importantes del nuevo modelo, que es la aplicación de un presupuesto limitativo a la CNMC, igual que sucedía con la CNC, cuando tanto la CNE como la CMT funcionaban con un presupuesto no limitativo y financiado con tasas pagadas por las empresas reguladas. Los efectos que el presupuesto no limitativo produjo en los antiguos reguladores sectoriales son bien conocidos y han sido puestos de manifiesto repetidas veces. El incentivo para el control de los gastos que supone pasar a un presupuesto limitativo no puede exagerarse. Como contrapunto, la rigidez adicional que requiere este sistema dificulta que puedan aprovecharse las sinergias asociadas a la asignación de recursos entre funciones y a lo largo del tiempo mencionadas en el párrafo anterior.

Otro factor de eficiencia, en este caso dinámica, hace referencia al hecho de que el modelo de la CNMC, al integrar regulación y competencia, proporciona una visión global que facilita la adaptabilidad de la institución a las transformaciones que se producen en los mercados regulados y, más en general, en la economía. Pero, en última instancia, esta eficiencia dinámica no es más que la traducción a lo largo del tiempo de las complementarie-

dades entre competencia y regulación que pueden aprovecharse también de forma estática.

Por último, aunque no supone un ahorro de costes para la CNMC, hay que tener en cuenta que el modelo multifuncional se traduce para las empresas y para el público en general en un ahorro de costes de transacción al poder acudir a una única entidad (*one-stop shop*), sin necesidad de duplicar las gestiones ni la documentación, aparte de la seguridad jurídica que ya se ha comentado al considerar el primer criterio de valoración. Por otra parte, evita que las empresas puedan practicar el oportunismo regulatorio de buscar el foro más propicio para sus intereses.

V. ALGUNOS INDICADORES DE LA ACTUACIÓN DE LA CNMC HASTA EL MOMENTO

Los criterios anteriores son útiles para realizar una evaluación del modelo elegido por el legislador para la CNMC y de su puesta en práctica, y para separar los aspectos relacionados con el diseño de la CNMC de los que tienen que ver con factores extrínsecos. Sin embargo, para valorar el desempeño de la nueva autoridad regulatoria y de competencia puede ser más práctico considerar de manera esquemática varios indicadores para comparar de algún modo la capacidad operativa de la CNMC con el conjunto de las agencias anteriores. El primer grupo de indicadores de desempeño se refieren a la dimensión de la actividad desarrollada, mientras que el segundo grupo se centra en la tarea de defensa de la competencia.

Con datos de las Memorias de 2012, que fue el último año

completo de actividad de la CNE, de la CMT y de la CNC, los respectivos consejos resolvieron o tuvieron conocimiento de más de 3.100 asuntos en total. Por su parte, en 2014 –primer año completo de actividad– el Consejo de la CNMC resolvió más de 2.700 asuntos. Los datos son aproximados y no perfectamente comparables, y la importancia de los expedientes no se ve reflejada en el número, pero permite comprobar que el ritmo de funcionamiento de la CNMC es comparable a grandes rasgos al que desarrollaban conjuntamente los organismos reguladores y de competencia antes de la fusión de sus funciones.

Por lo que se refiere específicamente a la defensa y promoción de la competencia, en los últimos doce meses de actividad de la CNC (son datos de la Memoria del ejercicio 2012-2013) se realizaron 18 inspecciones y el Consejo resolvió 75 expedientes, 34 con resoluciones sancionadoras por infracciones anticompetitivas (algo más del 45% del total). Por estas infracciones se impusieron multas por un total de 366 millones de euros, la cifra más alta de la historia de la CNC (una media de 10,7 millones de euros por expediente). En ese mismo período, se estudiaron 66 operaciones de concentración y se publicaron 45 informes, entre informes de proyectos normativos, estudios sectoriales y otros estudios.

De nuevo con datos de 2014, en su primer año completo de actividad la CNMC realizó 9 inspecciones que afectaron a más de 40 empresas. El Consejo resolvió 41 expedientes, 13 con resoluciones sancionadoras (en torno al 32% del total). Las multas por esas infracciones ascendieron a 56,5 millones de euros (una media de 4,3 millones por

expediente). En 2014 se estudiaron 82 concentraciones y se publicaron 37 informes. De todas formas, conviene tener en cuenta para estimar la tendencia para 2015 que las sanciones por infracciones de competencia en el primer trimestre de este año superaron los 200 millones de euros en 20 expedientes (10 millones de euros por expediente).

VI. CONCLUSIONES

El análisis realizado en este artículo nos ha permitido evaluar la calidad del diseño institucional de la CNMC y de su puesta en marcha. Se ha puesto de manifiesto que, de acuerdo con los cinco criterios básicos de valoración, la calidad regulatoria del modelo multifuncional de la CNMC tal y como se refleja en la legislación es más que correcta. Destacan especialmente los aspectos relacionados con la coherencia de las funciones de competencia y sectoriales incluidas en el mandato, la mayor rendición de cuentas ante el parlamento y la sociedad, la mayor dificultad para la captura de su órgano de gobierno, las fuertes medidas para reforzar la transparencia, y la considerables eficiencias derivadas de la fusión de las agencias anteriores por distintas vías –especialmente el uso de un presupuesto limitativo, la mayor flexibilidad en el uso de recursos, la internalización de conflictos entre funciones y la reducción de costes de transacción para las empresas–, todo lo cual debería traducirse en una considerable legitimidad y credibilidad de la nueva autoridad a medida que se desarrollen efectivamente todas las potencialidades contenidas en la normativa.

Entre las cuestiones que podrían modificarse de cara al fu-

turo pueden mencionarse, entre otras, la eliminación de la mayoría absoluta para el veto a los candidatos al consejo, la presencia de presidente y vicepresidente en las dos salas, la necesidad de una mayor flexibilidad organizativa a nivel interno, y garantizar la autonomía de la CNMC para decidir cómo utilizar el presupuesto asignado, especialmente en temas de personal.

Sin embargo, la valoración de la aplicación práctica del modelo escogido para la CNMC no es igualmente positivo, la mayor parte de las veces por factores no relacionados con la concreta actuación del Consejo o del personal de la nueva autoridad reguladora y de competencia. Utilizando los mismos criterios de referencia, la evaluación resulta negativa en diversas cuestiones: la falta de motivación y de transparencia del Gobierno a la hora de asignar competencias regulatorias a la nueva autoridad, así como la falta de actuación consensuada con la autoridad regulatoria en este sentido; la falta de un período de transición suficiente para la puesta en marcha de la institución; la ausencia de un plan de implantación detallado del nuevo modelo; la falta de publicidad de los criterios usados para la selección de los miembros del Consejo; y ya que los nombramientos no se han apartado de la tradición española de propuesta a cargo de los partidos, la ausencia de suficiente diversidad política entre los consejeros; es igualmente negativa la rigidez circunstancial con la que se ha encontrado la CNMC a la hora de contratar personal cualificado en el mercado o proporcionar una carrera profesional a su personal laboral.

Por tanto, aunque no existe un modelo institucional óptimo

para las autoridades regulatorias y de competencia, puede concluirse que el diseño de la CNMC como autoridad multifuncional tiene calidad regulatoria suficiente para permitirle realizar sus funciones con eficiencia, credibilidad y legitimidad, aunque podría mejorarse significativamente sin necesidad de realizar grandes cambios normativos. De hecho, puede entenderse como prueba indirecta de su calidad institucional que ha conseguido sostener a la nueva autoridad integrada a pesar de las dificultades exteriores e interiores a las que ha tenido que enfrentarse en estos casi dos años de funcionamiento, y ha permitido que su actividad haya alcanzado ya un nivel comparable al desarrollado por las agencias de las que es heredera. Solo falta que el Gobierno actual y los que vengan después presten el apoyo –en forma de recursos y de respeto a su independencia– que la CNMC necesita para realizar con efectividad el mandato recibido del legislador.

NOTAS

(*) Profesor titular de Economía Aplicada y asesor económico del presidente de la CNMC (javier.garciaverdugo@cnmc.es).

(1) Por citar solo algunos, vid. GÓMEZ-ALESSANDRI (2013), TRILLAS (2013), DELGADO Y MARISCAL (2014), Díez (2014), GÓRRIZ (2014), VALIENTE (2014) y WARD (2014). Por su amplitud y profundidad conviene subrayar el análisis jurídico realizado por los distintos autores del volumen colectivo editado por Carlón (2014).

(2) Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

(3) <http://www.oecd.org/eco/growth/indicatorsofproductmarketregulationhomepage.htm#indicators>

(4) «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los

mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios».

(5) El artículo 5 LCNMC se refiere fundamentalmente a las funciones relacionadas con la defensa y promoción de la competencia, mientras que los artículos 6 a 11 hacen referencia a las funciones de «supervisión y control» en los sectores regulados (comunicaciones electrónicas, sector eléctrico y gas natural, mercado postal, comunicación audiovisual, tarifas aeroportuarias y sector ferroviario).

(6) En España, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, y por el lado comunitario, el TFUE, Título VII y el Reglamento 1/2003, más la normativa de desarrollo.

(7) El presidente compareció ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados el 13 de mayo de 2014 y el 18 de febrero de 2015. También ha comparecido en dos ocasiones ante la comisión homónima del Senado.

(8) El *Plan Estratégico* fue aprobado por el Consejo el 8 de mayo de 2014, incorporando los comentarios recibidos durante la consulta pública.

(9) El *Plan de Actuación* fue aprobado por el Consejo el 17 de diciembre de 2014. Incluye grupos de líneas de actuación para desarrollar en 2015, que serán utilizadas para evaluar el desempeño de la institución.

(10) Recuérdese, por ejemplo, las diferencias de opinión sobre la subasta eléctrica a principios de 2014, el caso del informe previo a la privatización de AENA y las discrepancias con motivo de otros Informes de Proyectos Normativos, la sanción de competencia a las industrias lácteas o empresas del sector del automóvil, o las diversas impugnaciones de normas anticompetitivas.

(11) Basta recordar, entre otros, la doble solicitud de revocación del Presidente y dos Consejeros por parte de Cepsa y Repsol, o la reacción de Telefónica ante la propuesta de regulación del Mercado 5.

(12) Conviene recordar que personas con cargos de responsabilidad en gobiernos anteriores fueron elegidos –por ejecutivos de distinta orientación política– para dirigir el banco central y el supervisor de los mercados financieros.

(13) Entre otros, KOVACIC (2011) y OCDE (2014b).

(14) Vid. en este sentido el completo análisis de GÓMEZ-ALESSANDRI (2013).

(15) Vid. Comparecencia del Presidente ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados (7 de mayo de 2014).

(16) Cfr. DELGADO Y MARISCAL (2014).

(17) Premio de la Asociación de Periodistas de Información Económica (2014).

(18) El análisis de OTTOW (2014) sobre el plan seguido para poner en marcha la agencia multifuncional holandesa es ilustrativo y ejemplarizante.

(19) *Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Disponible en <www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/10/proyecto-ley-cnmc2.pdf>.

REFERENCIAS

- ALEMANI, E.; KLEIN, C.; KOSKE, I.; VITALE, C., y WANNER, I. (2013), «New Indicators of Competition Law and Policy in 2013 for OECD and non-OECD Countries», OECD Economics Department *Working Paper* No. 1104/2013.
- ALEXIADIS, P., y CAVE, M. (2010), «Regulation and Competition Law in Telecommunications and Other Network Industries», en R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook on Regulation*, Oxford: Oxford University Press: 500-22.
- BALDWIN, R. (1995), *Rules and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- BALDWIN, R.; CAVE, M., y LODGE, M. (2012), *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- BEITER, P.; KOSKE, I.; NARU, F., y WANNER, I. (2014), «Economic regulators – their independence, accountability and scope of action», OECD Economics Department *Working Papers*, forthcoming.
- CARLÓN, M. (dir.), 2014. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Gizur Menor, Navarra: Ed. Aranzadi-Thomson Reuters.
- COGLIANESE, C. (2012), «Measuring Regulatory Performance. Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy», *OECD Expert Paper* No. 1, agosto.
- CÓRDOVA-NOVION, C., y HANLON, D. (2002), «Regulatory governance: improving the institutional basis for sectoral regulators». *OECD Journal on Budgeting*, 2(3).
- DELGADO, J., y MARISCAL, E. (2014), «Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does it Work? Case Studies from Spain and Mexico», *Competition Policy International*, Vol. 10, No. 1: 135-139.
- DÍEZ, F. (2014), *Informe sobre la CNMC*, FUNCIVA Documentos nº 211, Fundación Ciudadanía y Valores.

<p>EUROPEAN COMMISSION – EC (2010), <i>Smart Regulation in the European Union</i>, COM(2010) 543. Brussels.</p> <p>FOX, E.M., y TREIBILCOCK, M.J. (2012), The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project, <i>NYU Law and Economics Research Paper</i> No. 12-20. Disponible en: <ssrn.com/abstract=2128913></p> <p>GEORGOSOULI, A. (2013), «The FCA-PRA coordination scheme and the challenge of policy coherence», <i>Capital Markets Law Journal</i>, Vol. 8 No. 1: 62-76.</p> <p>GILARDI, F., y MAGGETTI, M. (2010), «The independence of regulatory authorities», en D. Levi-Faur (ed.), <i>Handbook on the politics of regulation</i>, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.</p> <p>GÓMEZ-ALESSANDRI, J. (2013), «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: planteamientos iniciales y resultado», <i>La Ley</i>, Año XXXIV, nº 8168: 1-20.</p> <p>GÓRRIZ, C. (2014), «The Spanish National Commission on Markets and Competition», <i>World Competition</i> 37, No. 3: 349-368.</p> <p>HYMAN, D.A., y KOVACIC, W.E. (2013), «Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?», <i>Concurrences</i>, nº 1-2013, Colloque: 9-36.</p> <p>HYMAN, D.A., y KOVACIC, W.E. (2014), «Why Who Does What Matters: Governmental Design and Agency Performance», <i>George Washington Law Review</i>, Vol. 82 No. 5: 1446-1516.</p> <p>ITALIANER, A. (2014), <i>The Independence of National Competition Authorities</i>, Competition Conference – Best Practice in Investigations, Vienna, 12 December 2014. Disponible en: <ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_08_en.pdf></p> <p>JORDANA, J. Y LEVI-FAUR, D. (2011), <i>La arquitectura de los organismos reguladores: modelos multisectoriales y monosectoriales</i>. Boletín del Instituto de Gobernanza y Dirección Pública de ESADE, 10 de mayo.</p> <p>JOSKOW, P.L. (1998), <i>Regulatory principles for reforming infrastructure sectors in developing countries</i>. World Bank Group,</p>	<p>abril. Disponible en: <www.worldbank.org/html/rad/abcde/joskow.pdf></p> <p>KOVACIC, W.E. (2011), «Competition agencies, independence, and the political process», en Drexler, J., W. Kerber y R. Podszun (eds.), <i>Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations</i>, London: Edward Elgar: 291-311.</p> <p>KOVACIC, W.E., y HYMAN, D.A. (2012), <i>Competition Agency Design: What's on the Menu?</i>, Public Law and Legal Theory Paper No. 2012-135 and Legal Studies Research Paper No. 2012-135. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2179279></p> <p>KOVACIC, W.E.; HOLLMAN, H. y GRANT, P. (2011), «How Does Your Competition Agency Measure Up?», <i>European Competition Journal</i>, Vol. 7 No. 1: 25-45.</p> <p>LAFFONT, J.J. (2005), <i>Regulation and Development</i>, Federico Caffè Lectures, Cambridge: Cambridge University Press.</p> <p>MARÍN, J. (2014), «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: una nueva etapa para la competencia y la supervisión regulatoria en España», <i>ICE Revista de Economía</i>, enero-febrero 2014, nº 876: 7-15.</p> <p>MELONI, G. (2010), «Enabling regulatory reform», in OECD, <i>Making Reform Happen: Lessons From OECD Countries</i>, Paris: OECD Publishing.</p> <p>MOTA-PRADO, M. (2008), «The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil», <i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>, Vol. 41: 435-503.</p> <p>NATIONAL AUDIT OFFICE – NAO (2001), <i>Measuring the Performance of Government Departments</i>. Report by the Comptroller and Auditor General, HC 301 Session 2000-2001: 22 marzo 2001.</p> <p>OCDE (1999), <i>Relations between Regulators and Competition Agencies</i>. Competition Policy Roundtables, No. 22. OECD.</p> <p>— (2004), <i>Regulatory Performance: Ex post Evaluation of Regulatory Tools and Institutions</i>. Proceedings From the OECD Expert Meeting, 22 septiembre 2013.</p> <p>— (2005), <i>The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulators</i>, DAF/COMP/GF(2005)2.</p>	<p>— (2014a), <i>The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy</i>, Paris: OECD Publishing.</p> <p>— (2014b), <i>Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities</i>, DAF/COMP/WD(2014) [Notes by several contributing countries].</p> <p>OTTOW, A.T. (2014), «Erosion or innovation? The institutional design of competition agencies—A Dutch case study», <i>Journal of Antitrust Enforcement</i>, Vol. 2 No. 1: 25-43.</p> <p>RADAELLI, C., y DE FRANCESCO, F. (2007), <i>Regulatory Quality in Europe: Concepts, Measures and Policy Processes</i>, Manchester: Manchester University Press.</p> <p>SMITH, W. (1997), «Utility Regulators-Roles and Responsibilities», <i>Viewpoint</i>, No. 128, octubre. World Bank. Disponible en: <www.worldbank.org/html/fpd/notes/128/128smith.pdf></p> <p>SOMMER, D. (2001), «Multi-Utilities: Policy», <i>Viewpoint</i>, No. 228, March. World Bank. Disponible en: <www.worldbank.org/html/fpd/notes/228/228Somme-327.pdf></p> <p>SPYRELLI, C. (2003), <i>Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities</i>. <i>International Journal of Communications Law and Policy</i>, Issue 8, invierno 2003/2004.</p> <p>STERN, J. (2010), «The Evaluation of Regulatory Agencies», en Baldwin et al. (eds.): <i>The Oxford Handbook of Regulation</i>, pp. 223-258.</p> <p>TRILLAS, F. (2013), «The Institutional Architecture of Regulation and Competition: Spain's 2012 Reform», <i>IESE Working Paper</i> WP-1067-E.</p> <p>VALIENTE, A. (2014), «What is it Like to have a Single, Multi-sector Regulator—the Spanish Experience», <i>Journal of European Competition Law & Practice</i>, Vol. 5 No. 6: 373-378.</p> <p>WARD, A. (2014), «Spain's CNMC: The Story So Far», <i>Competition Policy International</i>, June 17 2014. Disponible en: <www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/EUJune14.pdf></p>
--	---	---

COLABORACIONES

III.
**ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO
APLICADO A LA POLÍTICA DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA**

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 insta, 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 combatirlos cuando provoquen efectos anticompetitivos. Así, en primer lugar, la legislación de defensa de 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 TOBÍO, 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.

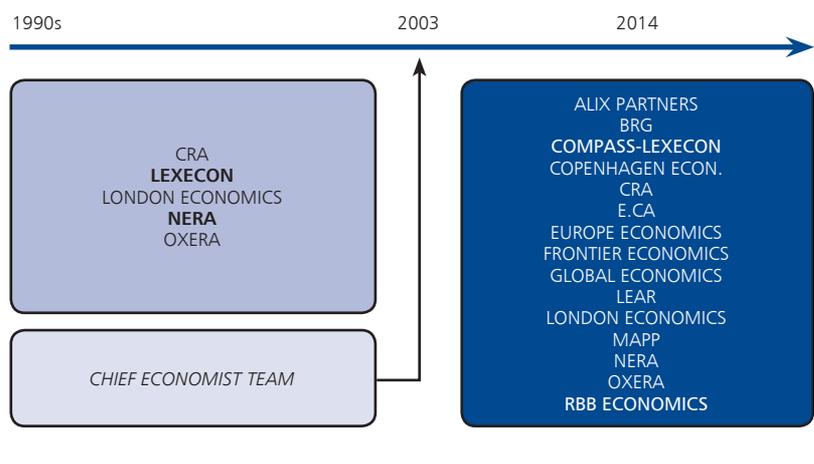
Las reformas introducidas por el comisario Monti también tuvieron un enorme impacto en el negocio de la consultoría económica. Hasta 2003, los economistas eran contratados principalmente en casos de control de concentraciones y solían intervenir al final de la Primera fase, o incluso en la Segunda fase, 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.

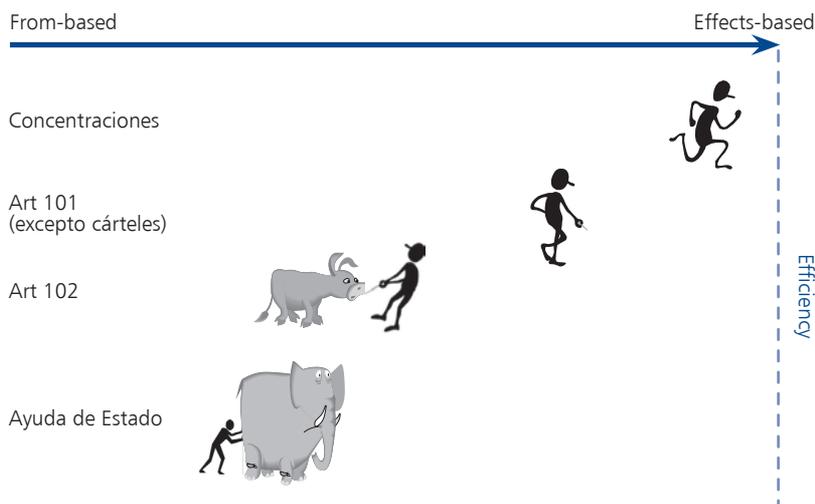
Este enfoque arranca del Reino Unido con la adopción del test de la «disminución sustancial de la competencia» (*Substantially less competition, SLC*). La UE siguió sus pasos con el test de la «obstaculización significativa de la competencia efectiva» (*significant impediment to effective competition, 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 señaló 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>
--	---	---

Resumen

Este artículo analiza la situación creada tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 en relación con la política de fijación de sanciones por infracciones de competencia en España. El Tribunal Supremo identifica la existencia de un potencial conflicto entre el objetivo de disuasión y el principio de proporcionalidad. El artículo defiende que dicho potencial conflicto es causa del particular diseño del texto legal en España y no de los principios teóricos sobre el cálculo de la sanción óptima que inspiran la política de sanciones en buena parte de las jurisdicciones. El conflicto se podría salvar con una correcta atribución de funciones a cada una de las métricas o escalas empleadas en las normas sancionadoras. A partir del análisis de cuál está siendo la reacción a la que ha sido abocada la autoridad de competencia (CNMC) tras la Sentencia, el artículo concluye que la opción más razonable para mejorar la transparencia y predictibilidad pasaría por modificar la Ley de Defensa de la Competencia.

Palabras clave: derecho de la competencia, sanciones, proporcionalidad, disuasión, cálculo multa óptima.

Abstract

This article examines the situation created in Spain after the Supreme Court ruling of January 29, 2015 in relation to the setting of fines for infringements of competition law. The Supreme Court found a potential conflict between the objective of deterrence and the principle of proportionality. This article argues that this potential conflict arises because of the particular design of the statute in Spain, but is not grounded on the theoretical principles on the calculation of optimal sanctions that inspire the policy in most antitrust jurisdictions. The conflict could be saved with proper allocation of functions to each of the scales or metrics used in punitive rules. From the analysis of what is being the reaction of the competition authority (CNMC) following the judgment, the article concludes that the most sensible option to enhance transparency and predictability would be to amend the Competition Law.

Key words: competition policy, setting of fines, proportionality, deterrence, optimal sanctions.

JEL classification: K13, K21, K42, L49.

PROPORCIONALIDAD Y DISUASIÓN EN LAS MULTAS DE COMPETENCIA

Carlos PASCUAL PONS (*)

KPMG Competition Economics

I. INTRODUCCIÓN

TANTO el diseño de la política de defensa de la competencia como su aplicación práctica por las instituciones protagonistas están sujetos, por lo general, a una constante evolución. Varias novedades han afectado recientemente de manera singular al devenir de este instrumento de política económica en nuestro país. La más obvia se ha producido en el campo institucional donde la Ley 3/2013 (1) ha venido a cambiar la configuración y funcionamiento de la autoridad de competencia, sustituyendo a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Esta nueva institución hereda y aúna en un mismo organismo las funciones de varios entes reguladores sectoriales con las de autoridad de competencia. Las ventajas y problemas que esta nueva configuración conllevará han sido ampliamente debatidas, pero cabría afirmar que todavía es pronto para juzgar los resultados en términos de capacidad para lograr los efectos que se marcaron con su creación.

En relación con la aplicación práctica son varias las novedades. En primer lugar, la reciente aprobación de la nueva Directiva (2) de daños en materia de competencia, que tendrá que trasponerse al ordenamiento español antes de 2017, supondrá un mayor protagonismo para las acciones privadas y la involucración

de los órganos jurisdiccionales en aplicación de la normativa de competencia. Otro cambio notable es el impacto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (3) tendrá sobre la forma en la que se calculan las sanciones por infracciones de la normativa, siendo este uno de los más importantes, sino el más, instrumento con los que cuenta la política de defensa de la competencia para la consecución de sus fines.

Tras la sentencia la CNMC ha visto cómo quedaba invalidada la Comunicación de Multas (4) publicada en el año 2009 por su predecesora y ha tenido que adaptar su política de cálculo de sanciones para encajar como mejor entiende los planteamientos realizados por el Alto Tribunal. El presente artículo analiza, desde una perspectiva no jurídica y con una vocación constructiva, la nueva situación que debe afrontar la CNMC y pretende ofrecer alguna pista sobre cuál está siendo su curso de acción, con el objetivo, en última instancia, de contribuir al debate de cómo diseñar mejor este importante instrumento.

Para ello, este artículo se divide en cinco apartados. El primero de ellos analiza cuál es la nueva situación creada tras la Sentencia y las opciones existentes. El segundo apartado repasa cuáles son los principales principios teóricos y sus manifestaciones empíricas de la política de cálculo de multas para las infracciones de competencia. El tercer apartado realiza una reflexión sobre la

compatibilidad o conflicto entre los objetivos de disuasión y proporcionalidad. Posteriormente, el cuarto apartado analiza cuál está siendo la práctica que ha decidido emprender la CNMC para adaptarse a la nueva situación. El artículo finaliza con un quinto apartado que incluye la que sería, en mi opinión, la mejor alternativa para estabilizar la práctica de fijación de sanciones.

II. ANTE UNA NUEVA SITUACIÓN CREADA POR LA STS DE 29 DE ENERO DE 2015

Este artículo no pretende, ni su autor se atreve, realizar un análisis jurídico de la sentencia. Las principales implicaciones (5) de la misma en relación con el método de fijación de sanciones son las siguientes:

1. La interpretación por parte de la autoridad de competencia de los mecanismos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, en adelante) no es compatible con los principios sancionadores del ordenamiento jurídico español que deben inspirar todas las normas con carácter punitivo. Básicamente, el Alto Tribunal recuerda que toda ley con carácter sancionador debe establecer claramente cuáles son las sanciones mínimas y máximas asociadas a cada tipo de infracción. En concreto, según el F.D. Quinto: «La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador».

2. La práctica de cálculo de multas con un enfoque «de abajo hacia arriba», que venía realizando la autoridad de competencia, reflejada en su comunicación, de considerar los límites del artículo 63 de la LDC como umbrales máximos o topes no es compatible con el ordenamiento interno, por mucho que encuentre analogía en el derecho comunitario. Dichos límites deben considerarse e interpretarse como una escala con sanciones máximas en función de la gravedad que determinan un arco sancionador en el cual debe individualizarse la sanción para cada empresa. De este modo, el TS establece un nuevo método que debería aplicarse de naturaleza «de arriba hacia abajo». Así en el mismo F.D. Quinto, la Sala señala: «Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.» (Subrayado añadido).

De este modo, la autoridad de competencia se ha encontrado con su política de cálculo de multas invalidada. En el apartado cuarto de este artículo se analiza cuál está siendo la respuesta de la autoridad para adaptarse a la sentencia. Sin embargo, como se verá no parece que sea una situación sostenible. Algunos análisis apuntan a que la sentencia conllevará una mayor incertidumbre sobre la cuantía de las multas (Marco, 2015). Aunque cualquier cambio merece una reacción meditada, caben, en términos generales, dos opciones:

a) Publicar una nueva comunicación que proporcione y sistematice las necesarias indi-

caciones sobre el proceso de cálculo de sanciones. El contar con dichas indicaciones se antoja necesario por cuanto que contribuye a reforzar la eficacia de las sanciones al dotarlas de mayor predictibilidad y transparencia. De hecho, el mismo Tribunal Supremo reconoce que la existencia de orientaciones es un ejercicio loable.

b) Modificar la Ley para adaptarla a las nuevas circunstancias y lograr una mejor compatibilidad entre los mecanismos sancionadores y los objetivos de la LDC, siguiendo una suerte de sugerencia que realiza el Tribunal.

«Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la concurrencia, por un lado, con las derivadas –y también insoslayables– del principio de proporcionalidad, por otro. Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su título V, dado que aquélla no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.» (F.D. Noveno)

Parece que el Tribunal, consciente de la encrucijada en la que deja a la práctica de imposición de multas, sugiere al legislador que medite sobre si resulta apro-

piado modificar las reglas. Parece, igualmente, que dicha encrucijada se produciría por la teórica dificultad de conciliar bajo el texto legal la eficacia disuasoria del instrumento de las sanciones con el principio de proporcionalidad. El apartado tercero de este artículo explora dicha supuesta incompatibilidad.

III. PRINCIPIOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS PARA EL CÁLCULO DE SANCIONES POR INFRACCIONES DE COMPETENCIA

Existe una abundante literatura sobre los criterios teóricos que deben inspirar el cálculo de sanciones óptimas para alcanzar los objetivos del derecho de la competencia (6). Asimismo, también son numerosos los estudios sobre la aplicación práctica de la política de sanciones por las distintas jurisdicciones que analizan si estas son capaces de lograr los objetivos que se han marcado (7). El propósito de este apartado es enumerar los principios teóricos más relevantes y describir cuáles son las manifestaciones más aceptadas en la práctica.

1. Las multas o sanciones son el principal instrumento para lograr la disuasión de comportamientos anticompetitivos

El encaje de las sanciones pecuniarias a las empresas infractoras como instrumento al servicio de la política de defensa de la competencia parte de la necesaria consideración de cuáles son los objetivos perseguidos. Aunque existe un cierto debate (8) sobre cuál es el objetivo concreto del derecho antitrust, más en el plano teórico y en la apli-

cación concreta de alguna de las reglas, existe un amplio consenso acerca de la idoneidad del instrumento de las sanciones para lograr sus principales objetivos (9), especialmente del primero de ellos: 1) la disuasión de comportamientos anticompetitivos; y 2) la reparación de los efectos producidos por dichos comportamientos.

Cada jurisdicción diseña sus instrumentos disponibles con el objetivo de lograr los objetivos de disuasión y reparación en la proporción y medida que entienda adecuada. El consenso acerca de la importancia de las sanciones es aún mayor en la Unión Europea, sus Estados miembros y el resto de jurisdicciones donde el protagonismo en la aplicación de las reglas recae sobre una autoridad pública, frente a jurisdicciones, como EE.UU., en las que son los tribunales a través de acciones privadas las protagonistas y donde estas asumen una parte importante de la función disuasoria (10). En Europa, por el contrario, parece claro, especialmente tras la aprobación de la Directiva de daños, que existe una clara atribución de responsabilidades: la aplicación pública debe a través, fundamental, pero no exclusivamente, de las sanciones disuadir comportamientos anticompetitivos, mientras que serán las acciones privadas las que logren compensar a los perjudicados. Así de claro lo explica la propia Comisión Europea (11):

«The Directive is aimed at fully compensating those who suffered harm. Unlike in some other jurisdictions, the European approach does not conceive private damages actions as a tool for punishment and deterrence of those who breach antitrust rules. This remains the responsibility of

competition authorities, both at the EU and national levels, which find, investigate and sanction infringements in the public interest (public enforcement).»

Aunque en el fondo, no se trata de compartimentos estancos, ya que tanto las sanciones como otros instrumentos de las autoridades permiten lograr cierta reparación. Así, las primeras contribuyen al objetivo de evitar el enriquecimiento ilícito de los infractores, mientras que la autoridad tiene poder para imponer remedios o medidas cautelares, que tienden a corregir los efectos de las prácticas dañinas. De forma complementaria, no cabe duda que la aplicación privada contribuye igualmente a mejorar los niveles de disuasión.

2. La fórmula de la sanción óptima para lograr la disuasión debe modificar los incentivos de los potenciales infractores de modo que no sea más rentable infringir que cumplir

Siendo las multas el principal instrumento para lograr la disuasión y suponiendo que estas son el único instrumento pecuniario al que se enfrentan los potenciales infractores, estas deben calcularse de modo que la sanción haga que los costes esperados de la infracción superen a los beneficios esperados de la misma. De este modo, la sanción óptima responde a la siguiente fórmula:

El beneficio esperado de la infracción en el momento de decidir su comisión debe ser menor que la multa esperada en dicho momento multiplicada por la

probabilidad de ser detectado y efectivamente sancionado.

No obstante, para el correcto cálculo de la cuantía que disuade eficazmente deberían tenerse en cuenta el conjunto de instrumentos con los que cuenta el sistema de defensa de la competencia y que incluyen desde los efectos adversos de la publicidad de las infracciones, pasando por las compensaciones pagadas por daños y perjuicios y hasta las eventuales sanciones personales.

3. El principio de proporcionalidad impone ciertas limitaciones al diseño de una política de multas óptima

En la fórmula de la multa óptima juega un importante rol la probabilidad de ser detectado y efectivamente sancionado. De modo que si dicha probabilidad es escasamente un 10 por 100, la multa óptima debería multiplicar por lo menos por 10 el beneficio ilícito esperado de la infracción. En teoría, el mismo carácter disuasorio se podría alcanzar con distintas combinaciones de múltiplos sobre el beneficio ilícito y de probabilidad de detección y sanción; de forma que en el extremo sería óptimo una multa muy elevada con una baja probabilidad de detección. Teniendo en cuenta que la aplicación de los instrumentos de detección y sanción tiene un coste y que la probabilidad depende de la eficacia del propio sistema sancionador, la opción extrema de multas elevadas podría estar cargando un coste muy elevado sobre los pocos infractores sancionados. Dicha opción no sería compatible con la necesaria proporcionalidad entre las sanciones y la infracción, que inspira,

o debe inspirar, todo régimen sancionador (12). Es decir, la proporcionalidad desde esta perspectiva, exigiría que la multa individualmente calculada guarde relación con el beneficio ilícito obtenido o con el daño causado.

4. El beneficio ilícito encuentra su aproximación más practicable en un múltiplo de las ventas afectadas por la infracción

El ejercicio del cálculo de la sanción óptima en la práctica debe sacrificar cierto rigor en el cálculo del beneficio ilícito esperado en aras de lograr un método practicable. El beneficio ilícito esperado no es susceptible de un cálculo exacto, ni siquiera por el propio infractor. Por ello, la autoridad debe recurrir a aproximaciones a dicho valor. La aproximación más extendida es usar un múltiplo del sobreprecio o sobrecoste; medida que se beneficia de los numerosos estudios empíricos que han estudiado y cuantificado dicho efecto en los casos más importantes de cárteles sancionados (13). El sobreprecio hace referencia al incremento en los precios logrados por los infractores durante la infracción, generalmente en casos de cárteles. La mayoría de los estudios encuentran un sobreprecio en el rango del 10 al 35 por 100, dependiendo de diversas variables propias de la naturaleza del cártel, como la duración, el carácter internacional, el sector de producción o el área geográfica concernida.

Utilizar, por tanto, un múltiplo de las ventas afectadas conlleva, sin duda, alguna limitación, pero resulta la opción más práctica, compatible además, su-

poniendo una correcta aplicación individualizada, con el principio de proporcionalidad, como lo demuestra su uso en las principales jurisdicciones (14).

5. Casi todas las principales autoridades de competencia a nivel internacional siguen un esquema similar que parte de una aproximación al beneficio ilícito a partir de un múltiplo del volumen de ventas afectado, imponiendo un límite superior que evite efectos indeseados derivados de la multa

Partiendo del múltiplo sobre las ventas afectadas por la infracción, la práctica habitual de la mayor parte de autoridades consiste en aplicar a dicho porcentaje una serie de ajustes que tengan en cuenta las circunstancias individuales de cada infracción. De este modo, el porcentaje suele ser aumentado ante la presencia de factores agravantes, como reincidencia o rol de liderazgo entre los participantes; o se puede reducir ante la presencia de factores mitigantes, como colaboración, cesación de la infracción o participación reducida.

Por último (15), el importe calculado aplicando un multiplicador a las ventas afectadas, modulado por las circunstancias individuales suele toparse con un límite máximo que permita que la multa podrá ser pagada o, de forma inversa, que evite que la incapacidad de pago genere efectos indeseados. Entre dichos efectos se encontrarían los daños causados a empleados de la empresa, a clientes o a pro-

veedores e, incluso, a la competencia, como consecuencia de la desaparición de la empresa sancionada.

En suma, la práctica habitual (16), que se inspira en el cálculo de la sanción óptima practicable y compatible con el principio de proporcionalidad, conlleva un ejercicio de cálculo de «abajo hacia arriba» que parte de un múltiplo sobre las ventas afectadas por la infracción, como mejor aproximación al beneficio ilícito esperado por el infractor, se individualiza a través de diversos ajustes para tener en cuenta las circunstancias particulares; y, finalmente se topa con un límite que evite la incapacidad de pago.

IV. ¿EXISTE UN CONFLICTO ENTRE CAPACIDAD DE DISUASIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD?

En los apartados previos se ha podido constatar que:

1. El Tribunal Supremo reconoce que es difícil conciliar la eficacia disuasoria del sistema de sanciones con el cumplimiento del principio de proporcionalidad.

2. A juzgar por la práctica de la mayoría de jurisdicciones, dicha conciliación sí es posible, siempre que por proporcionalidad entendamos la necesaria equivalencia entre la sanción y el daño causado o beneficio ilícito obtenido individualmente considerado.

Bajo mi punto de vista, parece que el reproche más evidente que realiza el Tribunal Supremo al sistema usado por la autoridad española radica en el cálculo de la sanción a partir de unas variables

(volumen de ventas afectadas) que no estaban predeterminadas y barremadas en el texto normativo, infringiendo el necesario respecto al principio de predeterminación de las sanciones.

Si la no predeterminación fuera el único problema, la discusión sobre la proporcionalidad estaría fuera de contexto. Sin embargo, es cierto que en las discusiones y debate abierto en torno a la práctica sancionadora de la autoridad de competencia, se introduce otra acepción o ángulo del principio de proporcionalidad. Se trata del principio de igualdad de trato entre infractores por infracciones similares.

El Alto Tribunal parece que, de algún modo, es sensible a estas reflexiones ya que al describir el sistema que venía empleando la autoridad señala (FD Quinto):

«La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el «importe básico de la sanción» sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un «coeficiente de ajuste» según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes –que pueden ser, obviamente, varias– se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, «cuando proceda», la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63

de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.» (Énfasis añadido)

Es decir, el Tribunal, reprochando la falta de predeterminación como origen del problema, viene a atribuir un sesgo al alza en el método de fijación de las sanciones, pero no cuantifica ni relaciona cuáles son los casos en los que se ha producido, ni siquiera detalla cómo se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en el caso concreto que concierne al recurso casado.

El problema aparece no tanto porque la fórmula empleada, basada en las ventas afectadas por la infracción, o su aplicación por la autoridad lleven a sanciones no proporcionales al daño causado o beneficio ilícito, sino porque al introducir en el método de cálculo un tope basado en otra escala o métrica, las ventas totales como manifestación de la capacidad de pago, los afectados reclaman, probablemente con razón, un resultado equitativo o proporcional también a esta métrica.

Así, cuando en un mismo caso en el que las empresas han cometido una infracción análoga, alguna de ellas tiene una capacidad de pago sustancialmente diferente, generalmente por tratarse de una empresa multiproducto, una multa proporcional al daño podría entenderse no proporcional a, en realidad no equitativa en relación con, la capacidad de pago (17). El caso más común es aquel en el que la presencia de empresas gran-

des, multiproducto, junto con empresas más pequeñas, mono-producto, en un mismo cártel y habiendo cometido una infracción con la misma intensidad, la multa resultante calculada sobre las ventas afectadas supone un mayor esfuerzo relativo para las empresas pequeñas, que pueden ver cómo se activa el límite del 10 por 100, en comparación con las empresas grandes a quienes el mercado afectado puede suponer una fracción infinitesimal de su actividad.

El único problema de incompatibilidad se podría dar, en su caso, entre las dos acepciones o perspectivas de la proporcionalidad: daño o beneficio ilícito frente a capacidad de pago, si se pretendiesen aplicar simultáneamente ante la presencia de empresas de distinta naturaleza y tamaño y sin los adecuados mecanismos de medida.

No obstante, dada su distinta naturaleza y finalidad perseguida en el esquema de fijación de la sanción óptima, deberían separarse, a mi juicio, la consecución de las dos exigencias al sistema de multas:

1. Por un lado, la multa debería ser proporcional al beneficio ilícito o daño causado, siendo un múltiplo de las ventas afectadas la mejor de las aproximaciones no perfectas.

2. Por otro lado, a la hora de evitar consecuencias indeseadas de las sanciones, estas no deberían superar un esfuerzo máximo equitativo a cada uno de los participantes, siendo la capacidad de pago medida a través de las ventas totales el indicador adecuado para evitarlo.

Como acertadamente explica (Wils, 2006), el principio de

igualdad de trato es una variante o aspecto relativo del test de proporcionalidad bajo la concepción utilitaria y retributiva del cálculo óptimo de sanciones, donde el juicio acerca de la fortaleza del sistema dependerá de si el mismo es percibido como justo y equitativo.

En este sentido, el problema radicaría en encontrar un indicador de la capacidad máxima tolerable de pago que fuera percibido como justo y que permitiese individualizar circunstancias como el carácter mono o multiproducto de los infractores. Debe tenerse en cuenta que en muchos tributos los tipos impositivos se aplican progresiva y no proporcionalmente a la capacidad de pago de los sujetos pasivos. El debate debería plantearse, en su caso, en determinar si el 10 por 100 de las ventas totales como límite máximo para evitar problemas derivados de la incapacidad de pago, es un mecanismo adecuado para todo tipo de situaciones. El sistema comunitario, de hecho, prevé que para el caso de empresas grandes las multas puedan ser elevadas para garantizar el carácter disuasorio de las mismas (Considerando 30 de la Comunicación de multas de la Comisión Europea (18)). No cuestiona, por tanto, la idoneidad del 10 por 100 de las ventas totales como esfuerzo máximo tolerable para las empresas pequeñas, pero sí asume que en casos de empresas multiproducto dicho límite quede por lo general muy lejos y que la multa calculada no le suponga un esfuerzo suficientemente disuasorio.

No cabría, por tanto, desde mi punto de vista, decretar la incompatibilidad general entre la eficacia disuasoria de un sistema de sanciones y el principio de pro-

porcionalidad. La problemática de esta manera podría resumirse en los siguientes puntos:

1. El ordenamiento jurídico interno exige la predeterminación normativa de las sanciones.

2. Por tanto, la escala prevista en la LDC, interpretada por la autoridad como tope y en ausencia de otra escala, debe ser el punto de partida o baremo para establecer el cálculo de la sanción.

3. Es, por tanto, el diseño particular de la LDC (19), por su necesario sometimiento al principio de predeterminación de las sanciones, el que termina imponiendo que las multas deban ser calculadas sobre una escala que refleja la capacidad de pago y, por tanto, sean proporcionales a esta.

4. Nada impediría que la LDC, respetando los principios constitucionales de predeterminación de las sanciones, incluyendo un intervalo con la multa máxima, recogiese un sistema de cálculo análogo al previsto en la normativa comunitaria (Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de la Sentencia del TS).

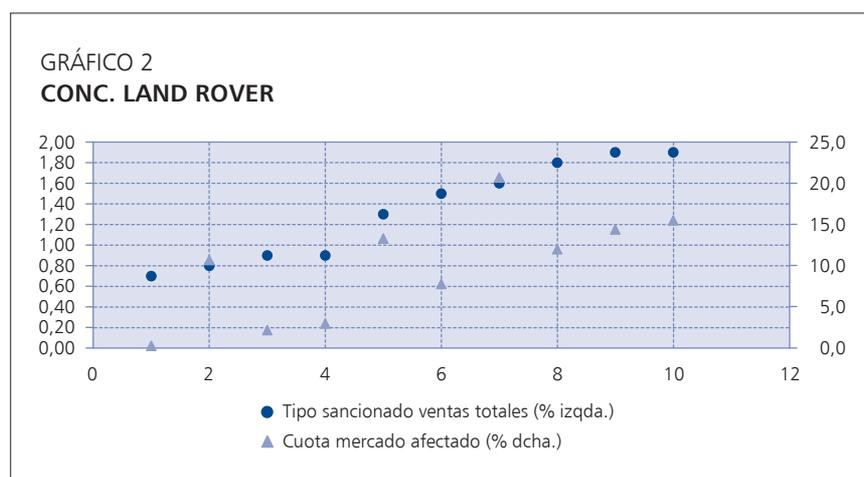
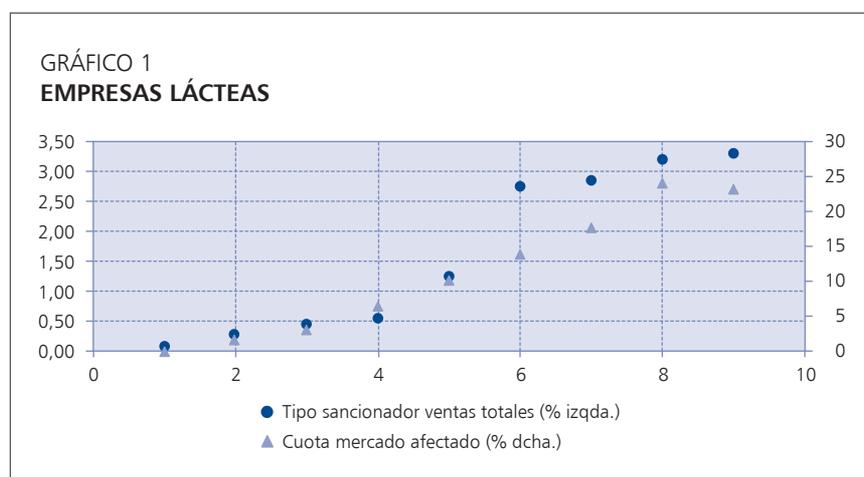
V. LOS INTENTOS DE LA CNMC DE CONCILIAR SU POLÍTICA DE SANCIONES CON LOS NUEVOS CRITERIOS

La CNMC ha tenido que hacer valer su ingenio para poder aplicar al cálculo de las sanciones las nuevas indicaciones recibidas del Alto Tribunal que pasan por concebirlo como un ejercicio de «arriba hacia abajo». En teoría, dicho ejercicio conllevaría comenzar determinando un importe básico común a todas

las empresas participantes igual a una proporción de sus ventas totales, ya que esa es la variable predeterminada en la LDC como arco sancionador y donde dicha proporción dependería de la gravedad o densidad antijurídica de la infracción. A continuación, debería llegar a una individualización de la sanción que tuviera en cuenta las circunstancias de carácter individual, recogidas en el artículo 64 LDC, como la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado, la duración, los efectos en el mercado, el beneficio ilícito o las circunstancias agravantes o atenuantes.

Sin embargo, un análisis de la reacción de la CNMC, probablemente todavía demasiado temprano, permite comprobar que el proceso de cálculo no puede ser necesariamente de «arriba hacia abajo» si se pretende que la multa no pierda su esencia disuasoria y su carácter proporcional frente al beneficio ilícito. La CNMC si bien termina en el resultado final con un importe de la multa como una proporción o tipo impositivo sobre las ventas totales, cumpliendo, por tanto, con la exigencia impuesta de usar el artículo 63 como arco sancionador, lo cierto es que llega a dicha proporción en un ejercicio de «abajo hacia arriba» en el que primero calcula cuál debería ser la proporción del beneficio ilícito obtenido en el que debiera moverse la sanción para cumplir con su carácter disuasorio, aproximado a través de un múltiplo del volumen de ventas afectado, para luego determinar cuál es el tipo sobre el volumen total de ventas resultante.

En concreto, la CNMC parte de un nuevo concepto denominado cuota de participación en la infracción que no es más que el volumen de ventas afectado



de cada participante, que tiene implícitamente en cuenta la duración, dividido entre el total de ventas afectadas de todos los participantes. De esta manera, la cuota de participación permite ordenar a cada participante en proporción al daño total infligido al mercado. A continuación, establece cuál es el rango o múltiplo de las ventas afectadas en el que, atendiendo a la gravedad o densidad antijurídica de la infracción, debería situarse la sanción para que esta cumpla su función disuasoria. Por último, traduce dicho rango sobre las ventas afectadas en un porcentaje o tipo impositivo sobre el volumen de ventas. Es decir, en el fondo, mantiene un cálculo de «abajo hacia arriba».

Los siguientes gráficos recogen alguno de los parámetros de las sanciones en los expedientes de concesionarios de automóviles (20) y de las industrias lácteas (21), que constituyen la primera serie de casos en los que se ha venido aplicando la nueva metodología de forma consistente.

Se puede comprobar cómo el resultado frente a la escala o arco sancionado a aplicar, en términos de multa sobre las ventas totales de cada uno de los participantes (medido en el eje de la izquierda de los gráficos) está relacionado con la cuota de participación en la infracción (eje de la derecha). Al ordenar a los participantes en función del tipo impositivo recibido, se comprue-

GRÁFICO 3
CONC. OPEL

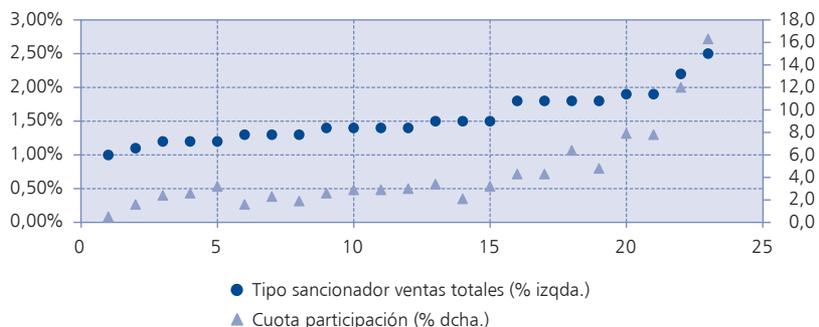
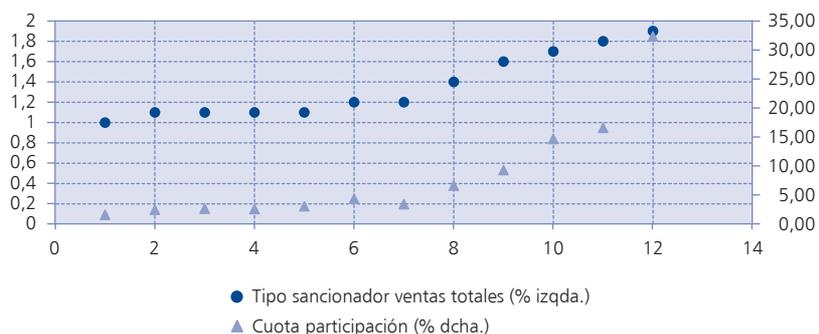


GRÁFICO 4
CONC. HYUNDAI



ba cómo éste es creciente con la cuota o nivel de participación en la infracción.

La nueva práctica de la CNMC, aun cuando no conlleva un ejercicio de «arriba hacia abajo», tendría la virtualidad de lograr una sanción dentro del arco sancionador impuesto por el TS, que además es proporcional al beneficio ilícito o al daño infligido por cada participante. Además, si se admitiese como norma general que las empresas grandes tienen mayor cuota de participación en la infracción, entonces la nueva metodología daría tipos impositivos sobre las ventas totales crecientes con el tamaño de la empresa. Por tanto, sería capaz de compatibilizar ambas perspectivas de la

proporcionalidad. Sin embargo, presenta, a mi juicio, varios problemas:

1. El más evidente es que hace muy complicado explicitar una metodología que contribuyese a dotar al instrumento de las sanciones de la necesaria transparencia y predictibilidad. Cualquier comunicación que explique el modelo evidenciaría, probablemente, que el punto de partida no es un arco sancionador de las ventas totales, sino un múltiplo o arco sobre las ventas afectadas.

2. No es inmune a la problemática que se dará en aquellos casos con empresas de muy distinta naturaleza o capacidad de

pago cometiendo una infracción similar. En dichos casos la aplicación de una multa disuasoria conlleva necesariamente usar una proporción similar sobre las ventas afectadas que puede traducirse en tipos impositivos sobre las ventas totales marcadamente alejados. De hecho, un escaso 1 por 100 de diferencia sobre las ventas totales puede ser muy notable y podría ser interpretado como un trato no equitativo.

3. En comparación a la situación anterior, se podría argumentar que el sistema podría generar potencialmente un sesgo a la baja de las sanciones. Aunque el arco sancionador sobre las ventas totales no actúa como verdadero punto de inicio, la verdad es que puede condicionar indirectamente el resultado final. Por ejemplo, en un cartel con varias empresas parecidas multiproducto, pero una o pocas más empresas pequeñas mono-producto, y todas con volúmenes de ventas afectadas por la infracción similares, la fijación de una multa proporcional al daño exigiría tipos impositivos sobre las ventas totales muy alejados entre sí, y probablemente próximos al 10 por 100 para las empresas más pequeñas. Si la autoridad se autoimpone como condición, aunque sea de forma subjetiva que las diferencias en los tipos del arco sancionador de las ventas totales no sean muy elevadas, le llevaría a emplear porcentajes sobre las ventas afectadas más pequeños y la sanción final para las empresas más pequeñas, pero también para las más grandes, se podría quedar lejos del valor óptimo desde la perspectiva disuasoria. Evidentemente, esto es una simple conjetura que podría, no obstante, contrastarse una vez se disponga de mayor experiencia sobre el nuevo método.

VI. ALTERNATIVAS PARA DISPONER DE UN SISTEMA DE SANCIONES EFICAZ

Como ya se ha comentado en el apartado primero, caben dos alternativas: emitir una nueva comunicación de sanciones, una vez se haya dado con un método compatible con las exigencias del ordenamiento jurídico y que sea eficaz en su propósito disuasorio, o bien modificar la LDC para dotar al sistema de cálculo de sanciones con las referencias adecuadas. Por todos los argumentos expuestos, la opción más razonable pasa por modificar la LDC a partir de las siguientes líneas que vendrían a avalar legalmente el sistema de «abajo hacia arriba» utilizado anteriormente y en línea con la práctica de la UE, con los ajustes que fueran necesarios:

1. Explicitar una escala para obtener el importe básico de la sanción a partir de las ventas afectadas por la infracción. Esta escala podría tener varios tramos en función de las tres diferentes categorías de infracciones ya previstas en el artículo 62: leves, graves y muy graves. Como hemos visto, el análisis teórico y comparado avalan partir de determinados múltiplos de las ventas afectadas para lograr una sanción disuasoria, proporcional al beneficio ilícito o el daño generado.

2. Introducir en la ley los criterios que darían rangos de ajuste al importe básico en función de las circunstancias individuales y de factores agravantes y atenuantes.

3. Terminar con un tope único para los tres tipos de infracciones sobre la capacidad pago, siendo el volumen de ventas to-

tales lo más razonable, en el que quede claro que se trata de un único límite con la finalidad de que el sistema genere efectos no deseables. En su caso, si se considerase que resulta inequitativo que el mismo límite se aplique a todo tipo de empresas, grandes o pequeñas, se podrían fijar dos o más topes o una fórmula progresiva, relacionados con la capacidad de pago, pero no en función de la gravedad de la sanción. Es decir, sería como una consideración al hecho de que una sanción disuasoria y proporcional al beneficio ilícito pueda generar consecuencias diferentes en función del tamaño de las empresas (22).

La propuesta supondría consagrar en el texto de la ley parte de la metodología que venía aplicándose hasta antes de la sentencia, haciendo los ajustes necesarios, devolviendo, de esta forma, la práctica de la autoridad española a la corriente imperante en el resto de jurisdicciones internacionales más relevantes y mejorando la transparencia y predictibilidad del sistema.

NOTAS

(*) La opinión expresada en este artículo es a título individual y no representa necesariamente la postura de KPMG. Cualquier fallo es responsabilidad exclusiva del autor.

(1) Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

(2) Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2015. Recurso 2872/2013. Sala de lo Contencioso, Sección 3ª.

(4) Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos

1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. (BOE de 11 de febrero de 2009).

(5) La sentencia viene a casar y, por tanto, cerrar un debate que se había abierto tras diversas sentencias de la Audiencia Nacional que realizaban una interpretación alternativa a los principios sancionadores de la LDC que venía aplicando la autoridad. (SOPEÑA y OTERO, 2013) (LILLO, 2014), (CACHAFEIRO, 2013-2014) y (GARCÍA-VERDUGO, 2015) analizan las implicaciones económicas y jurídicas de dicha de interpretación.

(6) Los trabajos originales se deben a (LANDES, 1986), que desarrolla el marco conceptual definido por BECKER, G. (1968). Para trabajos más recientes, ver (WILS, 2006) o el análisis de (CONNOR y LANDE, 2012).

(7) (CONNOR, 2007) con datos sobre las sanciones públicas y privadas de más de 250 cárteles internacionales entre 1990 y 2005 concluye que solo las multas impuestas en un 10 por 100 de los casos estarían dentro del rango óptimo disuasorio. (SMUDA, 2014) llega a la conclusión de que las multas no cumplen su función disuasoria para el caso de la UE, utilizando una submuestra de 191 casos europeos y varios supuestos acerca de la probabilidad de detección. (COMBE y MONNIER, 2011) realizan un ejercicio similar para 64 cárteles en la UE en el periodo 1975-2009, llegando a la conclusión de que las multas impuestas por la Comisión UE no son disuasorias bajo diversos supuestos de probabilidad de detección.

(8) El debate sobre los objetivos perseguidos afecta a cómo definir la sanción óptima. Así, se podrían identificar dos corrientes. Una primera, implícita en los trabajos pioneros de (LANDES, 1986) y a la escuela de Chicago, que bajo el objetivo de maximizar el bienestar total abogaría porque las sanciones llevaran a los potenciales infractores a internalizar el coste neto causado a la sociedad, de modo que no cometiesen aquellas infracciones con un coste neto total negativo. La segunda corriente parte de un objetivo maximizador del bienestar de los consumidores y tiene en cuenta las transferencias de renta infligidas a las víctimas de las infracciones, especialmente a los consumidores, de modo que aboga por una sanción disuasoria calculada a partir del daño causado; siendo ésta última la filosofía imperante en la mayoría de jurisdicciones.

(9) Sobre el amplio consenso, ver International Competition Network (ICN, 2008).

(10) Para una descripción y reflexión acerca del modelo privado ver el capítulo 3: «*The promises and hazards of private antitrust enforcement*» en (HOVENKAMP, 2005).

(11) Memorandum de la Comisión Europea de 17 de abril de 2014 que acompaña la publicación de la Directiva de Daños. *Antitrust: Commission proposal for Directive to facilitate damages claims by victims of antitrust violations*. – F.A.Q.

<p>(12) Tal y como reza el artículo 49.3 de la Carta Europea de los Derechos Humanos: «La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.» Nuestra legislación en materia de potestad sancionadora administrativa recoge también este principio en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.</p> <p>(13) Entre otros, cabe destacar (CONNOR, 2010), que realiza una actualización de sus trabajos previos (CONNOR, 2007) (CONNOR y BOLOTVA, 2006) y encuentra que el sobreprecio mediano para todo tipo de cártel incluido en la muestra es del 23 por 100, mayor para los internacionales (30 por 100) y menor para los domésticos (17 por 100). Un estudio específico para los cárteles en la UE se puede ver en (SMUDA, 2014), que parte de los mismos datos que CONNOR y que es citado por la propia CNMC en sus últimas resoluciones a la hora de justificar sus cálculos. Los valores son encontrados por este estudio son de unos sobrecostos medio y mediano del 20,7 por 100 y 18,37 por 100, respectivamente.</p> <p>(14) Algunos autores, como (HEIMLER & MEHTA, 2012), consideran que la teoría económica y las herramientas disponibles permitirían pasar a utilizar otras magnitudes en apoyo al volumen de ventas afectadas, como las cuotas de mercado, la elasticidad de la demanda y el tipo de infracción para una mejor aproximación a la sanción óptima.</p> <p>(15) No se ha tenido en cuenta el papel que juegan las políticas de clemencia.</p> <p>(16) El informe de la ICN citado en la nota 9 evidencia que se trata precisamente de la metodología más habitual. También es el método propuesto en el seno del Foro Autoridades Europeas de Competencia (ECA) en el documento presentado en su reunión de 2008: <i>Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law, Principles for Convergence</i>.</p> <p>(17) Este no es un debate o problema exclusivo de la práctica de la autoridad española. En el contexto de la UE han sido varias las voces que vienen a reclamar una consideración hacia las empresas de menor tamaño y pymes. A este respecto, se puede ver la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012 en la que este aboga por una modificación de las Directrices para el cálculo de las sanciones de la Comisión Europea para la consideración de las empresas mono-producto y las pymes (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2012).</p> <p>(18) Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003. DOCE de 1 de septiembre de 2006 (2006/C 210/02).</p> <p>(19) Son varios los autores que han puesto de manifiesto la falta de conexión entre los dos preceptos controvertidos de la LDC (artículos 63 y 64) con la mecánica que la CNC ha pretendido seguir expresada en la</p>	<p>Comunicación de multas de la CNC. Ver, por ejemplo (CACHAFEIRO, 2013-2014) (VIDE, 2008) y (CUERDO y BRIONES, 2013).</p> <p>(20) Resoluciones de 5 de marzo de 2015 (S/0487/13 Concesionarios Land Rover); (S/0489/13 Concesionarios Opel) (S/488/13 Concesionarios Hyundai). Se han excluido de los gráficos los participantes que no eran concesionarios.</p> <p>(21) Resolución de 26 de febrero de 2015 (S/0425/12) Industrias Lácteas 2.</p> <p>(22) Como explica (WILS, 2006) cabrían en teoría dos opciones: reducir la multa calculada a las empresas más pequeñas, o bien, partir de multas más reducidas y aumentar las mismas a las empresas más grandes. Para el autor el hecho de que el Reglamento 1/2003 use el porcentaje del 10% y el hecho de que la Comunicación de Sanciones de la UE (del año 1998 cuando el autor escribió el artículo, pero igualmente reflejados en el considerando 30 de la del 2006) contemplara una eventual penalización a modo de multiplicador para las empresas más grandes, supone que, en la práctica, el sistema comunitario había elegido la segunda de las opciones. Es cierto, que la propia comunicación del 2006 prevé en su considerando 35 que en circunstancias excepcionales la multa pueda ser rebajada atendiendo a la incapacidad extraordinaria de pago por una empresa. En mi opinión, para que el sistema a introducir en la LDC fuera compatible con los principios constitucionales, la eventual fórmula progresiva en el tope a la multa debería estar contemplada en el mismo texto legal.</p> <p>BIBLIOGRAFÍA</p> <p>BECKER, G. (1968), «Crime and Punishment. An Economic Approach». <i>Journal of Political Economy</i> 76.</p> <p>CACHAFEIRO, F. (2013-2014), «El volumen de negocio como criterio para graduar las sanciones en el derecho de la competencia», <i>Actas de Derecho Industrial</i>: 153-175.</p> <p>COMBE, E., y MONNIER, C. (2011), «Fines against hard core cartels in europe: The myth of overenforcement», <i>Antitrust Bulletin</i> 235.</p> <p>CONNOR, J. (2007), «Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels», <i>Contributions to Economic Analysis</i> 282: 177-215.</p> <p>— (2007), «Price-fixing overcharges: Legal and economic evidence», <i>Research in law and economics</i> 22: 59-153.</p> <p>— (2010), <i>Price Fixing Overcharges: Revised 2nd Edition</i>. Disponible en SSRN.</p> <p>CONNOR, J., y LANDE, R. (2012), «Cartels as rational business strategy: Crime pays», <i>Cardozo Law Review</i>.</p>	<p>CONNOR, J., y BOLOTVA, Y. (2006), «Cartel Overcharges: Survey and meta-analysis», <i>International Journal of Industrial Organization</i> 24: 1109 - 1137.</p> <p>CUERDO, M., y BRIONES, J. (2013), «Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia», En <i>Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en el derecho de la competencia</i>, de Javier Guillén, 330, Civitas.</p> <p>GARCÍA-VERDUGO, J. (2015), «Una Evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas», <i>Documento de Trabajo. Serie de Política de la Competencia</i>. CEU-IUEE 48.</p> <p>HEIMLER, A., y MEHTA, K. (2012), «Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence», <i>World Competition</i> 35: 103-119.</p> <p>HOVENKAMP, H. (2005), <i>The Antitrust Enterprise. Principle and Execution</i>. Harvard UP.</p> <p>INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK ICN (2008), «Setting Fines for Cartels in ICN Jurisdictions», presented to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto.</p> <p>LANDES, W. (1986), «Optimal Sanctions for Antitrust Violations», <i>University Chicago Law Review</i> 50.</p> <p>LILLO, C. (2014), «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», <i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i> 15.</p> <p>MARCOS, F. (2015), «Blowing hot and cold: The last word of the Supreme Court on setting fines for competition infringements in Spain». <i>Working Paper IE Law School</i>.</p> <p>MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2012), «El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Competencia», <i>Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia</i> 27.</p> <p>SMUDA, F. (2014), «Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law», <i>Journal of Competition Law and Economics</i> 10, 1: 63-86.</p> <p>SOPEÑA, V., y OTERO, H. (2013), «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la LDC: ¿hacia el fin de una política eficaz?», <i>Anuario de la Competencia</i>, 133-172. Madrid: Fundación ICO.</p> <p>VIDE, A. (2008), «Artículo 63. Sanciones», En <i>Derecho Español de la Competencia</i>, de Miguel Ordiozola, 1903, Bosch.</p> <p>WILS, W. P.J. (2006), «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice», <i>World Competition</i> 29 (2): 183.</p>
--	--	--

COLABORACIONES

IV.
**REFLEXIONES SOBRE REGULACIÓN Y POLÍTICA
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

Resumen

El presente trabajo realiza un análisis forense de los cárteles sancionados por las distintas autoridades españolas de la competencia durante los últimos 25 años. Los resultados muestran cómo se ha producido un cambio sustancial tanto en el número como en las características de cárteles detectados por la autoridad de competencia en España desde la aprobación de la última Ley de Defensa de la Competencia de 2007. En los últimos ocho años (2007-2015) se han descubierto no solo más cárteles, sino también cárteles más estables y persistentes. Esto ha sido posible gracias a la entrada en vigor del programa de clemencia y de otros efectivos instrumentos de inspección, análisis, vigilancia y sanción. En los próximos años, la autoridad de competencia se enfrenta al reto de mantener el impulso de la política anticárteles tras las recientes sentencias judiciales que modifican algunos de los instrumentos a disposición de la autoridad de la competencia en la persecución efectiva de los cárteles.

Palabras clave: política de competencia, cárteles, programa de clemencia, España.

Abstract

This paper details the forensic analysis of the cartels fined in Spain by the different competition authorities during the last 25 years, and it shows that not only the number but also the characteristics of the detected cartels have changed substantially since the passing of the 2007 Spanish competition law. In the last 8 years, not only more cartels have been discovered, but more stable and persistent cartels have been detected and fined. This has happened thanks to the entering into force of a leniency program and other effective mechanisms of dawn ride in-site inspections, cartel analysis, surveillance and sanctioning. In the next future, the Spanish competition authority faces the challenge of sustaining the drive of the anti-cartel policy when recent Spanish Courts' rulings change some of the enforcement tools of the competition authority for prosecuting effectively cartels.

Key words: competition policy, cartels, leniency program, Spain.

JEL classification: D70, K20, L40, O40.

ANÁLISIS FORENSE DE LOS CÁRTELES DESCUBIERTOS EN ESPAÑA

Joan-Ramon BORRELL (*)

Universitat de Barcelona

Juan Luis JIMÉNEZ (**)

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO (***)

Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

La mayoría de jurisdicciones del mundo coinciden en identificar los cárteles con las más graves de las infracciones de las normas de competencia. Los perjudiciales efectos que estas conductas tienen sobre el bienestar de los consumidores, y la sociedad en su conjunto, hacen que su prevención, detección y sanción se conviertan en objetivos prioritarios en la aplicación de la política de competencia. Así, Borrell y Jiménez (2008) muestran que la efectividad de la política de competencia descansa en cuatro pilares de entre los que destaca una política activa y efectiva de lucha contra los cárteles. Más concretamente, tanto Borrell y Jiménez (2008) como Borrell, Jiménez y García (2014) y Borrell, Jiménez y Ordóñez (2015a) señalan que la efectividad en la lucha contra los cárteles pasa por la aplicación de un programa de clemencia que permita reducir las sanciones a las empresas que colaboren en descubrir y aportar información sobre el funcionamiento de los cárteles en los que estén participando o hayan participado en el pasado.

Otro de los pilares de la construcción de una política efectiva de competencia identificado por Borrell y Jiménez (2008), es que la autoridad de competencia sea

independiente tanto de intereses privados, como de los órganos políticos de gobierno del poder ejecutivo y del poder legislativo, que no dependa jerárquicamente de ningún otro organismo de la administración pública, y que tenga autonomía orgánica, presupuestaria y funcional.

Por ello, es importante analizar en qué medida, los cambios relativos a la política anticárteles y a la independencia de las autoridades de competencia en España, que se han producido en los últimos 25 años desde la aprobación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y las posteriores reformas normativas e institucionales, han mejorado los resultados de la lucha contra los cárteles en España.

Por otra parte, la literatura que analiza las características de los cárteles ha vivido una expansión en paralelo al creciente éxito de las autoridades de la competencia en detectar y sancionar los propios cárteles, que a su vez coincide como la difusión internacional de los programas de clemencia tal y como se detalla en Borrell, Jiménez y García (2014).

Con la publicación del libro de John Connor (2001, actualizado en la reedición de 2006), y todos sus trabajos relacionados con la

base de datos de cárteles internacionales privados (Private International Cartels - PIC data set), y con la creciente disposición en línea de las resoluciones de las autoridades de la competencia, ha aumentado el interés y el acceso a la información sobre las características de los cárteles descubiertos (1).

Los datos de Connor (2013) muestran una capacidad creciente de descubrimiento de cárteles en el mundo durante los últimos años, con una media de unos 17 cárteles privados internacionales al año. En relación al PIB, la cartelización en Europa triplica el número de cárteles por unidad de PIB de América del Norte. Ahora bien, los cárteles europeos son mucho más pequeños que los de otras regiones.

Hasta donde conocemos, el presente trabajo es el primero que codifica y analiza en detalle la información que se puede extraer de todas las resoluciones de las diferentes autoridades de la competencia en casos de cárteles en España, desde la aprobación de la Ley 16/1989 hasta la actualidad.

De esta forma, el objetivo ha sido doble: en primer lugar, detallar las características de los cárteles sancionados en España por las tres instituciones que han desempeñado el papel de autoridad de competencia del conjunto del territorio nacional en el período de 25 años considerado (2); y en segundo término, comparar las características de estos cárteles antes y después de la reforma de 2007, y la entrada en vigor del programa de clemencia en 2008.

Los resultados obtenidos muestran que desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se han descubierto no solo más cárteles, sino también cárte-

les más estables y persistentes. El éxito alcanzado puede explicarse por las reformas institucionales y los cambios normativos emprendidos en España en materia de política de competencia. En particular, la vigencia del programa de clemencia en 2008, así como otros efectivos instrumentos de inspección, análisis, vigilancia y sanción, han supuesto un claro impulso en la lucha contra los cárteles.

Tras esta introducción, la sección segunda resume el marco normativo e institucional que estuvo vigente en el período en que fueron descubiertos y sancionados los cárteles, es decir, las normas que les han sido de aplicación, las autoridades que las aplicaron y los criterios utilizados para el cálculo de las sanciones que se impusieron a los participantes en dichos cárteles.

La tercera sección realiza un análisis descriptivo general de los cárteles sancionados y de las características generales de los mismos para, en la cuarta sección, realizar un análisis más detallado basado en la distinción de las tres etapas de aplicación de la política de competencia por tres autoridades administrativas de instrucción y resolución de procedimientos sancionadores: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 1989 a 2007; la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 2007 a 2013; y, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 2013 a 2015.

II. EL MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA

La lucha contra los cárteles en España está asociada con la

evolución de su normativa en materia de competencia y las instituciones encargadas de su aplicación. La política de competencia llegó a España de forma temprana hace ya más de cincuenta años con la promulgación de la Ley 110/1963, de 20 de julio. Sin embargo, tal y como se detalla en Borrell (1998), la promulgación de la Ley 110/1963 correspondió más a un intento por mantener un control público de las empresas que pudieran crecer a partir de la estabilización y liberalización de 1959, que no a una verdadera apuesta por la lucha contra los cárteles y las prácticas monopolizadoras del momento.

Por ello, no es hasta la promulgación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, cuando se inicia la aplicación de una política de competencia al estilo europeo. De hecho, la Ley 16/1989 transpone la legislación comunitaria en materia de competencia, y alinea la aplicación de la política de competencia en España a la que aplica la Comisión Europea (3).

En este sentido, debe destacarse el importante proceso de reformas internas experimentado en España durante ese periodo, y la nueva percepción que tuvieron los sucesivos gobiernos acerca de la utilidad de la política de competencia como instrumento para hacer frente a los retos y problemas económicos surgidos con dichas reformas. Y en particular, en una etapa inicial, se confió en la política de competencia como instrumento para la lucha contra la inflación dual en los servicios que no estaban expuestos a la creciente competencia comunitaria, como lo estuvo rápidamente la industria.

Así, los compromisos internacionales asumidos por España en

materia de competencia, en realidad, sirvieron para reforzar los esfuerzos de los gobiernos españoles para implementar aquellas reformas que dieran respuesta a los problemas detectados a nivel interno (Borrell, 1998).

La nueva Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 mantuvo el principal conjunto de instituciones que habían sido creadas con la Ley 110/1963: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) (4), que estaba integrado en el Ministerio de Economía, como organismo encargado de la instrucción de los expedientes por las conductas prohibidas o sometidas a autorización en la Ley 16/1989; y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), como órgano al que competían las funciones asignadas en esta ley, entre las que se encontraban resolver los expedientes, imponiendo, si fuera el caso, las sanciones pertinentes.

A diferencia del anterior contexto normativo, la Ley de 16/1989 se caracteriza por dotar de mayor independencia al TDC, al concebirlo como un órgano administrativo con autonomía orgánica y funcional (5).

En el periodo de vigencia y aplicación de la Ley 16/1989, el TDC no ofrece una definición clara del concepto de cártel. Aunque en algunas de sus resoluciones se haga alusión a dicho término para catalogar determinadas conductas, no proporciona los criterios necesarios para poder extrapolar esa caracterización a otros comportamientos anticompetitivos que fueron objeto de otros expedientes sancionadores.

En cualquier caso, las conductas infractoras que serían susceptibles de recibir la catalogación

de cártel estaban tipificadas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 que «prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional» (6).

En lo que respecta a la cuantía de las sanciones, el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 establecía que el Tribunal podía imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infringieran lo dispuesto, entre otros, en el artículo 1 de esta ley, multas de hasta 150 millones de pesetas (901.518,16 €), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

Además, se determina en el mismo artículo que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrían en cuenta una serie de factores, tales como la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia, así como la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

No obstante lo anterior, la ausencia de una guía o directrices sobre cómo proceder para determinar la cuantía concreta

de la sanción correspondiente en cada caso, supuso que la actuación del TDC no aportara toda la transparencia, no solo deseable, sino necesaria en este importante apartado de las resoluciones de los procedimientos sancionadores (véase, a este respecto, Marcos, 2007).

Cabe destacar también en esta revisión del marco institucional y normativo, las implicaciones que tiene la entrada en vigor, el 1 de mayo de 2004, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE).

La vigencia de este reglamento implica que los tribunales y autoridades de la competencia de los Estados miembros estén plenamente facultados para aplicar los artículos 81 y 82 del TCE (artículos 101 y 102 del TFUE).

A este respecto, en el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, se atribuyen las competencias y obligaciones derivadas de la normativa comunitaria a los órganos de defensa de la competencia estatales. Concretamente, el artículo 1.1 determinaba que el TDC (hoy CNMC) sería la autoridad nacional competente para resolver, incluyendo en su caso la imposición de la correspondiente sanción, los expedientes en aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE (101 y 102 TFUE) y de su derecho derivado.

Transcurridos los 10 primeros años de aplicación de la política

de defensa de competencia en el marco de la Ley 16/1989, se evidenció la necesidad de acometer nuevas reformas normativas que permitieran incorporar aquellos elementos que habían demostrado su validez y utilidad para mejorar la calidad de la política de competencia en otras jurisdicciones europeas. Entre esas reformas, que se consideraban indispensables, estaba el fortalecimiento de la independencia de la autoridad encargada de aplicar las normas de competencia (Fernández Ordóñez, 2004).

En este contexto de demanda de cambios profundos en la política de competencia, tiene lugar la presentación por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, en el año 2005, del *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*. Este documento abre el proceso de revisión del marco normativo existente, que conducirá al inicio de la siguiente etapa clave en el proceso de modernización de la política de competencia española: la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). Esta ley introduce una serie de importantes reformas, muchas de ellas de gran trascendencia para el tratamiento que, a partir de entonces, recibirán los cárteles.

Desde el punto de vista institucional, la LDC supone la desaparición del TDC y el SDC, cuyas funciones son asumidas por una única autoridad de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). La Comisión se articula en torno a dos órganos dependientes de la misma pero separados: la Dirección de Investigación (en adelante DI), que tiene encomendadas las funciones de instrucción, investigación, estudio y preparación de

informes de la CNC, y el Consejo de la CNC al que corresponde la resolución de los expedientes.

La integración de las funciones de investigación en esta nueva autoridad de la competencia constituye, en comparación con la relación previamente existente de subordinación del SDC al Ministerio de Economía, un gran avance en la independencia en su funcionamiento, así como la posibilidad de acortar el plazo máximo de resolución de los procedimientos sancionadores que pasa de los dos años, a los 18 meses con esta nueva ley. Además, esta ley amplía, bajo determinados supuestos, las facultades de inspección de la CNC. Unas facultades de inspección domiciliaria que han sido utilizadas de forma profusa y efectiva desde entonces.

En definitiva, se trataba de una reforma cuyo objetivo principal fue garantizar la independencia y dotar de los instrumentos y recursos necesarios al nuevo organismo de defensa de la competencia, así como lograr que los procedimientos fuesen más flexibles, eficientes y efectivos mediante la introducción de una serie de novedades en la norma (Mora-Sanguinetti y Hernández de Cos, 2011).

Por lo que se refiere a la lucha contra los cárteles, la nueva ley establece por vez primera una definición de cártel en su disposición adicional cuarta:

«A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción

de las importaciones o las exportaciones.»

Si nos atenemos al tenor literal del texto de esta definición, se podría llegar a admitir que las infracciones que no consistieran en las prácticas enumeradas en el mismo, o que no resultaran de acuerdos secretos, no merecerían la calificación legal de cártel.

Esta noción legal tan restringida ha motivado que las autoridades de defensa de la competencia hayan optado por la consideración de una concepción más amplia de cártel en sus resoluciones, aunque a veces sus decisiones no permitan entender por qué conductas aparentemente equivalentes son tratadas en ciertos expedientes como cárteles, y en otros no.

A este hecho, se une el que las sentencias dictadas por los órganos judiciales competentes, en los recursos presentados contra las resoluciones del Consejo de la CNC, no siempre coincidan con la interpretación de cártel dada por la autoridad nacional de la competencia. Esta controversia y falta de coherencia en la concepción de cártel ha sido, asimismo, objeto de discusión en el campo de investigación dedicado al estudio de la aplicación de la política antitrust (7).

En cuanto a la tipificación de la conducta de cártel, existe coincidencia idéntica en el texto del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del mismo artículo de la Ley 15/2007. Esto hace que, para aquellos cárteles que hubiesen desarrollado su actividad ilícita durante el plazo de vigencia de ambas leyes, haya resultado irrelevante la aplicación de una u otra ley para su tipificación, y así se manifestó el Consejo de la CNC en un gran número de sus resoluciones (8).

Otra de las novedades más importantes de la nueva Ley 15/2007 es la introducción de una gradación de las infracciones de la competencia, clasificándolas en leves, graves y muy graves. En particular, el artículo 62.4 apartado a) califica como infracciones muy graves el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan en cárteles.

Esa misma gradación en la clasificación de las infracciones tiene su correspondencia en la cuantía de las multas máximas a imponer por la autoridad según fuera su tipificación. Y, así, el artículo 63 determina que, en el caso de infracciones muy graves, los órganos competentes podrían imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infringiesen lo dispuesto en la LDC, multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Con el objeto de establecer el nivel de la sanción adecuado, dentro del arco de variación establecido por el umbral máximo mencionado del 10 por ciento del volumen total de negocios para las infracciones muy graves, el artículo 64 de la LDC enumera los siguientes criterios: dimensión y características del mercado; cuota del mercado de la empresa correspondiente; efectos, duración de la infracción; beneficio ilícito obtenido, en su caso; así como circunstancias agravantes y atenuantes que concurran.

Con todo, aunque esta nueva gradación de las infracciones debería interpretarse como un esfuerzo por dotar de ma-

yor transparencia y, por ende, mayor seguridad jurídica a los agentes económicos, al reducir la incertidumbre sobre las consecuencias de infringir la LDC, no se consigue evitar del todo el margen de discrecionalidad, sin dejar de cumplir los límites y criterios contemplados en la ley, del Consejo de la CNC para fijar las sanciones.

Esta discrecionalidad resulta mucho más evidente si se compara con las directrices de 1998 y 2006 seguidas por la Comisión Europea para calcular las multas de las infracciones de la competencia (Figueroa, 2009) (9).

Consciente de la necesidad de mejorar la transparencia y la objetividad del método de cálculo de las sanciones en los procedimientos sancionadores, y en virtud de la facultad que la LDC le otorgaba para publicar comunicaciones con el fin de aclarar los principios que guiaran su actuación en aplicación de dicha ley, la CNC publicó la Comunicación de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 101 y 102 del TFUE, estableciendo un método general, inspirado en el aplicado por la Comisión Europea, que debería servir de guía a las autoridades españolas de la competencia para la fijación de los importes de las multas por las infracciones acreditadas de la LDC.

A pesar de estos esfuerzos, la doctrina que siguió de una serie de sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el año 2013 (10), y en las que se establecía que el volumen de negocios sobre el que habría que

aplicarse el umbral máximo del 10 por 100 era el del ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, en lugar del volumen de negocios total, tal y como dispone la ley, entraba en conflicto con la aplicación del método descrito en la Comunicación.

No obstante, el Consejo de la CNC, y posteriormente la Sala de Competencia de la CNMC, continuó aplicando el método, en tanto no existiera pronunciamiento del Tribunal Supremo a los recursos interpuestos por la Abogacía del Estado. Hasta ese pronunciamiento, tal como destaca Lillo (2014), la existencia de posturas enfrentadas, en lo que respecta al cálculo del importe de las sanciones, del organismo encargado de imponer dichas sanciones, y de la Audiencia Nacional, órgano jurisdiccional competente para controlar en primera instancia su actuación, supuso un período de incertidumbre jurídica máxima.

Otra de las grandes novedades introducidas por la Ley 15/2007 es la adopción por primera vez en España de un programa de clemencia, tal y como recogen los artículos 65 y 66 de dicha ley. Estos artículos hacen referencia a los supuestos y beneficios de exención del pago de la multa y reducción del importe de la multa de empresas y personas físicas que tuvieran responsabilidad en los cárteles denunciados. Sin embargo, su aplicación efectiva no se produce hasta el 28 de febrero de 2008, fecha en la que entra en vigor el Real Decreto 261/2008 por el que se aprobaba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y que desarrolla en sus artículos 46 a 53 lo establecido en la LDC en lo relativo al programa de clemencia (11).

Debe destacarse la enorme trascendencia, a partir de la vigencia de este programa, que supone considerar una determinada conducta como cártel, puesto que solo en ese caso conllevaría reconocer la posibilidad de que los participantes en la conducta infractora puedan acogerse, siempre que cumplan los requisitos exigidos, al sistema de clemencia.

La CNC, concedora de las limitaciones para la efectividad del programa de un concepto legal de cártel excesivamente restrictivo, amplía la definición de cártel mediante la publicación de la Comunicación de 19 de junio de 2013, sobre el Programa de Clemencia. En esta Comunicación, el concepto de cártel abarca otras conductas que, aunque no estaban expresamente mencionadas en la LDC, se extraían de las decisiones previas adoptadas por el Consejo de la CNC y la Comisión Europea, así como de la jurisprudencia de los tribunales de justicia españoles y comunitarios (12).

La última etapa en la aplicación de la política de defensa de la competencia se corresponde con un cambio sustancial en el modelo de las autoridades de competencia y regulación de mercados en España que consistió en la integración de la autoridad de la competencia con todos los organismos de regulación sectorial existentes hasta entonces, e incluso de aquellos que no habían llegado a estar operativos, en un único organismo multisectorial que, además, asumía todas las funciones de la CNC: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (13).

Así, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC

implica la extinción de la CNC, cuyas funciones en materia de promoción y defensa de la competencia han sido atribuidas íntegramente al nuevo organismo. Por tanto, las referencias que la legislación vigente contiene a la CNC se entienden ahora realizadas a la CNMC. La entrada en funcionamiento de este nuevo organismo se produjo el 7 de octubre de 2013.

El órgano de decisión de la CNMC es el Consejo, que cuenta entre sus funciones las de resolver y dictaminar los asuntos que la Comisión tiene asignados y la de resolver los procedimientos sancionadores. El Consejo actúa en pleno y en salas, una dedicada a temas de competencia y otra a temas de supervisión regulatoria. Así, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC es la encargada, usualmente, de dictar resolución en los expedientes de defensa de la competencia.

La Ley 3/2013 señala, asimismo, que la CNMC contará con cuatro direcciones de instrucción a las que les corresponderá el ejercicio de las funciones señaladas, y en particular, es la Dirección de Competencia a la que le corresponde todas las funciones de instrucción recogidas en la Ley 15/2007. De hecho, las referencias que la Ley 15/2007 contiene a la extinta DI de la CNC ahora se entienden realizadas a la Dirección de Competencia de la CNMC.

La creación de la CNMC no ha implicado ningún cambio normativo relativo a la tipificación de las conductas infractoras de la LDC. No obstante, a principios del año 2015, el Tribunal Supremo dictó sentencia en el asunto que hemos mencionado previamente sobre el sistema de cálculo recogido en la Comuni-

cación publicada por la extinta CNC (14).

El Tribunal Supremo falló a favor de la Abogacía del Estado en lo que se refiere a la validez de la utilización del volumen de negocios total para calcular el límite máximo de las multas del 10 por 100 expresado en el artículo 63 de la LDC. Descarta de esta manera que la multa máxima sea solo el 10 por 100 del volumen de negocios en los mercados afectados por la infracción.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que las posibles insuficiencias detectadas en la Ley 15/2007 para el cálculo de las sanciones, no pueden ser subsanadas mediante una mera comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia. En definitiva, esta sentencia, al declarar improcedente la aplicación de un método general recogido en la Comunicación de 6 de febrero de 2009 que carece de valor legal ni reglamentario, obliga a la CNMC a reconsiderar la metodología caso por caso, y cuantificar el importe de las sanciones a imponer, ciñéndose en cada caso a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC.

Por tanto, a falta de un desarrollo legislativo o reglamentario de la norma, la determinación de cada multa es una potestad que según el Tribunal Supremo debe ejercer la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, caso por caso, ateniéndose a lo establecido exclusivamente en la Ley 15/2007, y que por ello no tiene por qué ajustarse ni a la Comunicación de 6 de febrero de 2009, ni a cualquier nueva comunicación que acuerde el Consejo de la CNMC, sino solo a lo establecido por la Ley 15/2007 y la jurisprudencia.

Asimismo, en este último período el Tribunal Supremo ha delimitado las garantías procesales para la obtención y uso de evidencia mediante inspecciones domiciliarias. Con la Ley 15/2007, la autoridad de competencia incorporó la inspección domiciliaria con mandato judicial como eficaz mecanismo para la obtención de pruebas, especialmente útiles en la detección y sanción de cárteles. El Tribunal Supremo en 2012 avaló los poderes de la autoridad de competencia en las inspecciones, pero en unas recientes sentencias de 2014 y 2015 exige tanto a la autoridad de competencia (orden de investigación) como a la autoridad judicial que autoriza las inspecciones domiciliarias (auto judicial de autorización que autoriza la entrada) motivaciones y delimitaciones del objeto y alcance de las actuaciones inspectoras para que las pruebas puedan ser válidas y usadas en el procedimiento (15).

III. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LOS CÁRTELES SANCIONADOS EN ESPAÑA (1989-2015)

Una rápida lectura de la sección anterior permite concluir que el principal problema con el que nos encontramos cuando realizamos un estudio de los cárteles en España es el propio concepto o definición de cártel. Así, la selección de los casos que debíamos incluir, por ser asimilables a dicho concepto, no resultó nada fácil teniendo en cuenta no solo la falta de una definición clara y coherente en las etapas tempranas de la aplicación de la política de competencia en España, sino la confusión y el debate propiciado por la definición contenida en la vigente Ley 15/2007.

Nuestro objetivo en este punto fue llevar a cabo un estudio detallado de las resoluciones, comunicaciones y memorias de actividad emanadas de las distintas autoridades nacionales de la competencia, a lo largo de todo el período, y las sentencias de los órganos judiciales competentes, para establecer qué casos merecían la catalogación de cárteles. En este estudio, por supuesto, ha sido esencial la revisión de la literatura existente en la materia, con el fin de confirmar la fiabilidad de nuestra muestra (16).

La información necesaria para realizar el presente trabajo se ha obtenido directamente de las resoluciones dictadas por cada una de las tres autoridades encargadas de aplicar la normativa en materia de competencia en España, desde la aprobación de la Ley 16/1989. Así, la base contiene un total de 67 casos (17), de los que el 21 por 100 corresponden al TDC (14 casos) en el período de julio 1989 a septiembre 2007, el 57 por 100 al período CNC (38 casos) de septiembre 2007 a octubre de 2013, y el 22 por 100 a la CNMC (15 casos) del período de octubre de 2013 a mayo de 2015 (18).

Dado que cada autoridad ha operado en diferentes períodos, lo anterior supone que el TDC resolvió una media aproximada de 0,7 casos sancionadores de cárteles por año (julio 1989- septiembre 2007), 6,2 casos por año han sido resueltos por la CNC (septiembre 2007- octubre 2013) y 5,6 casos por año por la CNMC (octubre 2013-mayo de 2015).

Estos resultados muestran que en España, al igual que en el resto de jurisdicciones, existe una clara tendencia creciente en el número de cárteles descubiertos al año, especialmente en los años que siguen a la entrada en vigor de

los programas de clemencia (el conocido efecto de mayor detección), que se modera levemente después de superados los primeros años posteriores a la reforma (quizás por el efecto disuasión que el programa puede generar entre las empresas y sectores más proclives a cartelizarse).

El cuadro n.º A.1 del Anexo incluye un listado de todas las resoluciones sancionadoras relativas a cárteles detectados, dictadas en estos más de 25 años de legislación *antitrust* en España. Para cada resolución se incluye el código del mismo y el título. El orden en el que aparecen las resoluciones en el cuadro se corresponde con la fecha de decisión de las mismas, de la más antigua a la más reciente.

Como ya adelantamos, para cada caso obtenemos una serie de datos, buena parte de ellos de corte cuantitativo, que nos permitirán analizar la información acerca de la tipología de tales cárteles y su evolución en el tiempo, principalmente tras la introducción de uno de los programas que mejor ha permitido la desestabilización interna y detección de los cárteles: el programa de clemencia (efectivo a partir de febrero de 2008). Así, las variables incluidas, todas ellas de elaboración propia a partir del estudio de las resoluciones, y agrupadas a nivel de cada caso (*i*), son las siguientes (19):

i) [Multa oficial final]_i: es la cuantía total (deflactada) correspondiente a la multa oficial fijada para todas las empresas participantes en el cártel del caso *i*, tal y como se publicó en la resolución.

ii) [Porcentaje de reducción medio clemencia]_i: esta variable se obtiene como la media de los

porcentajes de reducción obtenidos por las empresas que se beneficiaron de la aplicación de dicho programa, por caso.

iii) [*Porcentaje de empresas beneficiadas clemencia*]_i: para cada caso supone el porcentaje de empresas que se ha beneficiado del programa de clemencia, cuando este se aplicó. Por tanto, muestra entre qué empresas se han repartido el porcentaje medio de reducción de la sanción previsto en el programa.

iv) [*Número de empresas*]_i: es el número de empresas que han participado en cada cártel.

v) [*Número de empresas (revisado)*]_i: es el número de grupos de empresas que han participado en cada cártel, pero descontando el efecto de la relación vertical entre empresas del mismo grupo empresarial. En otras palabras, en línea con Borrell, Jiménez y Ordóñez (2015b), en los casos donde son sancionadas tanto empresas matrices como sus filiales, o ciertas empresas sancionadas pertenecen a una misma matriz, se realiza una doble contabilización del número de empresas, ya que al pertenecer al mismo grupo pueden ser consideradas como una misma entidad, al efecto de responder de las sanciones impuestas. Las empresas filiales habrían sido sancionadas de forma individual por su personalidad jurídica y responsabilidad particular en los hechos, pero no dispondrían de independencia económica diferenciada de su matriz, que sería la que en última instancia respondería de la sanción. En consecuencia, solo contabilizamos a la matriz, y el número de empresas revisado (grupos de empresas) siempre será menor o igual que el número de empresas.

vi) [*Número de países*]_i: es el número de países diferentes a las que pertenecen las empresas que han participado en cada cártel. Esta variable, incluida ya en el trabajo de Brenner (2009), trata de señalar la internacionalización de los acuerdos anticompetitivos. A cada empresa o grupo de empresas se le asigna un país según sea domicilio social, sede o núcleo accionarial.

vii) [*Número de países (revisado)*]_i: igual al anterior, pero descontando esta vez la existencia de matrices y filiales en los casos. Es decir, en el caso de la existencia de esta relación, solo se contabiliza un país (el del domicilio social, sede o núcleo accionarial de la matriz).

viii) [*Multa final por empresa*]_i: es la ratio entre la multa oficial final y el número total de empresas participantes del cártel *i*. En el caso de la variable con el número de empresas revisadas, el denominador utilizado hace que la ratio sea mayor o igual que el original.

ix) [*Duración máxima*]_i: el número máximo de años que el cártel estuvo operativo, según consta en cada resolución analizada. Cuando en el cártel participan diversas empresas en momentos distintos del tiempo, calificamos como duración máxima la duración del cártel acreditada en la resolución que va desde el momento en el que comienzan a coludir dos o más empresas hasta que dejan de hacerlo las últimas dos o más que forman parte del cártel.

x) [*Duración de la investigación*]_i: el número de años que duró la investigación del caso, independientemente de cuál fuera la razón que motivó el inicio de la misma (denuncia, aplicación al programa de clemencia o de oficio). Para el inicio de la investiga-

ción se tomó el que figurara en la resolución como primera fecha en la que el órgano instructor consideró el caso particular y la fecha final se corresponde con aquella en la que se adoptó la resolución en dicho caso.

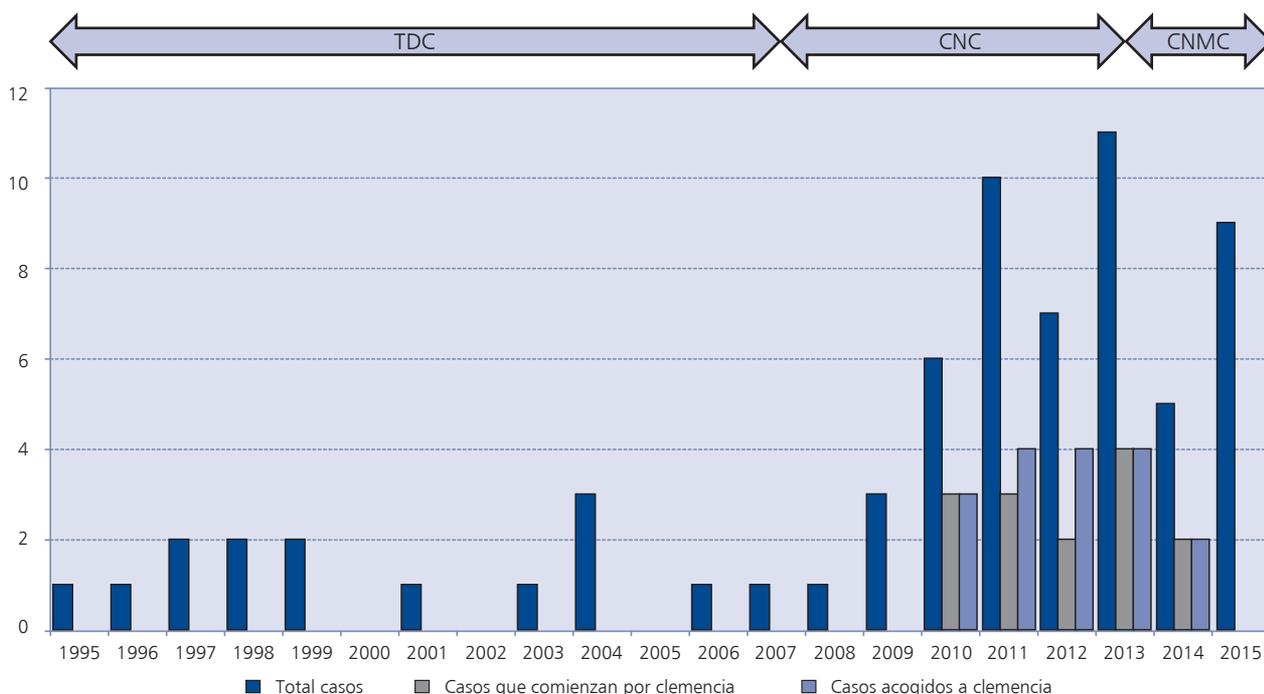
xi) [*Estabilidad*]_i: variable binaria que toma valor 1 si no ha habido cambio alguno en el número de empresas que conformaron el cártel durante el período comprendiendo entre su inicio y final.

xii) [*Comienza por...*]_i: variables binarias que toman valor 1 para cada tipo de comienzo posible del expediente: por aplicación al programa de clemencia, por iniciativa propia del órgano instructor (*ex officio*), o denuncia.

En el gráfico 1 se muestra la tendencia seguida en el número de cárteles sancionados entre 1995 (primer año, en nuestra base de datos, en el que se dicta una resolución sancionadora en un caso de cártel) y mayo de 2015 (último mes incluido en nuestro estudio). Además, se detalla el número de cárteles para los que el procedimiento sancionador se inició por aplicaciones al programa de clemencia, y el número en los que alguna empresa se acogió al programa de clemencia.

En la parte superior del gráfico se muestran qué años corresponden a cada una de las autoridades de resolución: TDC, CNC y CNMC. Como puede comprobarse, la segunda etapa supone un significativo incremento en el número de cárteles sancionados, que se hace más notable a partir de 2010, dos años después a la entrada en vigor del programa de clemencia, cuando concluye la instrucción y resolución de los primeros casos de clemencia que se inician en 2008.

GRÁFICO 1
CÁRTELES SANCIONADOS POR AÑO



Nota: Incluye todos los casos, incluso los siete casos de sanción solo a asociaciones de empresas.
Fuente: Elaboración propia.

El gráfico 2 muestra la suma del importe total de las multas en cada uno de los años en los que se publica la resolución sancionadora, y se detalla la suma correspondiente a los casos en los que alguna empresa se acogió al programa de clemencia. Ya en 2009, antes de las primeras resoluciones de casos con empresas acogidas al programa de clemencia, se inicia una etapa de una suma de multas muy superior a la de años anteriores. La suma anual no superó los 15 millones de euros anuales (deflactados 2004) entre 1995 y 2005. Entre 2006 y 2008 se incrementó hasta los 30 millones de euros anuales, y ha superado los 100 millones de euros desde 2009 (excepto en 2010 que se quedó en 49 millones y 2014 que se quedó en 22 millones).

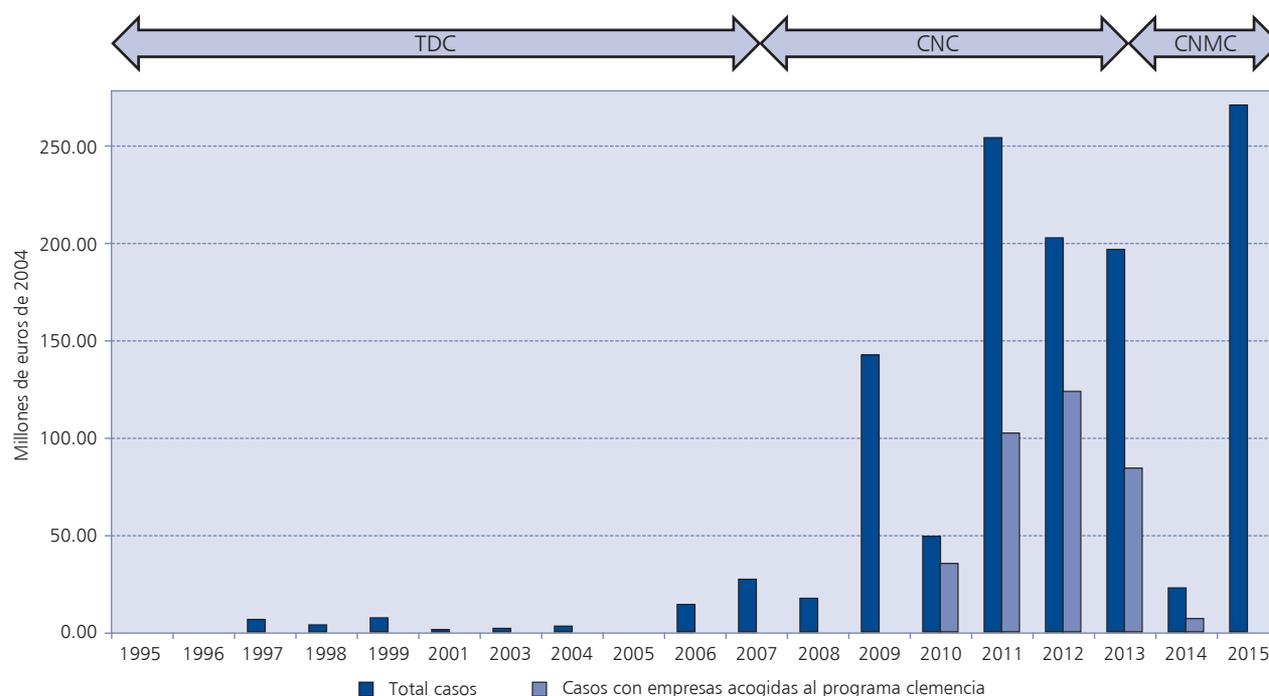
Excluyendo el año 2015, una parte importante del aumento en el importe de las multas se debe a los casos acogidos al programa de clemencia.

Por otra parte, el cuadro n.º 1 resume los principales indicadores de los 60 cárteles sancionados entre 1989 y mayo de 2015. Excluimos de las estadísticas los siete casos de sanción solo a entidades que son asociaciones de empresas que distorsionan la imagen de los casos regulares de cárteles de empresas. Las autoridades tardaron de media en resolver, desde que se comenzó a investigar la existencia del cártel, aproximadamente dos años y medio. El expediente en el que se tardó más en resolver desde el inicio de la investigación fue el 354/94 Electrodomésticos Ali-

cante, aproximadamente cinco años y medio. Por otro lado, el caso en el que la duración de la investigación hasta la resolución fue menor, correspondió al expediente S/0402/12 Espuma Elastomérica, que no llegó a los veinte meses (1,65 años), gracias a la información de la que dispuso la DI de la CNC para poder iniciar de oficio el mismo.

En lo que respecta al motivo del inicio de la investigación que condujo finalmente a la sanción del cártel, en un 38 por 100 de los casos se debió a una actuación de oficio del órgano instructor, seguido de la presentación de una denuncia de la existencia de una infracción (37 por 100) y, en último lugar, por la solicitud de aplicación del programa de clemencia (25 por 100).

GRÁFICO 2
SUMA IMPORTE TOTAL DE LAS MULTAS (DEFLACTADO € 2004)



Nota: Incluye todos los casos, incluso los siete casos de sanción solo a asociaciones de empresas.
Fuente: Elaboración propia.

CUADRO N.º 1

PRINCIPALES INDICADORES DE LOS CÁRTELES DESCUBIERTOS EN ESPAÑA
TODOS LOS CÁRTELES (1989-2015)
60 CASOS

VARIABLES	MEDIA	MEDIANA	DESVIACIÓN ESTÁNDAR	MÍNIMO	MÁXIMO
Número medio de empresas.....	13,26	8	12,06	2	57
Número medio de empresas (revisado - grupos de empresas)	11,13	6,5	10,53	2	49
Multa oficial final.....	20,27	7,11	30,57	0,004	138,80
Multa final por empresa.....	2,20	0,89	3,44	0,001	17,35
Multa final por empresa (revisada).....	2,77	1,46	4,33	0,001	23,13
Porcentaje de reducción por clemencia.....	0,54	0,5	0,27	0,03	1
Porcentaje de empresas beneficiadas por clemencia.....	0,27	0,17	0,18	0,03	0,67
Duración máxima del cártel (años)	8,04	5,61	7,76	0,02	33,81
Duración de la investigación (años).....	2,60	2,42	0,85	1,65	5,49
Estabilidad del cártel	0,33			0	1
Número medio de países.....	1,6	1	1,22	1	8
Número medio revisado de países	1,55	1	1,17	1	8
Comienza por clemencia	0,25			0	1
Comienza de oficio	0,38			0	1
Comienza por denuncia	0,37			0	1

Nota: Valores expresados en millones de € deflactados con base 2004 (Deflactor PIB del Banco Mundial). Los siete casos correspondientes solo a asociaciones no se han considerado en los descriptivos.

Fuente: Elaboración propia.

Este último porcentaje hay que interpretarlo en su verdadera dimensión, al estar disponible el programa de clemencia únicamente en un período de ocho años dentro del cómputo total de 25 años considerado. Más concretamente, el programa de clemencia se aplicó en 18 casos que representan el 38 por 100 del total de casos en los que ya estaba vigente el programa. Además, debe señalarse un hecho que suele pasar inadvertido y es que los cárteles descubiertos mediante el programa de clemencia permitieron, a su vez, iniciar de oficio la investigación de otros cárteles y sancionarlos (20).

La multa oficial final media de los casos fue de 20,27 millones de euros (deflactados 2004). La sanción total más baja se fijó en la mencionada Resolución del TDC en el expediente 354/94 Electrodomésticos Alicante. En particular, solo se sancionó a la sociedad que encabezaba una cadena de electrodomésticos en la provincia de Alicante con un millón de pesetas (0,004 millones de euros de 2004), montante muy reducido al tratarse de una infracción de una semana de duración, una pequeña dimensión del mercado y escasos efectos sobre la competencia (21).

En cuanto a la sanción más elevada impuesta en todo el período analizado, esta corresponde a la establecida en la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, en la que se fijó una multa total de 120.728.000 euros (138,8 millones de euros deflactados con base 2004), afectando a las principales compañías de venta de seguros dirigidos al sector de la construcción, así como a la mayoría de las reaseguradoras, por un acuerdo de fijación de precios

mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación (22).

En promedio, la duración máxima de los cárteles de la muestra superó los 8,04 años. El cártel que menos duró vuelve a coincidir con el considerado en la Resolución en el expediente 354/94, que hemos citado previamente. Admitiendo que se pueda cuestionar su caracterización como cártel, el siguiente caso que representaría la menor duración sería el sancionado en la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0397/12 Transportes Madrid, donde la infracción duró, al menos, un trimestre (siendo este período de tiempo el que se consideró para calcular la multa) (23). Por otro lado, el cártel con mayor duración de todos los analizados corresponde al sancionado en la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0316/10 Sobres de papel, cuya actividad casi alcanzó los 34 años.

En promedio, el número de participantes en un cártel fue, aproximadamente, 13 empresas. Debe destacarse también que en el 33 por 100 de los casos, los cárteles exhibieron una estabilidad perfecta, es decir, no hubo entradas o salidas en los mismos.

En esa estabilidad han jugado también un papel esencial las asociaciones profesionales de los sectores en los que se sancionaron los cárteles. De hecho, en el 39 por 100 de los casos quedó acreditada la participación de alguna asociación vinculada al sector en el que operaba el cártel. La literatura económica destaca el papel clave desempeñado por las asociaciones para proporcionar información sobre precios, costes de producción, ventas, cuotas de mercados, y para facilitar la coordinación entre em-

presas (24). No obstante, hay que señalar que los participantes en un cártel pueden incluso recurrir a fórmulas distintas a las asociaciones para facilitar y garantizar la estabilidad del mismo. En este sentido, resulta especialmente singular uno de los últimos cárteles sancionados por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, Resolución en el expediente S/0487/13 Concesionarios Land Rover, de 5 de marzo de 2015, donde los propios concesionarios de coches infractores contrataron a empresas externas para que llevaran a cabo el control y seguimiento de los acuerdos anticompetitivos.

En el análisis por empresa, la multa final media alcanza los 2,2 millones de euros, mientras que alcanza los 2,77 si no contabilizamos las filiales. En la mayoría de los casos, dado el componente de mercado geográfico nacional, la diferencia entre empresas participantes y empresas sin considerar a las filiales no es tan reseñable como pueda serlo en el caso de los cárteles de la Unión Europea (véase Borrell, Jiménez y Ordóñez, 2015b). De hecho, son únicamente los períodos en los que estuvieron vigentes la CNC y CNMC donde se muestra una divergencia entre ambas variables, lo que se explica por un mayor esfuerzo de estas autoridades por delimitar adecuadamente la responsabilidad de las entidades infractoras con el fin de establecer correctamente la sanción correspondiente a cada una de ellas, independientemente de que estas fueran filiales, o no, de otras empresas.

En lo relativo al tipo de conductas anticompetitivas que incluyeron los cárteles analizados (cuadro n.º 2), la fijación de precios es la práctica anticompetitiva más habitual en los cárteles san-

cionados. Así en un 27 por 100 de los casos se sancionó únicamente dicha práctica (18 casos), aunque otro 58 por 100 se unieron a dicha fijación de precios otras prácticas como el reparto de mercado, la limitación de producción, cierre de mercado o el intercambio de información (39 casos). Por tanto, en más del 85% de los casos las prácticas anticompetitivas incluían la fijación de precios. La segunda práctica anticompetitiva más importante es el reparto de mercado que estuvo presente en el 51 por 100 de los cárteles sancionados.

Por último, destacar que entre estos cárteles sancionados por todas estas conductas hay una presencia significativa de casos de colusión o manipulación fraudulenta en procesos de licitaciones (*bid-rigging*), que representan el 18 por 100 de la muestra. La detección y sanción de estos cárteles llega a ser más notable en la actividad desarrollada por la CNC y la CNMC (10 cárteles de los 12 de toda la muestra en los que se sanciona este tipo de conducta). Una característica adicional de este tipo de cárteles es que la mayoría actuaron anticompetitivamente en licitaciones vinculadas a sectores relacionados con la construcción (hormigón, postensado, rodamientos ferroviarios, etc.), seguidos por los cárteles que coludieron en las licitaciones de prestación de servicios de gestión de residuos en general o de residuos específicos (recogida de papel, residuos sanitarios).

Aunque algunos de los datos señalados con anterioridad ofrecen una visión global de los resultados de la aplicación de la política de defensa de la competencia en la lucha contra los cárteles, la mayoría de ellos deben ser contextualizados respecto a cada una de las etapas a las

CUADRO N.º 2

TIPO DE CONDUCTAS SANCIONADAS POR AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA

TIPO DE CONDUCTA ANTICOMPETITIVA SANCIONADA	TOTAL	TDC	CNC	CNMC
(1) Reparto de mercado.....	5	0	4	1
(2) Fijación de precios.....	18	10	8	0
(1) y (2) simultáneamente.....	16	1	12	3
(1), (2) y cierre de mercado	2	0	1	1
Limitación de la producción y (2).....	3	1	2	0
Intercambio de información	3	0	2	1
Intercambio de información y (2).....	9	0	4	5
Intercambio de información y (1).....	2	1	0	1
Limitación de la producción, (1) y (2).....	5	1	4	0
Intercambio de información, (1) y (2)	3	0	0	3
Intercambio de información, limitación de la producción, (1) y (2)	1	0	1	0

Fuente: Elaboración propia.

que hemos hecho referencia en la sección II. De hecho, la distribución de muchas variables muestra una gran dispersión, lo que obliga a un análisis de las mismas en su correspondiente marco institucional y normativo, tal y como desarrollamos en la siguiente sección.

IV. ANÁLISIS POR AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA

En este apartado se plantea un análisis similar al previamente expuesto, pero considerando separadamente los casos de cártel resueltos por cada una de las tres autoridades nacionales de competencia existentes en el período de estudio.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia: 1989-2007

El primer caso de cártel que hemos considerado en la etapa del TDC se trata del referido en el expediente Electrodomésticos Alicante, cuya resolución data de diciembre de 1995. En concreto, en este caso la Resolución del TDC

alude a la existencia de un cártel de compra (25), en el que ya hemos comentado se dieron unas características particulares en la infracción sancionada.

El cuadro n.º 3 resume los principales indicadores de los 12 cárteles sancionados entre 1989 y septiembre de 2007. Excluimos de las estadísticas los dos casos de sanción solo a entidades que son asociaciones de empresas que distorsionan la imagen de los casos regulares de cárteles de empresas (26). Cabe destacar que, en todos los casos, la investigación se inició a raíz de la presentación de una denuncia de la comisión de una infracción de la Ley 16/1989. La duración de la investigación hasta la resolución del caso alcanzó, en promedio, los 3 años y medio.

La multa oficial final media por caso alcanzó los 3,05 millones de euros deflactados, correspondiendo a cada empresa una media de 0,5 millones de euros (27). En este período, la sanción más alta fijada por el TDC se estableció en la Resolución en el expediente 588/05, Distribuidores cine, de 10 de mayo de 2006, con una cifra de 12,9 millones de euros (algo más de

CUADRO N.º 3

**PRINCIPALES INDICADORES DE LOS CÁRTELES DESCUBIERTOS POR EL TDC
TDC (1989-2007)
12 CASOS**

VARIABLES	MEDIA	MEDIANA	DESVIACIÓN ESTÁNDAR	MÍNIMO	MÁXIMO
Número medio de empresas.....	12,96	6	15,79	3	49
Número medio de empresas (revisado - grupos de empresas)	12,83	5,5	15,86	3	49
Multa oficial final	3,05	1,3	4,06	0,004	14,02
Multa final por empresa	0,50	0,20	0,76	0,001	2,34
Multa final por empresa (revisada).....	0,50	0,20	0,76	0,001	2,34
Porcentaje de reducción por clemencia	no aplicable				
Porcentaje de empresas beneficiadas por clemencia.....	no aplicable				
Duración máxima del cártel (años).....	4,76	3	6,92	0,02	26,02
Duración de la investigación (años).....	3,54	3,15	1,12	2,1	5,49
Estabilidad del cártel	0,83			0	1
Número medio de países.....	1,17	1	0,39	1	2
Número medio revisado de países	1,17	1	0,39	1	2
Comienza por clemencia	no aplicable				
Comienza de oficio	0			0	0
Comienza por denuncia	1			1	1

Nota: Valores expresados en millones de € deflactados con base 2004 (Deflactor PIB del Banco Mundial). Los 2 casos correspondientes solo a asociaciones no se han considerado en los descriptivos.

Fuente: Elaboración propia.

14 millones de euros deflactados 2004). En este caso se acreditó una infracción consistente en la concertación de las distribuidoras cinematográficas más importantes con el objetivo de uniformizar sus políticas comerciales.

La duración máxima en promedio del cártel fue, aproximadamente, de 4 años y 9 meses, siendo el cártel más longevo el sancionado en la Resolución previamente citada de Distribuidores cine, que duró aproximadamente 26 años. Por último, señalar el elevado porcentaje de estabilidad de los cárteles en este período, que representó el 83 por 100 de los casos.

2. La Comisión Nacional de la Competencia: 2007-2013

La actividad desarrollada por la CNC, en el período compren-

didado entre septiembre de 2007 y octubre de 2013, se traduce en un avance muy significativo en los resultados de la aplicación de la política de defensa de la competencia en España respecto a la etapa anterior, como lo evidencian los datos obtenidos en el presente estudio. El cuadro n.º 4 resume los principales indicadores de los cárteles sancionados, donde destaca no solo la actividad de la autoridad (recordemos que fueron 38 casos, 4 de ellos solo a asociaciones de empresas y que excluimos de los estadísticos descriptivos en el cuadro n.º 4), sino el importe de las sanciones impuestas a esos cárteles y la tipología de los mismos, muy diferentes a la etapa precedente.

La primera resolución de la CNC sancionadora de un cártel se dictó al poco tiempo de su entrada en funcionamiento. Más concretamente, en octubre

de 2007, el Consejo de la CNC sancionó a una serie de cajas de ahorros en el expediente 617/06 Cajas vascas y Navarra, por participar en un cártel que implicaba la renuncia a competir en determinados territorios, y la realización de determinadas colaboraciones en común que conllevaba un grado de coordinación de comportamientos entre competidores ilícito de acuerdo con el artículo 1 de la LDC. Asimismo, debe añadirse que, a partir de esta etapa, la responsabilidad, o no, de las matrices y filiales en las infracciones es objeto de un análisis minucioso por parte de la autoridad, como demuestra la diferencia en los números de empresa y países participantes, con y sin filiales contabilizadas.

En esta fase, se observa una mayor rapidez en la resolución de los expedientes. Así, la CNC necesitó en promedio dos años

y cinco meses, desde el inicio de la investigación, para resolver el caso, lo que significa una reducción superior al 30 por 100 en el tiempo empleado en la etapa previa por el TDC. Asimismo, se produce un mayor protagonismo de la autoridad, como se desprende del mayor porcentaje de expedientes iniciados de oficio, un 35 por 100 de los casos, aunque el motivo más frecuente de inicio en este período responde a aplicaciones al programa de clemencia (38 por 100).

Todos estos resultados positivos hay que interpretarlos teniendo presente las importantes reformas introducidas por la LDC, que proporcionaron nuevos instrumentos a la CNC en su lucha contra los cárteles. A este respecto, resulta obligado referirse a la entrada en vigor en febrero de 2008 del programa de clemencia (28). En particular, durante

los años de funcionamiento de la CNC, el programa de clemencia se aplicó en 16 de los 38 casos resueltos (29). Tal y como señala el cuadro n.º 4, el 27 por 100 de las empresas participantes en cárteles y que se acogieron al programa, se beneficiaron de sus ventajas. Dichas ventajas supusieron un porcentaje medio de reducción en la sanción del 67 por 100 para esos beneficiarios.

En lo relativo a las sanciones impuestas en este período, la sanción media aplicable fue de 26,2 millones de euros por caso, aunque destaca la variabilidad de las multas, alcanzando uno de los casos, el valor máximo de todas las multas fijadas de la muestra contemplada en este trabajo (30). La sanción por empresa también aumenta considerablemente respecto a la etapa anterior, donde se sextuplica, alcanzando los 3,19 millones de

euros (o llega a ser más de ocho veces la previa, 4,12, si descontamos las filiales). Además, los cárteles descubiertos en esta etapa habían sido, en promedio, más longevos que los detectados en la etapa anterior (nueve años) (31). Por tanto, la CNC habría conseguido detectar y sancionar cárteles que ya existían en la época de funcionamiento del TDC, cárteles que supusieron graves daños para la competencia y el bienestar global (32).

Finalmente, debe señalarse que, en esta etapa, los cárteles ya no muestran la estabilidad observada en el período de actividad del TDC, ya que solo en el 26 por 100 de los casos, los integrantes iniciales permanecieron hasta el final, sin entrada o salida de alguna de empresa a lo largo de la vida de esos cárteles, frente al 83 por 100 de los casos en la etapa previa.

CUADRO N.º 4

**PRINCIPALES INDICADORES DE LOS CÁRTELES DESCUBIERTOS POR LA CNC
CNC (2007-2013)
34 CASOS**

VARIABLES	MEDIA	MEDIANA	DESVIACIÓN ESTÁNDAR	MÍNIMO	MÁXIMO
Número medio de empresas.....	11,71	8	9,76	2	48
Número medio de empresas (revisado).....	8,97	6	7,94	2	40
Multa oficial final.....	26,22	17,62	30,84	0,54	138,80
Multa final por empresa.....	3,19	1,34	4,08	0,03	17,35
Multa final por empresa (revisada).....	4,12	1,96	5,16	0,03	23,13
Porcentaje de reducción por clemencia.....	0,67	0,55	0,31	0,3	1
Porcentaje de empresas beneficiadas por clemencia.....	0,27	0,17	0,19	0,03	0,67
Duración máxima del cártel (años).....	9,01	7	7,94	0,42	33,81
Duración de la investigación (años).....	2,41	2,33	0,54	1,65	3,87
Estabilidad del cártel.....	0,26			0	1
Número medio de países.....	1,88	1	1,47	1	8
Número medio revisado de países.....	1,82	1	1,44	1	8
Comienza por clemencia.....	0,38			0	1
Comienza de oficio.....	0,35			0	1
Comienza por denuncia.....	0,27			0	1

Nota: Valores expresados en millones de € deflactados con base 2004 (Deflactor PIB del Banco Mundial). Los 4 casos correspondientes solo a asociaciones no se han considerado en los descriptivos.

Fuente: Elaboración propia.

3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: 2013-mayo de 2015

En el año 2013 se creó la CNMC que se configura como un organismo no solo encargado de aplicar la normativa de competencia, sino también ejercer funciones de supervisión y regulación del mercado de las comunicaciones electrónicas, del sector de la energía, del mercado postal, del mercado de comunicación audiovisual, del sector ferroviario y de las tarifas aeroportuarias.

Partiendo del hecho que su entrada en funcionamiento tiene lugar en octubre de 2013, cabe destacar que en menos de dos años de actividad que resume este trabajo (hasta mayo de 2015), la CNMC ha sancionado 15 casos de cártel (en uno de ellos se sanciona solo a una

asociación de empresas y no lo incluimos en los estadísticos descriptivos del cuadro n.º 5), de los que dos de ellos se iniciaron gracias al programa de clemencia (33). Hay que destacar que casi el 80 por 100 de los casos que terminaron siendo sancionados, se iniciaron de oficio por la Dirección de Competencia de la CNMC. Por el contrario, decaen los expedientes sancionadores iniciados por denuncias y los casos iniciados a partir del programa de clemencia. Se observa, asimismo, una ligera reducción en la duración promedio de la investigación hasta la resolución.

En general, los indicadores obtenidos en este apartado mantienen la senda marcada por la CNC, aunque ligeramente inferior a esta. Así, la multa media por caso rondó los 21 millones de euros, siendo la más elevada la que se fijó en el cár-

tel sancionado en la Resolución del expediente S/0429/12 Residuos, de 8 de enero de 2015, que ascendió a 98.432.403 euros (113,99 millones de euros deflactados en base 2004). En el extremo opuesto, la sanción más baja se fijó en la Resolución del expediente S/0378/11 Desmotadoras de algodón, de 19 de diciembre de 2013, concretamente 898.143,92 euros (1,04 millones de euros de 2004). En términos de sanción por empresa, en promedio, cada empresa tuvo que hacer frente a una multa de 1,33 millones de euros (1,55 si eliminamos a las filiales).

Con respecto a la duración de los cárteles sancionados por la CNMC, esta fue, en promedio, de casi nueve años. El cártel más longevo multado en esta etapa se recogió en la Resolución S/0473/13 Postes de hormigón, de 15 de enero de 2015, y duró

CUADRO N.º 5

PRINCIPALES INDICADORES DE LOS CÁRTELES DESCUBIERTOS POR LA CNMC CNMC (2013-2015) 14 CASOS

VARIABLES	MEDIA	MEDIANA	DESVIACIÓN ESTÁNDAR	MÍNIMO	MÁXIMO
Número medio de empresas.....	17,29	13,5	13,6	5	57
Número medio de empresas (revisado - grupos).....	14,92	13	9,98	3	41
Multa oficial final.....	20,98	4,50	38,09	1,04	113,99
Multa final por empresa.....	1,33	0,29	2,37	0,06	7,50
Multa final por empresa (revisada - grupos).....	1,55	0,31	2,59	0,07	7,50
Porcentaje de reducción por clemencia.....	1	1	0	1	1
Porcentaje de empresas beneficiadas por clemencia.....	0,25	0,25	0,12	0,17	0,33
Duración máxima del cártel (años).....	8,50	7,07	7,76	0,67	28,6
Duración de la investigación (años).....	2,25	2,05	0,66	1,65	3,97
Estabilidad del cártel.....	0,07			0	1
Número medio de países.....	1,29	1	0,82	1	4
Número medio revisado de países.....	1,21	1	0,58	1	3
Comienza por clemencia.....	0,14			0	1
Comienza de oficio.....	0,79			0	1
Comienza por denuncia.....	0,07			0	1

Nota: Valores expresados en millones de € deflactados con base 2004 (Deflactor PIB del Banco Mundial). Un caso correspondiente solo a asociaciones no se han considerado en los descriptivos.

Fuente: Elaboración propia.

28 años y siete meses, aproximadamente. Por otro lado, el cartel con menor duración se sancionó en la Resolución en el expediente S/0486/13 Concesionarios Toyota, de 5 de marzo de 2015, que duró ocho meses.

El número medio de empresas participantes en los carteles superó los 17 (15 si no consideramos las filiales), en tanto que el número medio de países participantes vuelve a descender, lo que nos señala unos carteles menos internacionales que los de la etapa anterior. Cabe reseñar, asimismo, que en este período la composición de los carteles es más permeable, en tanto que solo el 7 por 100 de los mismos fueron completamente estables.

En cuanto a los resultados del programa de clemencia en las dos resoluciones donde se aplicó, todas las empresas que solicitaron, y resultaron beneficiarias del programa, obtuvieron la exención total de la sanción, de ahí los datos tan peculiares que aparecen en el cuadro n.º 5.

4. Comparación entre etapas

Para completar el análisis realizado relativo a las distintas etapas legales e institucionales de la política de competencia en España, utilizaremos a continuación diagramas Box-Plot que muestran gráficamente la distribución de las variables analizadas.

Las cajas recogen los valores que se encuentran entre los puntos del percentil 25 y el percentil 75, con una barra vertical en medio que corresponde a la mediana o percentil 50. De cada extremo de la barra aparecen unas antenas que muestran los valores adyacentes al percentil 25 y

75 utilizando el criterio de Tukey (1977) (3/2 de la diferencia del valor del percentil 25 y 75), y los valores fuera de estos rangos aparecen señalados con puntos.

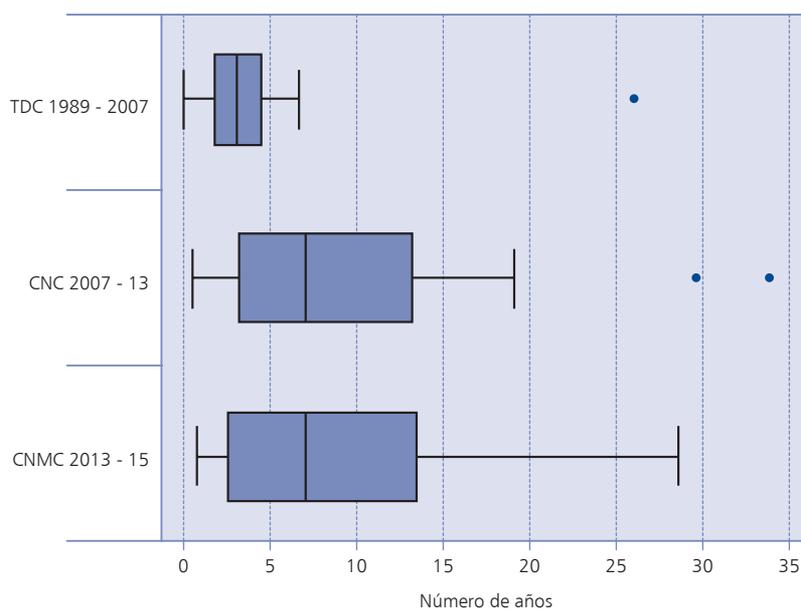
En cuanto a la duración de los carteles descubiertos que ha sido acreditada en los procedimientos sancionadores, el gráfico 3 muestra claramente el incremento de la duración mediana de los carteles a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2007 y el desplazamiento de toda la distribución hacia mayor duraciones, evidencia ya mostrada en la literatura previa tras la entrada en vigor de los programas de clemencia (véase De, 2010; y Zhou, 2013).

Sin embargo, estos trabajos no son capaces de identificar por qué se produce este aumento de la duración, cuando a largo plazo se espera que los programas de clemencia generen una mayor des-

estabilización de los carteles y, por tanto, reduzcan su vida promedio. A corto plazo, por el contrario, los programas de clemencia pueden favorecer el descubrimiento de carteles nacidos antes de la aprobación del programa, que se desestabilizan con el trato clemente de sus miembros.

Por otra parte, el programa de clemencia y la mejora en los instrumentos de inspección pueden permitir a las autoridades la acreditación documental y testifical de un período de infracción mucho más amplio que si se careciera de dicho mecanismo e instrumentos. Esta cuestión es abordada por Borrell, Jiménez y Ordóñez (2015b), y mediante el uso de modelos de duración y de un diseño de evaluación de políticas públicas, muestran que los programas de clemencia siempre reducen la vida promedio de los carteles, no la aumentan, una vez

GRÁFICO 3
DURACIÓN DE LOS CÁRTELES EN AÑOS



Nota: Los siete casos correspondientes solo a asociaciones no incluidos.
Fuente: Elaboración propia.

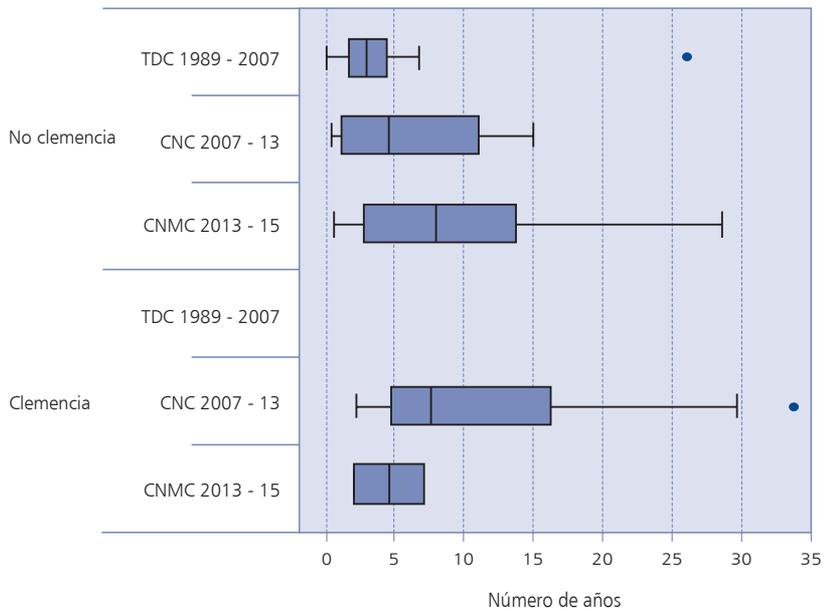
se corrigen los sesgos de autoselección por las características de los cárteles descubiertos antes y después de la puesta en marcha de dichos programas.

El gráfico 4 muestra que el conjunto de la distribución de la duración máxima crece de forma constante a lo largo de las distintas etapas en el caso de los cárteles a los que no se les ha aplicado el programa de clemencia. Por ello es importante, al evaluar el impacto del programa de clemencia en la duración, optar por un diseño de evaluación econométrica que permita separar las tendencias y otros efectos espurios, del efecto causal de los programas de clemencia.

La duración máxima de los cárteles a los que se les ha aplicado el programa de clemencia no difiere en mediana demasiado respecto a los cárteles a los que no se les ha aplicado clemencia de los períodos 2007-2013 y 2013-15 (34). Sin embargo, sí tienen una duración en mediana mayor que los cárteles del primer período TDC 1989-2007. Además, el rango de la distribución de duraciones máximas de los cárteles a los que se les aplicó clemencia en el período CNC 2007-2013 es mucho más amplio que todos los demás.

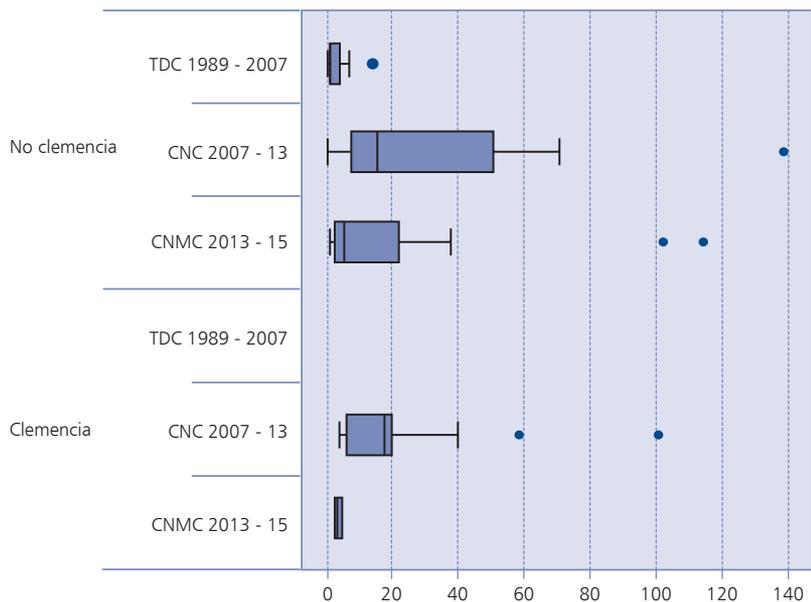
El gráfico 5 muestra la evolución de las multas oficiales finales en euros de 2004 a lo largo de las diversas etapas por caso, establecidas tanto en los cárteles acogidos a clemencia como en los que no se acogieron. El gráfico muestra la evolución en forma de pico para los cárteles no acogidos al programa de clemencia. La etapa CNC 2007-13 es la de mayor multas en mediana, y también es la que muestra un rango de la distribución de mul-

GRÁFICO 4
DURACIÓN DE LOS CÁRTELES EN AÑOS



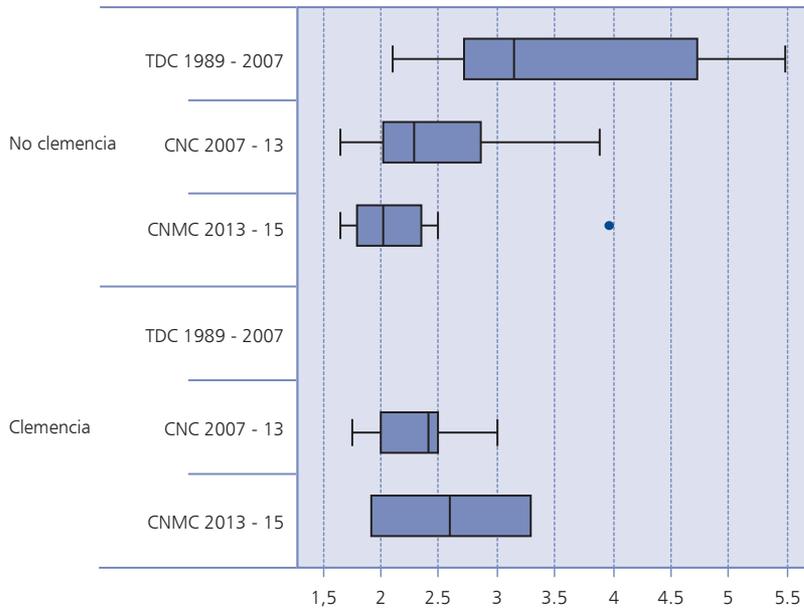
Nota: Los siete casos correspondientes solo a asociaciones no incluidos.
Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 5
MULTA OFICIAL FINAL (€ 2004)



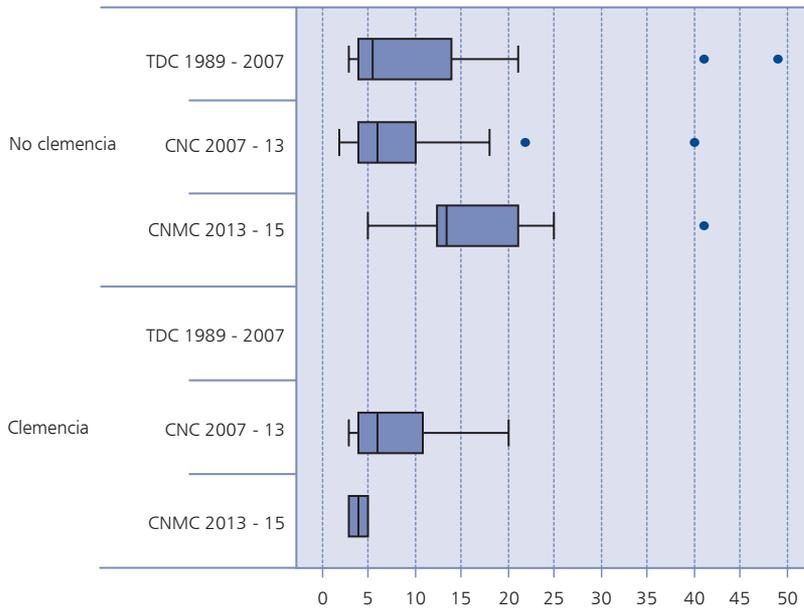
Nota: Los siete correspondientes solo a asociaciones no incluidos.
Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 6
DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN AÑOS



Nota: Los siete correspondientes solo a asociaciones no incluidos.
Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 7
NÚMERO DE EMPRESAS (REVISADO – GRUPOS)



Nota: Los siete correspondientes solo a asociaciones no incluidos.
Fuente: Elaboración propia.

tas más amplia, aunque tanto el período CNC 2007-13, como el período CNMC 2013-15 cuenta con casos aislados de multas fuera del rango de los umbrales de las antenas del gráfico Box Plot. En los casos acogidos a clemencia, la distribución de multas es mayor en la etapa CNC 2007-13 que en la etapa CNMC 2013-15.

El gráfico 6 muestra la evolución de la duración de la investigación donde, a partir de 2007, se han reducido tanto la mediana como el conjunto de la distribución de la duración de la investigación. Esta reducción se debe a que la Ley 15/2007 acortó los plazos legales de resolución de los procedimientos y al funcionamiento más flexible y eficaz de las nuevas instituciones integradas (CNC y CNMC), contando además con más recursos. La aplicación del programa de clemencia no parece reducir la duración de la investigación, sino que en ocasiones la alarga, tal y como muestra el gráfico 6. En este sentido, el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación del programa, así como el gran volumen de información proporcionada por los cooperantes, que debe ser analizada por la autoridad para aportar elementos de prueba suficientes que acrediten la infracción, son hechos que podrían ofrecer una justificación a este resultado.

Finalmente, el número de empresas (revisado – grupos de empresas) por caso se mantiene bastante estable en una mediana de unos cinco grupos empresariales a lo largo de las distintas etapas, tanto con aplicación o no del programa de clemencia, tal y como muestra el gráfico 7. Solo se observa un mayor número de empresas en la etapa CNMC 2013-15 sin aplicación

del programa de clemencia, con una mediana de unos 13 grupos empresariales.

V. CONCLUSIONES

Aunque los orígenes de la política de competencia en España se remontan a hace ya más de 50 años (Ley 110/1963, de 20 de julio), no es hasta la promulgación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, tal y como se detalla en Borrell (1998), que se inicia la aplicación de una política de competencia al estilo europeo. Desde entonces, los esfuerzos realizados han ido encaminados a dotar de mayor independencia, instrumentos y recursos a los organismos encargados de su aplicación.

El presente trabajo ha reunido por vez primera todos los cárteles descubiertos y sancionados por las distintas autoridades españolas de la competencia durante los últimos 25 años (1989-2015), y los ha analizado de forma sistemática. La elaboración de una base de datos a partir de la información disponible principalmente en las resoluciones de los procedimientos sancionadores, nos ha permitido recopilar y analizar los datos más relevantes de 67 casos de cárteles sancionados por las autoridades encargadas de aplicar la normativa en materia de competencia: el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

El análisis forense de los datos pone de manifiesto un cambio sustancial, a partir de las reformas introducidas por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y, en particular, de la entrada en vigor del programa

de clemencia en 2008, en los resultados de la lucha contra los cárteles, tanto desde la perspectiva del número de cárteles sancionados, como de las características de los mismos.

Así, en los últimos ocho años (2007-2015) se han descubierto no solo un mayor número de cárteles, sino además estos se habrían caracterizado por ser más estables y persistentes en el tiempo, y más dañinos para los consumidores.

En los próximos años, la autoridad de competencia se enfrenta al reto de mantener el impulso de la política anticárteles tras las recientes sentencias judiciales que modifican algunos de los instrumentos a disposición de la autoridad de la competencia en la persecución efectiva de los cárteles, como son el procedimiento de cálculo de multas y las garantías para asegurar la validez de la evidencia obtenida en las inspecciones domiciliarias en los procedimientos. El riesgo es que tras el impulso de los primeros años de implementación del programa de clemencia decaiga la efectividad de la política anticárteles. Solo un renovado activismo de la autoridad de competencia podrá superar, a nuestro entender, estos riesgos y nuevas dificultades.

NOTAS

(*) Universitat de Barcelona, Departament de Política Econòmica - Institut d'Economia Aplicada (IREA) - Grup de Govern i Mercats (GiM), Carrer John M. Keynes 1-11, Spain; y, Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center. jrborrell@ub.edu; tlf: +34 934 039 722.

(**) Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Despacho D. 2-12. 35017. Las Palmas de Gran Canaria. Tlf: +34 928 458 191. juanluis.jimenez@ulpgc.es

(***) Autor de contacto: Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia, Universidad de Málaga, Pl. El Ejido, s/n. 29013. Málaga. jmoh@uma.es; tel: +34 952 131 254.

(1) Ver CONNOR y BOLOTOVA (2006), y CONNOR (2013 y 2014).

(2) Este trabajo no aborda el estudio de los cárteles descubiertos y sancionados por las autoridades de competencia autonómicas. Son todavía escasos en número y de menor incidencia en el conjunto del mercado español, si bien, algunos tienen importancia en su ámbito territorial.

(3) Puede consultarse también ALCAIDE (2005) para una revisión de la evolución de la política de defensa de la competencia en España en estas etapas previas.

(4) El SDC formaba parte de la Administración General del Estado y dependía jerárquica, orgánica, presupuestaria y funcionalmente del Ministro de Economía siendo, por tanto, dependiente de los órganos políticos de gobierno del poder ejecutivo.

(5) La Sentencia del Tribunal Constitucional número 208/1999 (STC 208/1999) y la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, supone el reconocimiento a las Comunidades Autónomas con competencias en comercio interior del ejercicio de las competencias contenidas en la Ley 16/1989, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley (artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007), cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una comunidad autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva comunidad autónoma. Además, la Ley 1/2002 introdujo un mecanismo de coordinación entre las distintas administraciones estatal y autonómicas, con el objetivo de lograr una armonización en la aplicación de la normativa en materia de competencia.

(6) En ese mismo artículo, se especifican una serie de conductas que se consideran particularmente prohibidas, entre las que se encuentran la fijación de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, o el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

(7) Entre otros, RAMOS (2011), RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI (2013) y PETITBÒ (2014).

(8) Véanse, entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Compañías de seguro decenal; de 21 de enero de 2010, Fabricantes de gel; de 17 de mayo de 2010, Almacenes de hierro; de 28 de julio de 2010, Vinos finos de Jerez y de 31 de julio de 2010, Transitarios.

(9) «Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty», de 14 de enero de 1998,

y «Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2003», de 1 de septiembre de 2006.

(10) Entre otras, las sentencias de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2013 en el recurso nº 619/2010, de 10 de abril de 2013 en el recurso 622/2010, de 17 de junio de 2013 en el recurso 599/2010, y de 24 de junio de 2013 en el recurso nº 29/2012.

(11) Puede consultarse PÉREZ-BUSTAMANTE Y LÖWHAGEN (2007) para una descripción detallada del sistema de clemencia español introducido por la Ley 15/2007.

(12) Así, por ejemplo, incluye, en la catalogación de cartel, determinadas prácticas de intercambio de información entre competidores.

(13) Este cambio en la estructura del modelo regulatorio fue objeto de numerosas críticas provenientes de distintos ámbitos, incluida la Comisión Europea, al entender que dicha modificación, en realidad, representaba un paso atrás en el proceso hacia la consolidación de organismos nacionales reguladores sólidos, eficaces y totalmente independientes del poder gubernamental. En contraposición, una vez puesto en marcha, algunos autores argumentan que el nuevo modelo está ofreciendo ventajas al conseguir, entre otros objetivos, mayor coherencia en las decisiones adoptadas por un órgano único multisectorial y garante de la competencia efectiva en España. Véase también, a este respecto, VALIENTE (2014) y MARÍN (2014).

(14) Sentencia, de 29 de enero de 2015, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en el recurso nº 2872/2013 (STS 152/2015).

(15) Sentencia, de 27 de abril de 2012, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en el recurso nº 6552/2009 (STS 3887/2012), Sentencia, de 10 de diciembre de 2014 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en el recurso nº 4324/2011, Sentencia, de 1 de junio de 2015, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en el recurso nº 1994/2014, y Sentencia, de 1 de junio de 2015, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en el recurso nº 874/2014.

(16) En particular, cabe señalar, entre otros, los trabajos de RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI (2013), CORTI VARELA (2013), MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS Y MILLA MARÍN (2013), DIEZ ESTELLA (2013) o PETITBÓ (2014). A pesar del esfuerzo de búsqueda y cotejo de fuentes realizado, algún cartel podría haber quedado fuera de nuestro estudio, o algún otro podría no ser calificado como cartel (especialmente en los primeros años del primer periodo 1989-2007), pero las pocas recalificaciones que fueran necesarias no alterarían los principales resultados obtenidos en este trabajo.

(17) Este número no es exactamente equivalente a la cantidad de resoluciones

consideradas en nuestra muestra, ya que en algunos casos la autoridad dictó más de una resolución para un mismo caso de cartel. Ejemplos de ello es el expediente 395/97 Vacunas antigripales, donde el TDC publicó una segunda Resolución con el objeto de corregir un error material detectado en la primera; o en otros donde el Consejo de la CNC se vio obligado, por distintas razones, a separar en varios expedientes las conductas de participantes en un mismo cartel, como lo ocurrido en: S/0084/08 Fabricantes de gel y S/0224/10 Colomer; S/0120/08 Transitorios y S/0269/10 Transitorios 2; y S/0226/10 Licitaciones de carreteras y S/0385/11 Campezo construcciones.

(18) La información presentada no tiene en cuenta las modificaciones que hayan podido implicar las sentencias de los órganos judiciales competentes en las resoluciones consideradas. Como veremos más adelante, el importe de las multas está siendo revisado para un importante número de casos de los últimos años estudiados.

(19) Destacar que, para evitar problemas derivados de análisis intertemporal, y al igual que la literatura relacionada (MILLER, 2009; BRENNER, 2009), todas las variables que contienen valores monetarios han sido deflactadas, utilizando para ello el índice de precios ofrecido por el Banco Mundial, cuyo año base es 2004 (véase la serie en: <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.DEFL.KD.ZG>).

(20) Véase, por ejemplo, el cartel sancionado en el expediente S/0342/11 Espuma de poliuretano, iniciado por una aplicación al programa de clemencia, que permitió abrir de oficio una investigación y sancionar otro cartel en el expediente S/0402/12 Espuma elastomérica.

(21) La práctica ilícita consistió en el lanzamiento de una oferta vacía que tenía por objeto dañar a un competidor del mercado. La inclusión de este caso en la base se considera conforme al contenido del voto particular de uno de los vocales que expresa: «La valoración del acuerdo que hace la mayoría, referida mayormente a la actuación de CELSA como cartel de compra». En cualquier caso, debe reconocerse que este caso no parece ajustarse estrictamente a lo que debería entenderse por cartel, en línea con lo señalado por PETITBÓ (2014).

(22) Para un estudio más profundo de este caso puede consultarse MARCOS (2012).

(23) En esta resolución tanto la DI como el propio Consejo se refieren explícitamente a «las empresas participantes en el cartel» que consistió en un acuerdo de precios, acompañado por una recomendación de precios realizada por la asociación profesional del sector en la zona centro.

(24) Véase BISSOCOLI (2000).

(25) El concepto de cartel de compra es también utilizado en el caso correspondiente a la Resolución del TDC en el expediente 449/99 Repsol/estaciones de servicio.

(26) Los casos son «Repsol/estaciones de servicio» y «Cárteles Sicha». Véase Anexo.

(27) En esta etapa, las variables de empresa y país no difieren entre las totales y las descontadas las filiales, puesto que en ninguna resolución del TDC hemos encontrado una distinción entre matrices y filiales en la imposición de sanciones por los ilícitos cometidos.

(28) Puede consultarse BORRELL, JIMÉNEZ Y ORDÓÑEZ (2015a) para un estudio de la efectividad y características del programa de clemencia español respecto al programa comunitario.

(29) Esta cifra es algo superior al porcentaje de expedientes iniciados gracias al programa, puesto que incluye también aquellos casos en los que habiéndose comenzado la investigación por una denuncia o de oficio, se aplicó el programa posteriormente. Nos gustaría también señalar que, en el caso perteneciente a la Resolución del expediente S/0303/10 Distribuidores saneamiento, aunque hubo empresas que solicitaron la aplicación del programa de clemencia, el Consejo de la CNC estimó que la información aportada no era suficiente como para que pudieran acogerse al mismo, y se les denegó la solicitud. No obstante, el Consejo aplicó a una de las empresas un atenuante de la sanción del 10 por 100 por cooperar a lo largo del procedimiento.

(30) Como hemos mencionado en la sección 3, la sanción final más elevada correspondió al cartel castigado en la Resolución en el expediente S/0037/08 Compañías de seguro decenal. Por otro lado, la multa final más baja impuesta a un cartel se estableció en la Resolución del expediente S/0167/09 Productores de uva y vino de Jerez, ascendiendo a 544.000 euros (aproximadamente 0,54 millones de euros deflactados 2004).

(31) Tal y como hemos señalado en el apartado dedicado al período completo de la muestra, el cartel de mayor duración fue el sancionado en la Resolución en el expediente S/0316/10 Sobres de papel, de 25 de marzo de 2013. Por el contrario, el cartel más efímero en el período de actividad de la CNC, fue el de la Resolución del expediente S/0397/12 Transportes Madrid, de 16 de septiembre de 2013.

(32) Entre otros, los cárteles sancionados en las Resoluciones de los expedientes S/0037/08 Compañías de seguro decenal, S/0316/10 Sobres de papel, o S/0084/08 Fabricantes de gel.

(33) Estos últimos son los cárteles sancionados en las Resoluciones del expediente S/0445/12 Equipos contra incendios, y del S/0453/12, Rodamientos ferroviarios.

(34) Todas las comparaciones relativas a los casos sujetos a clemencia del período CNMC 2013-15 hay que tomarlas con cautela ya que, en nuestra muestra, solo se ha aplicado en dos casos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAIDE, C. (2005), «La evolución de la política de defensa de la competencia». *Revista de Economía de Información Comercial Española*, 826: 245-257.
- BERENQUER FUSTER, L. (2009), «La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los acuerdos horizontales entre empresas». En *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas*, MARTÍNEZ LAGE S. y PETITBÒ, A. (Dir.): 15-19.
- BISSOCOLI, E.F. (2000), «Trade Associations and Information Exchange Under US Antitrust and EC Competition Law», *World Competition*, 23(1): 79-106.
- BORRELL, J.R. (1998), «Spanish competition policy: a case of government's response to domestically perceived problems», *The Antitrust Bulletin*, 43: 445-465.
- BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ J.L. (2008), «The drivers of antitrust effectiveness». *Hacienda Pública Española – Revista de Economía Pública*, 185(2): 69-88.
- BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L., y GARCÍA, C. (2014). «Evaluating antitrust leniency programs», *Journal of Competition Law & Economics*, 10(1): 107-136.
- BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L., y ORDÓÑEZ DE HARO, J.M. (2015a), «The leniency programme: obstacles on the way to collude». *Journal of Antitrust Enforcement*, 3 (1): 149-172.
- (2015b), *An empirical analysis of the European Corporate Leniency Programme*, mimeo.
- BRENNER, S. (2009). «An Empirical Study of The European Corporate Leniency Program». *International Journal of Industrial Organization*, 27(6): 639-645.
- CONNOR, J.M. (2001), «Global Price Fixing», *Springer-Verlag, Berlin Heidelberg*, 1ª edición.
- CONNOR, J.M., & BOLOTOVA, Y. (2006), «Cartel overcharges: Survey and meta-analysis», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24(6): 1109-1137, noviembre.

- CONNOR, J.M. (2008), «Global Price Fixing», *Springer-Verlag, Berlin Heidelberg*, 2ª edición actualizada.
- CONNOR, J.M. (2013), «Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011 (October 24, 2012)». *European Competition Law Review*, 34: 58-77.
- (2014), «The Private International Cartels» (PIC) Data Set: *Guide and Summary Statistics*, 1990-2014. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2478271>
- CORTI, J. (2013), «Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC». *Documento de Trabajo, Serie Política de Competencia*, Nº 33/2013, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- DE, O. (2010), «Analysis of Cartel Duration: Evidence from EC Prosecuted Cartels», *International Journal of the Economics of Business*, 17: 33-65.
- DIEZ ESTELLA, F. (2013). «La revision jurisdiccional de los expedientes sancionadores de cárteles». *Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia*, Nº 39/2013, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A. (2004), «La política de competencia en España». *Papeles de Economía Española*, 100: 124-132.
- FIGUEROA, P. (2009), «Fines for antitrust infringements under the new Spanish 2007 Competition Act». *Competition Law International*, 5: 39-45.
- LILLO, C. (2014), «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia». *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 15: 51-82.
- MAÍLLO, J., y MILLA, P. (2013), *50 años de lucha contra los cárteles en España y perspectivas de futuro*, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- MARCOS, F. (2007), «The Enforcement of Spanish Antitrust Law: A Critical Assessment of the Fines Setting Policy and of the Legal Framework for Private Enforcement Actions». En *Competition Law- Emerging Trends*, SATYANARAYANA, P. (ed.): 149-165.

- MARCOS, F. (2012), «The Spanish Property Insurance Cartel». *Connecticut Insurance Law Journal*, 18 (2): 509-532.
- MARIN, J.M. (2014), «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: una nueva etapa para la competencia y la supervisión regulatoria en España». *Revista de Economía de Información Comercial Española*, 876: 7-15.
- MILLER, N.H. (2009), «Strategic Leniency and Cartel Enforcement». *American Economic Review*, 99: 750-768.
- MORA-SANGUINETTI, J.S., y HERNÁNDEZ DE COS, P. (2011), «An Assessment of the Reform of the Spanish Competition Framework». *World Competition*, 34 (3): 477-493.
- PÉREZ-BUSTAMANTE, J., y LÖWHAGEN, F. (2007), «El sistema de clemencia en la nueva Ley de Defensa de la Competencia». En *Anuario de la Competencia 2007*, CASES LI. (Dir.): 139-177.
- PETITBÒ, A. (2014), «Cárteles: obsesión sin análisis». En: *Anuario de la Competencia 2014*, CASES LI. (Dir.): 13-34.
- RAMOS, A. (2011), «Exchange of Information as Restriction by Object? The STANPA Cases in Spain». *Journal of European Competition Law & Practice*, 2 (6): 583-587.
- RINCÓN, A. (2013), «¿Qué es un cártel para la CNC?». *Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia*, Nº 32/2013, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- TUKEY, J.W. (1977), «Exploratory Data Analysis», *Reading, MA: Addison-Wesley*.
- VALIENTE, A. (2014), «What is it Like to Have a Single, Multi-sector Regulator—the Spanish Experience». *Journal of European Competition Law & Practice*, 5 (6): 373-378.
- ZHOU, J. (2013), «Evaluating leniency with missing information on undetected cartels: exploring time-varying policy impacts on cartel duration», *mimeo*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1985816

ANEXO

CUADRO N.º A.1.

RESOLUCIONES INCLUIDAS (ORDENADAS POR FECHA DE DECISIÓN)

RESOLUCIONES TDC	RESOLUCIONES CNC	RESOLUCIONES CNMC
354/94, Electrodomésticos Alicante	617/06, Cajas Vascas y Navarra	S/0378/11, Desmotadoras de algodón
376/96, Cárteles sidra	623/07, Transportes Barcelona	S/0404/12, Servicios Comerciales Aena
352/94, Industrias lácteas	648/08, Hormigones cántabros	S/0445/12, Equipos contra incendios
370/96, Desmotadoras de algodón	S/0037/08, Compañías de seguro decenal	S/0428/12, Palés
395/97, Vacunas Antigripales	S/0085/08, Dentífricos	S/0430/12, Recogida de papel
409/97, Alimentos infantiles	S/0014/07, Gestión de residuos sanitarios	S/0453/12, Rodamientos ferroviarios
426/98, Azúcar	S/0084/08, Fabricantes de gel	S/0429/12, Residuos
449/99, Repsol/Estaciones de Servicio	S/0106/08, Almacenes hierro	S/0473/13, Postes de hormigón
506/00, Transporte Mercancía Vizcaya	S/0091/08, Vinos finos de Jerez	S/0464/13, Puerto de Santander
543/02, Transmediterránea/Euroferrys/Buquebus	S/0120/08, Transitarios	S/474/13, Precios combustibles automoción
561/03, Líneas Marítimas Estrecho 2	S/0080/08, Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras	S/0425/12, Industrias lácteas 2
555/03, Líneas Marítimas Estrecho	S/0086/08, Peluquería profesional	S/0486/13, Concesionarios Toyota
565/03, Materiales Radiactivos	S/0107/08, Plataforma del mejillón	S/0489/13, Concesionarios Opel
588/05, Distribuidores Cine	S/0159/09, Unesa y asociados	S/0487/13, Concesionarios Land Rover
	S/0185/09, Bombas de fluidos	S/0488/13, Concesionarios Hyundai
	S/0224/10, Colomer	
	S/0167/09, Productores de uva y vinos de Jerez	
	S/0226/10, Licitaciones de carreteras	
	S/0192/09, Asfaltos	
	S/0060/08, Sintrabi	
	S/0241/10, Navieras Ceuta-2	
	S/0269/10, Transitarios 2	
	S/0251/10, Envases hortofrutícolas	
	S/0179/09, Hormigón y productos relacionados	
	S/0280/10, Suzuki-Honda	
	S/0244/10, Navieras baleares	
	S/0287/10, Postensado y Geotecnia	
	S/0318/10, Exportación de sobres	
	S/0331/11, Navieras Marruecos	
	S/0317/10, Material de archivo	
	S/0293/10, Transcont	
	S/0343/11, Manipulado de papel	
	S/0342/11, Espuma de poliuretano	
	S/0329/11, Asfaltos de Cantabria	
	S/0316/10, Sobres de papel	
	S/0385/11, Campezo construcciones	
	S/0303/10, Distribuidores saneamiento	
	S/0380/11, Coches de Alquiler	
	S/0402/12, Espuma elastomérica	
	S/0397/12, Transportes Madrid	
	S/0314/10, Puerto de Valencia	

Fuente: Elaboración propia a partir de Memorias del TDC, CNC e información en web CNMC.

Resumen

El reciente fenómeno de la responsabilidad social corporativa (RSC) provee incentivos vía mercado a las empresas para corregir posibles fallos del mercado y conflictos distributivos (contaminación, condiciones laborales, etc.). Puesto que tradicionalmente los fallos del mercado habían sido abordados por la regulación formal desde el sector público, es interesante analizar su relación e interacción con la RSC. El presente artículo explica el fenómeno de la RSC (o autoregulación), fundamentado en el activismo de los consumidores (y otros *stakeholders* de la empresa) y en la transparencia de los mercados al respecto de las prácticas empresariales, para posteriormente analizar su relación e interacción con la regulación formal. Los límites de esta (por ejemplo, la necesidad de información verificable) así como las características de la RSC permiten entrever contextos en los que la RSC y la regulación formal puedan coexistir, bien sea como instrumentos sustitutivos o complementarios, contribuyendo a mejorar el bienestar social.

Palabras clave: autorregulación, activismo, información asimétrica.

Abstract

The recent phenomenon of corporate social responsibility (CSR) provides market incentives to firms to correct potential market failures and distributional conflicts (pollution, employee's working conditions, etc.). Since traditionally market failures were addressed by the formal regulation from the public sector, it is interesting to analyze its relationship and interaction with the CSR. This article explains the phenomenon of CSR (or self-regulation), based on consumer activism (and other stakeholders of the company) and market transparency about business practices, and analyzes its relationship and interaction with formal regulation. The limits of regulation (for example, the need for verifiable information) and the characteristics of CSR suggest the existence of contexts in which CSR and formal regulation can co-exist, either as substitutes or complements, helping to improve social welfare.

Key words: self-regulation, activism, asymmetric information.

JEL classification: L21, L51, M21.

RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y REGULACIÓN: ¿COMPLEMENTOS Y/O SUSTITUTOS? (*)

Aleix CALVERAS (**)

Universitat de les Illes Balears

I. INTRODUCCIÓN

TRADICIONALMENTE, los fallos del mercado se han abordado mediante la regulación formal. Por ejemplo, las empresas que generan externalidades medioambientales en su proceso productivo (contaminación) se han visto sujetas a impuestos, cuotas y/o estándares. Recientemente, en cambio, la regulación formal fruto de la «política pública» se ha visto complementada por el fenómeno de la responsabilidad social corporativa (RSC), fruto a su vez del creciente *activismo* de los ciudadanos-consumidores (u otros *stakeholders*) mediante la «política privada» (*public politics v. private politics*; Baron, 2003).

Así, el activismo de distintos grupos de interesados o *stakeholders* (por ejemplo, los consumidores) y la RSC han modificado la forma en la que la ciencia económica se aproxima al control de las externalidades en la actividad empresarial. En la medida que un segmento significativo de consumidores concienciados (en este artículo los llamamos activistas) tengan en cuenta en sus decisiones de compra el comportamiento social de la empresa, esta podría decidir ir más allá de lo que la regulación formal exige en lo que respecta a una variedad de prácticas y políticas empresariales (elección de tecnología, políticas de recursos humanos, relaciones contractuales con sus proveedores en los países en desarrollo, etcétera).

El objetivo de este artículo es precisamente presentar y discutir el fenómeno de la RSC, analizando su relación e interacción con la regulación formal a la que se ven sometidas las empresas. ¿La creciente importancia de la RSC en los mercados nos obliga a repensar la regulación formal? ¿Qué ventajas tendría la RSC, si es que tiene alguna, sobre la regulación formal de los mercados? ¿La RSC y la regulación son complementarias o sustitutas?

El Premio Nobel de Economía, Milton Friedman, defendió en un provocador artículo en el *New York Times* en el año 1970 la prevalencia de la regulación formal de los posibles fallos del mercado, rechazando cualquier responsabilidad social de las empresas más allá de su maximización de beneficios: «There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud» (Friedman, 1970).

El argumento de Friedman está fundamentado en la mano invisible de Adam Smith y en la eficiencia de los mercados competitivos expuesta en los teoremas del bienestar, con la adenda de la regulación formal en el caso de presencia de fallos del mercado tales como externalidades, información asimétrica o poder de

mercado. Es oportuno, no obstante, recordar el momento histórico en el que Milton Friedman, de la Universidad de Chicago y de ideología liberal, escribió el artículo, el año 70, en plena guerra fría entre los EE.UU. y la U.R.S.S. El contexto ayuda a comprender como para Milton Friedman, la atribución de objetivos sociales a las empresas más allá de la rentabilidad financiera sería un primer paso hacia el socialismo y un sinsentido para una sociedad como la norteamericana.

Ha llovido mucho desde los años 70 y la Guerra Fría. Por un lado, el análisis económico y la teoría de la organización industrial han desarrollado la regulación óptima de los mercados, mostrando también cuáles son los límites de la regulación (información asimétrica, contratos incompletos, etc.; véase Laffont y Tirole, 1993). Por otro lado, en los últimos 50 años, de la mano del proceso de globalización económica, ha aumentado de forma extraordinaria la concienciación ciudadana al respecto de los aspectos sociales y medioambientales en nuestras sociedades (cambio climático y contaminación, pobreza y trabajo infantil en el Tercer Mundo, discriminación de género, etc.). Además, las tecnologías de la información (PCs, internet, etcétera) han incrementado la transparencia de los mercados y de la actividad empresarial, así como las posibilidades de organización y coordinación de la sociedad civil (en forma de ONG, etc.). Todo ello sugiere la conveniencia de repensar el argumento de Friedman y analizar las posibilidades que la RSC, conjuntamente con la regulación formal, generan en lo que respecta a la mejora del bienestar social.

Así, en primer lugar, en la sección II del artículo se presenta

el concepto de RSC, fundamentado en dos aspectos clave: el activismo de los consumidores (u otros *stakeholders* de la empresa como, por ejemplo, los inversores), y la transparencia de los mercados al respecto de las prácticas empresariales socialmente responsables (o no). La composición de la demanda, el activismo de los consumidores concienciados, proveerá incentivos a las empresas a ser socialmente responsables, pero solamente en la medida en que tales consumidores dispongan de información creíble al respecto de la responsabilidad social de las prácticas empresariales. Al ser muchos de los atributos éticos-verdes valorados por los consumidores atributos de *confianza* (Nelson, 1970), no directamente observables por los consumidores (por ejemplo, las condiciones laborales y medioambientales de producción) es necesaria la aparición en los mercados de instituciones o intermediarios que aporten tal información para dar viabilidad al fenómeno de la RSC. Afortunadamente, ejemplos de tales instituciones abundan, desde ecocertificaciones (por ejemplo, *Biosphere* en el sector hotelero) hasta índices financieros para empresas socialmente responsables como, por ejemplo, el *Dow Jones Sustainability Index*.

La sección III entra de lleno en la discusión de la interacción entre la RSC y la regulación formal. La RSC podrá coexistir y complementarse con la regulación formal en aquellos contextos en los que esta no puede conseguir por sí misma la eficiencia productiva. Así, por ejemplo, en ausencia de información verificable al respecto de la tecnología usada por la empresa, y en un contexto de heterogeneidad empresarial, el regulador podría optar por un estándar tecnológico uniforme.

La RSC, en cambio, mediante el activismo de los consumidores que no necesita de información verificable que llevar a los tribunales, podría conseguir que las empresas más eficientes fueran más allá del estándar tecnológico fijado por la regulación formal. Este sería un ejemplo en el que regulación y RSC son sustitutos, mientras que también pueden ser complementarias. Así, cuando el sector público incrementa las obligaciones de transparencia de las empresas al respecto de sus prácticas sociales y medioambientales se refuerza la potencia de los incentivos que puede generar la RSC (Calveras y Ganuza, 2015). Un ejemplo de tal regulación es la recientemente aprobada directiva de la UE al respecto de la obligación de las grandes empresas de informar sobre el impacto social y medioambiental de su actividad.

Finalmente, el presente artículo desarrolla un sencillo análisis empírico con datos cruzados a nivel de país en el que se ilustran y muestran los conceptos y las relaciones entre variables explicadas en las secciones anteriores. Así, a partir de distintas fuentes de datos, en la sección IV se presenta un índice de RSC por país, así como *proxies* del activismo de sus ciudadanos-consumidores, de la transparencia de los mercados, y de la intensidad reguladora en cada país. El análisis empírico nos permite, por un lado, mostrar el bajo nivel de RSC de España y los factores que lo explican, a la par que ilustrar con estos datos cruzados a nivel de país, la relación entre la RSC, el activismo, la transparencia y la regulación.

II. LA RSC (O AUTORREGULACIÓN)

Se consideran prácticas socialmente responsables todas aque-

llas actuaciones voluntarias de la empresa destinadas a mejorar las condiciones sociales o medioambientales (Heal, 2005 y 2008). Ejemplos serían, entre muchos otros, la adopción de tecnologías y prácticas de gestión para reducir la contaminación y el impacto medioambiental de la empresa (ISO14000, EMAS, etc.), mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, y la imposición de códigos de conducta a los proveedores (por ejemplo, prohibiendo el trabajo infantil). Nótese como la conservación del medioambiente y la prohibición del trabajo infantil serían, en la medida en que sean valorados por una parte de la ciudadanía, ejemplos de externalidades o bienes públicos generados durante el proceso de producción responsable. De hecho, Besley y Ghatak (2007) modelizan precisamente a la RSC como a la provisión por parte de una empresa de un bien público conjuntamente con la producción y venta del bien privado.

El *activismo* de los consumidores está en el corazón de nuestro análisis de la RSC. Por *activismo* denotamos el grado en que un consumidor (u otro *stakeholder* en otro contexto; ver cuadro n.º 1) internaliza las externalidades generadas por su consumo en el momento de decidir qué producto comprar. Existe una variada evidencia empírica mostrando la presencia de segmentos de consumidores con una disponibilidad a pagar un precio más alto por los productos de las empresas que adoptan algunas prácticas etiquetadas como socialmente responsables o, alternativamente, para penalizar a las empresas que son percibidas como socialmente irresponsables. Casadesus-Masanell *et al.* (2009) y Elfenbein *et al.* (2012) muestran evidencia de una mayor disponibilidad a pagar de algunos consumidores por productos eco-

CUADRO N.º 1

EMPRESA, *STAKEHOLDERS* Y RSC

Nuestra discusión de la RSC ha tomado a los consumidores como a principal *stakeholder* de la empresa. En general, sin embargo, la RSC concierne también al resto de *stakeholders* de la empresa (colectivos de interesados en la empresa): trabajadores, comunidad en la que la empresa opera, accionistas-inversores minoritarios, medioambiente, proveedores, etc. (véase gráfico 1). En general, pues, la RSC consiste en la adopción de toda una serie de prácticas empresariales socialmente responsables, yendo más allá de los requisitos legales, y teniendo en cuenta el impacto que la actividad empresarial tiene en el bienestar de todos los *stakeholders*. Así, las prácticas RSC se pueden visionar como a una inversión con retorno a medio-largo plazo o, análogamente, como a una estrategia de cooperación de la empresa con sus *stakeholders*. Así, más allá de incorporar dimensiones éticas-verdes en su modelo de negocio, la empresa incorpora en su cultura empresarial el diálogo, la transparencia y la cooperación con los distintos *stakeholders*, reduciendo el oportunismo en sus relaciones y, por tanto, mejorando la eficiencia y el bienestar de todos los *stakeholders*, inclusive los accionistas (Calveras y Ganuza, 2010).

lógicos y por productos ligados a donaciones a instituciones benéficas, respectivamente (véase también Mohr *et al.*, 2001, y Murray y Volgel, 1997).

Estos consumidores *activistas* (o concienciados) toman en cuenta (en un grado variable) las externalidades generadas por su decisión a pesar de la consecuencia insignificante que estas pueden tener en su propio bienestar. Este tipo de activistas podría, por tanto, estar dispuesto a pagar una prima por los bienes que se producen sin dañar el medio ambiente, que son producidos por las empresas que emplean a trabajadores con discapacidad, o que no emplean trabajo infantil. Entonces, sería la presencia de tales consumidores activistas (con su demanda para productos verdes-éticos) la que da incentivos a la empresa maximizadora de beneficios a tener un comportamiento *socialmente responsable*.

1. La RSC y la diferenciación de producto

Así, si la demanda es sensible al comportamiento social de las empresas, las empresas pue-

den hacer atractivo su producto, además de aumentando la calidad y/o reduciendo el precio, siendo socialmente responsables (reduciendo, por ejemplo, las externalidades medioambientales que lleva consigo la producción del producto, aumentando el mecenazgo cultural, mejorando las condiciones laborales de sus trabajadores, etc.; cualquiera dimensión que sea valorada por los consumidores activistas). La RSC pasa, pues, a formar parte central de la estrategia de diferenciación de producto de la empresa, de manera más importante cuanto mayor sea la demanda de productos éticos-verdes en el mercado. La competencia en el mercado entre las empresas ahora tendrá lugar también en la dimensión RSC, además de en calidad y precio.

Besley y Ghatak (2007) muestran la factibilidad de la RSC modelizada como a la provisión de bienes públicos por las empresas junto al bien privado que comercializan. Así, en un entorno en competencia entre empresas, Besley y Ghatak muestran como en el caso en que haya consumidores activistas dispuestos a pagar un sobreprecio por los bienes privados que se comerciali-

zan juntamente con los bienes públicos, entonces el mercado en competencia sí genera RSC empresarial (provisión de bienes públicos), aunque no el nivel eficiente. Esto es así debido al problema de *free-rider* entre los consumidores: los consumidores que valoran el bien público solamente están dispuestos a pagar en función de la utilidad marginal que ellos derivan de tal provisión del bien público. De hecho, en equilibrio las empresas eligen la misma provisión del bien público que la que se obtiene en un marco de provisión privada de bienes públicos.

Fernández y Santaló (2010) analizan empíricamente el impacto de la intensidad de la competencia en los mercados en la RSC empresarial, obteniendo el resultado que cuanto mayor sea la competencia, más prácticas RSC adoptarán las empresas. Así, la RSC sería usada por las empresas como mecanismo de diferenciación de las empresas rivales, diferenciación que tiene mayor valor cuanto más competencia exista en el mercado. (1) Siegel y Vitaliano (2007), Fisman *et al.* (2008), y Calveras y Ganuza (2015) analizan, también dentro de la política de diferenciación de producto de la empresa, el papel que puede jugar la RSC como señal observable de las dimensiones no observables de la calidad del producto de la empresa. Este papel de la RSC como señal de la calidad del producto contribuiría a explicar la creciente importancia que la RSC tiene dentro de la estrategia de *marketing* y publicidad de las empresas.

2. RSC e información

Muchos de los atributos que hacen a un bien o un servicio ético-verde o, más en general,

socialmente responsable, son atributos de *confianza* (*credence attributes*) no directamente observables por los consumidores ni antes ni después del consumo, no pudiendo aprender acerca de ellos, ya sea a través de la búsqueda o la experiencia (Nelson, 1970; Tirole, 1988; Baron, 2011). Ejemplos de tales atributos de confianza serían, entre otros, las condiciones laborales y medio-ambientales de producción, los peligros ocultos asociados con el consumo del producto, etc. Esta asimetría informativa extrema entre la empresa y sus clientes (y otras partes interesadas) con respecto a las prácticas de negocio de la empresa es una amenaza a la viabilidad de la responsabilidad social corporativa (RSC).

Tal y como hemos mostrado más arriba, la RSC está guiada principalmente por la demanda de los consumidores «activistas» dispuestos a pagar un precio mayor por un bien socialmente responsable. Si los consumidores no están seguros acerca de los atributos éticos del producto, entonces es posible que no estén dispuestos a pagar una prima por ellos y,

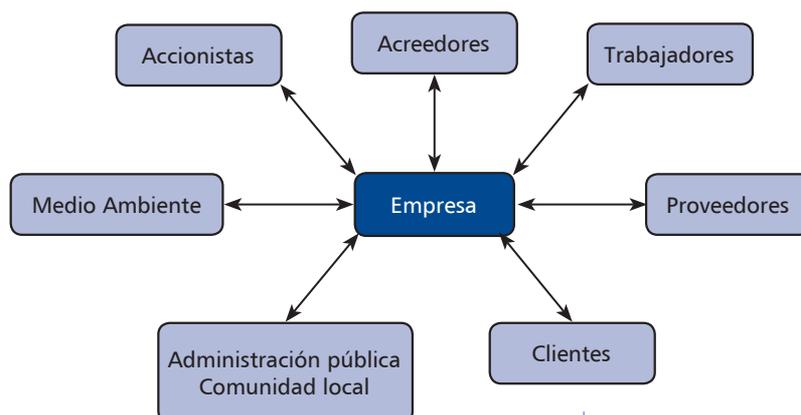
como consecuencia, las empresas no van a suministrar tales atributos en el primer lugar (Akerloff, 1974). Ausente tal información, por lo tanto, el mercado podría no proporcionar los atributos socialmente responsables valorados por los consumidores.

Por todo ello, el nivel de transparencia e información disponible por los consumidores con respecto a las prácticas empresariales es clave en el desarrollo de la RSC. Calveras y Ganuza (2015) analizan el impacto de la transparencia de los mercados en los incentivos de las empresas a adoptar prácticas socialmente responsables, concretamente prácticas que son atributos de confianza. De forma intuitiva, Calveras y Ganuza (2015) obtienen que mayor transparencia implica mayor RSC de parte de las empresas, tanto en un contexto de monopolio empresarial como en un mercado en competencia.

3. RSC, transparencia e intermediarios

Calveras y Ganuza (2015) muestran también como la propia em-

GRÁFICO 1
LA EMPRESA Y SUS STAKEHOLDERS



presa tiene incentivos sesgados en la provisión de dicha información, queriendo manipular la información que reciben los consumidores, con la consecuencia perversa de reducir los incentivos de la empresa a ser socialmente responsable. Tal y como Dulleck y Kerschbamer (2006) discuten al analizar los mercados y la provisión de bienes de confianza, la única manera en la que la RSC empresarial con atributos de confianza puede ser parte de un equilibrio es mediante la provisión de la información de forma creíble por una tercera parte (ONG, medios de comunicación, etc.). En este sentido debemos mencionar que existe una literatura académica importante sobre el papel de los intermediarios en los mercados de información incompleta. El principal resultado de esta literatura es que la existencia de estos intermediarios generadores de información aumenta el bienestar de los participantes en el mercado. Taylor (1995) y Lizzeri (1999), por ejemplo, demuestran que la existencia de intermediarios informados que aminore la asimetría de información entre oferta y demanda puede aumentar el excedente global. Dyck y Zingales (2002), en un artículo empírico centrado en el papel de la información y la RSC, muestran como aquellos países con una mayor transparencia respecto a las prácticas empresariales (nivel de transparencia aproximado por el volumen de difusión de la prensa en el país) cuentan con un sector empresarial más receptivo y proclive a adoptar prácticas de gestión medioambiental.

Existen en el mercado múltiples instituciones con la misión de aportar información a los consumidores (y otros *stakeholders*) al respecto de la RSC empresa-

rial. Entre otras, existen sellos y certificaciones otorgadas por entidades y asociaciones empresariales privadas, por ejemplo, las certificaciones verdes (o ecológicas) *Biosphere* y *EarthCheck* en el sector hotelero; o la SGE21 en España, otorgada por Foretica; la ISO26000, aún no certificada, a diferencia de las ISO9000 e ISO14000. Además, en el mercado de capitales, existen índices bursátiles que incorporan solamente a aquellas empresas consideradas responsables o sostenibles (el *Dow Jones Sustainability Index*, y el *Footsie4Good del Financial Times*). Existen también estándares de comunicación de la información como el *Global Reporting Initiative* (GRI) que determinan modelos de provisión de información por parte de las empresas en sus memorias de sostenibilidad. Las memorias de sostenibilidad de las empresas, en las que estas explican y detallan el impacto de sus políticas en el entorno social y medioambiental, en general no están auditadas. Algunas empresas, sin embargo, incorporan de forma creciente un *quality assurance* en la memoria de parte de alguna auditoría. Estos *quality assurance*, sin ser una auditoría formal, mejoran la calidad de la información aportada por la empresa en su memoria (KPMG, 2013).

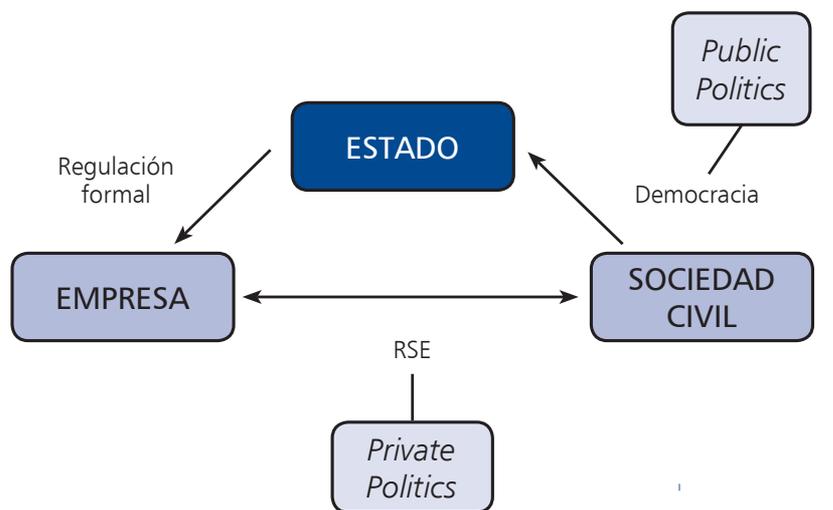
III. RSC Y REGULACIÓN: ¿COMPLEMENTOS Y/O SUSTITUTOS?

En la sección anterior hemos discutido el papel de la RSC en la resolución o mitigación de fallos del mercado como, por ejemplo, externalidades o bienes públicos (contaminación, etc.). Tradicionalmente, sin embargo, ha sido la regulación formal (mediante impuestos pigouvianos y/o están-

dares tecnológicos) la encargada de lidiar con tales fallos de mercado. El gráfico 2 nos muestra los dos caminos que recorren la regulación de parte del estado y la RSC (*public politics versus private politics*, respectivamente; Baron, 2003) para conseguir un comportamiento empresarial más acorde con el bienestar social. La existencia de ambos caminos sugiere la oportunidad de analizar y discutir la relación e interacción entre la RSC (o autorregulación) y la regulación formal (Calveras y Ganuza, 2010). ¿Hay que repensar la regulación formal debido a la creciente importancia en los mercados de la RSC? ¿Es la regulación de los mercados menos necesaria debido al creciente activismo de parte de los ciudadanos-consumidores en los mercados? ¿Qué ventajas tendría la RSC, si es que tiene alguna, sobre la regulación formal de los mercados? ¿La RSC y la regulación son complementarias o sustitutas?

Tal y como hemos explicado más arriba, Besley y Ghatak (2007) modelan la RSC como a la provisión por las empresas de un bien público junto al bien privado que comercializan. En su artículo, analizan también la ventaja-desventaja de la RSC frente a la tradicional acción del Gobierno en relación a la provisión de bienes públicos, considerando y analizando tanto la provisión directa del bien público por el mismo Gobierno, como la regulación formal de las empresas. ¿Qué forma institucional cuenta con ventajas en la provisión del bien público? Besley y Ghatak (2007) muestran como la RSC empresarial se podría justificar cuando el Gobierno no puede conseguir por sí mismo ni la propia y directa provisión óptima del bien público, ni la regulación formal puede conseguir el bienestar social.

GRÁFICO 2
REGULACIÓN FORMAL Y RSC: PUBLIC POLITICS VERSUS PRIVATE POLITICS



Un contexto en el que claramente la provisión directa por el Gobierno del bien público no es óptima se da en el caso en el que el bien público está intrínsecamente ligado con el proceso productivo de la empresa; por ejemplo, el trabajo infantil o la contaminación. En este caso, la provisión directa del Gobierno no es una opción: no tiene sentido dejar actuar a la empresa y luego ir a limpiar la contaminación generada, por ejemplo. En este caso en el que la provisión directa por el Gobierno no es óptima podría serlo, sin embargo, la regulación formal mediante la fijación de estándares tecnológicos o impuestos pigouvianos (prohibiendo el trabajo infantil o poniendo impuestos a la contaminación).

La cuestión, entonces, es hasta dónde puede llegar la regulación. En condiciones ideales (i) información perfecta sobre el comportamiento de la empresa y las preferencias de los consumidores sobre ese comportamiento, (ii) capacidad de

compromiso, y (iii) costes de transacción bajos de implementación y control), la regulación es un instrumento que sirve para que las empresas internalicen las externalidades y se maximice el bienestar social (para un análisis detallado de la teoría de la regulación, ver Laffont y Tirole, 1993). En nuestro ejemplo podría bastar con imponer a la empresa una multa o impuesto en el caso en el que la empresa contamine o use trabajo infantil, disuadiendo con ello a la empresa y maximizando, por tanto, el bienestar social.

1. La RSC y la regulación como sustitutos

Existen, sin embargo, múltiples contextos en los que la regulación no puede implementar la asignación óptima. Sin pretensión de exhaustividad proponemos tres posibles situaciones en las que la regulación gubernamental puede no ser eficaz y, en cambio, los incentivos vía mercado de la RSC (mediante el

activismo de los consumidores) pueden inducir a las empresas a comportarse de forma responsable y mejorar el bienestar social.

Información no verificable

Supongamos que aunque el regulador pueda tener acceso a la misma información que los consumidores, se enfrenta a una restricción adicional: la regulación debe estar basada en información verificable, que pueda ser llevada y defendida ante un tribunal. En caso de no disponer de tal información verificable, el regulador difícilmente podrá implementar la solución óptima (por ejemplo, en lo que respecta a estándares tecnológicos menos contaminantes). El activismo de parte de los consumidores, en cambio, no se enfrenta a esta restricción. Es suficiente con disponer de la información para, mediante incentivos de pagar un mayor precio o amenaza de boicot, inducir a la empresa un comportamiento socialmente responsable. Así, por ejemplo, es difícil para un regulador supervisar la actividad de una empresa multinacional en el extranjero (en lo que respecta a las condiciones laborales de sus subsidiarias, gestión medioambiental, etc.). Las ONG, en cambio, pueden tener acceso a la información necesaria para movilizar a los consumidores, incluso aunque la información no sea verificable.

Otro contexto en el que se muestra la importancia de la falta de información verificable en la actividad reguladora es cuando existe heterogeneidad empresarial. Puede que para algunas empresas sea más barato que para otras reducir la externalidad (contaminar). Con información perfecta, esto llevaría a la existencia de diferentes estándares de regula-

ción en función de la tecnología de la empresa (la regulación óptima consistiría en exigir a la empresa eficiente que adoptase una tecnología más limpia a cambio de una mayor compensación). Sin embargo, debido a restricciones en la información verificable disponible, en algunos casos puede no ser posible discriminar entre las empresas, y por lo tanto la administración regula de forma homogénea exigiendo el mismo estándar a todas las empresas. En este caso, la autorregulación (RSC) inducida por la presión de los consumidores activistas (no restringidos por la necesidad de disponer de información verificable) podría jugar un papel positivo induciendo a las empresas más eficientes a ir más allá de los estándares fijados por la regulación.

Captura del regulador

La captura del regulador significa que, mediante distintos mecanismos, las empresas disponen de la suficiente capacidad para influir en su propia regulación. En tal caso, la regulación será favorable para las empresas del sector y, previsiblemente, no inducirá el comportamiento socialmente eficiente de las empresas. En este contexto, la presión del mercado (mediante activismo, boicots) podría jugar un papel positivo induciendo a las empresas, a adoptar un comportamiento socialmente responsable.

Preferencias heterogéneas de los ciudadanos-consumidores

Algunos ciudadanos-consumidores pueden querer promover valores que no son compartidos por la mayoría de la población ni, por tanto, por el legislador o regulador. Debido a que las preferencias son heterogéneas es

inevitable que los valores de algunos consumidores, inversores y/o trabajadores no se vean perfectamente reflejados en la política regulatoria. Entonces, de forma individual u organizada (las ONG, etc.), estos consumidores (inversores, ...) se convertirán en activistas (Benabou y Tirole, 2010). Kitzmueller y Shimshack (2012) indican que cuando los consumidores éticos son una minoría (mayoría), el Gobierno puede regular demasiado poco (demasiado). Calveras *et al.* (2007) muestran que la intensidad de la regulación puede ser no monótona con el grado de activismo en una sociedad. Esto podría ser así pues cuando los consumidores no-activistas son mayoría en una sociedad y deciden el nivel de regulación pueden hacer *free-riding* en las externalidades positivas generadas por un creciente activismo, reduciendo la intensidad de la regulación al mismo tiempo que se benefician del menor precio del producto en un mercado menos regulado.

Resumiendo, la RSC puede jugar un papel suplementario-sustituto respecto a la regulación gubernamental en aquellos contextos en los que la intervención gubernamental se ve limitada por algún factor (información, contratos incompletos, etc.). Entonces, la presión de los mercados vía activismo de los consumidores u organizaciones interpuestas (las ONG) podría suplir y sustituir mayores niveles de regulación.

2. La RSC y la regulación como complementarias

Tal y como hemos explicado más arriba, el funcionamiento de la RSC reside en dos factores principales: el activismo de los *stakeholders*, y la existencia de información al respecto de las prác-

ticas empresariales. Esto implica que generar información sobre el comportamiento de las empresas es positivo porque permite la existencia de *stakeholders* activistas que finalmente disciplinarán a las empresas (Calveras y Ganuza, 2015). Aunque en la generación de información pueden intervenir diversos actores (las ONG, medios de comunicación, empresas certificadoras, etc.), todos ellos importantes, el sector público puede jugar un papel clave por la característica de bien público de la información (y la consecuente posible infra-producción por los agentes privados).

El papel del sector público en incrementar la transparencia puede presentar distintas formas. En primer lugar, puede regular la provisión de la información de las partes implicadas, generando reglas de transparencia sobre el comportamiento de las empresas, y sistemas de verificación de la información. Y en segundo lugar, el sector público puede hacer una labor importante seleccionando la información que se tiene que aportar, y la forma en la que se tiene que hacer. Aunque nos estamos refiriendo a la información e incluso a la externalidad como si fueran fenómenos unidimensionales, existen muchos tipos distintos de comportamiento social, y existe una información muy dispersa sobre el comportamiento de las empresas (las empresas, por ejemplo, actúan en diversos ámbitos, el autonómico, nacional, europeo, y en cada uno de ellos se provee información). Existen, pues, multitud de medidas, y esto no siempre significa más y mejor información. Generar o seleccionar un número reducido de índices, basados en medidas de cumplimientos de estándares fiables, puede mejorar la información que reciben los consumidores y, con ello, los incentivos

de las empresas a un comportamiento socialmente responsable (véase el cuadro n.º 2 en el que se explica y comenta una reciente directiva de la Comisión Europea obligando a las grandes empresas de la UE a informar al respecto de su actividad social y medioambiental).

Así pues, la regulación que incrementa la transparencia del mercado al respecto de las prácticas empresariales es un ejemplo de regulación complementaria con la propia RSC (Brynjolfsson y Roberts, 2012). La adopción de una medida aumenta la rentabilidad marginal de adoptar la otra: incrementar la transparencia es más valioso cuando hay una demanda activista-concienciada; y el impacto de una mayor demanda activista será mayor cuando los consumidores dispongan información creíble al respecto de las prácticas empresariales.

3. La RSC para evitar la regulación gubernamental

La idea es que puede haber empresas que adopten políticas

y prácticas RSC (internalizando parcialmente las externalidades que producen) con el fin de evitar que surjan grupos de interés que presionen demandando una respuesta reguladora. Hace unos años, por ejemplo, las cadenas de TV españolas adoptaron un código de conducta en relación al contenido de sus emisiones y al horario infantil con la consecuencia que el Gobierno aceptó no incorporar una regulación formal en la medida en que las empresas (las cadenas de TV) cumplirían el citado código de conducta (Ganuza, 2012).

Maxwell *et al.* (2000) presentan un modelo en el que la reducción de emisiones por debajo del máximo establecido por la ley reduce la probabilidad de regulaciones más estrictas en el futuro. Un supuesto central para Maxwell *et al.* (2000) es que es costoso para las empresas y para los ciudadanos implicarse en el proceso político que determina la regulación formal (*public politics*). Por este motivo, las empresas pueden decidir no llegar al máximo permitido por la ley, es decir, ser «socialmente responsable» (lo cual supone un coste) para

de esta forma evitar la presión ciudadana sobre el regulador (y reducir ya de paso, el propio esfuerzo de *lobbying* de las empresas). Brohue *et al.* (2009) muestran mediante datos de la industria del metal como la participación en un programa voluntario de reducción de los gases invernaderos estaba relacionada con distintas formas de presión externa, incluida la amenaza del regulador. Maxwell y Decker (2008), sin embargo, apuntan a que muchas de las inversiones relacionadas con el medioambiente parecen dirigidas a reducir los costes de cumplir con las regulaciones existentes, más que a evitar regulaciones futuras.

IV. RSC: EVIDENCIA EMPÍRICA A NIVEL DE PAÍS

En esta sección vamos a realizar un sencillo análisis empírico con datos cruzados a nivel de país de la relación entre la RSC y algunas de las principales variables que han aparecido en nuestra discusión. Todo ello nos permitirá, además de repasar las relaciones y conceptos usados

CUADRO N.º 2

NUEVA DIRECTIVA DE LA UE SOBRE DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL DE LAS GRANDES EMPRESAS

El pasado año 2014, la Comisión Europea adoptó una nueva Directiva sobre la divulgación de información no financiera por parte de las grandes empresas (2014/95/EU). Así, a partir del año 2017 (en que los gobiernos ya deberán de haber traspuesto la directiva a su propia legislación), las empresas de más de 500 trabajadores y que superen una facturación de 40 millones de euros, deberán informar sobre sus impactos en materia social, ambiental, políticas de diversidad, respeto a los derechos humanos y medidas contra la corrupción y el soborno. La información proporcionada por las empresas debe incluir una descripción de sus políticas, los resultados obtenidos y la gestión de los riesgos: las grandes empresas están obligadas a informar sobre aquellos aspectos «materiales» y «relevantes» que afecten a su actividad. Se calcula que la medida afectará a unas 6000 empresas a nivel europeo, y a unas 500 o 600 en España.

La medida presenta aspectos positivos y negativos. En positivo, la medida en sí: incrementar la transparencia debería aumentar la efectividad de la presión del mercado en generar mayor responsabilidad empresarial. En negativo, la timidez en la mayoría de los aspectos de la directiva. La obligación de aportar información afecta a pocas empresas (de hecho, muchas de las afectadas ya están actualmente aportando tal información mediante memorias de sostenibilidad). La directiva no impone ningún estándar ni indicadores a incluir sobre cómo informar (aunque sí cita algunos referentes de información posibles), ni obliga a auditar o acreditar la información aportada. Tampoco incluye sanciones por incumplir la normativa. De hecho, la Directiva es un compromiso entre los países miembros, lo cual supone que tal Directiva se queda corta respecto a legislación más exigente existente en muchos países de la Unión, por ejemplo, Dinamarca y Francia (El País, «Transparencia obliga», 23 abril 2014).

hasta el momento, mostrar evidencia del nivel de RSC de los países para los que disponemos de datos, entre ellos España, y analizar en qué manera los niveles de RSC del país están relacionados con el nivel de activismo, transparencia y regulación.

El cuadro n.º 3 nos muestra y describe las variables usadas en el análisis, así como sus fuentes, mientras que el cuadro n.º 2 nos muestra la correlación entre ellas. Concretamente, en el análisis vamos a usar datos por países del nivel de RSC, el activismo, la

transparencia de los mercados, la intensidad de la regulación y, finalmente, la confianza de los ciudadanos en sus conciudadanos. Nuestro sencillo análisis empírico va a consistir principalmente en mostrar correlaciones entre variables (con una excep-

CUADRO N.º 3

VARIABLES DEL ANÁLISIS EMPÍRICO

RSC: Índice del nivel de responsabilidad social de las empresas del país. En el trabajo *The State of Responsible Competitiveness 2007*, los autores desarrollan el Índice de Competitividad Responsable 2007, midiendo para una serie de países los factores que determinarían la «competitividad responsable» del país en cuestión. El Índice (*Responsible Competitiveness Index 2007*) incluye tres subíndices que, según los autores, contribuyen a la competitividad responsable de un país: (i) políticas del país (*policy drivers*), (ii) prácticas de las empresas (*business action*), y (iii) posibilitadores sociales (o entorno social; *social enablers*). El segundo subíndice, *business action*, es el que mejor se aproxima a medir el nivel RSC de las empresas de un país, incluyendo de fuentes distintas una serie de medidas sobre el comportamiento ético de las empresas del país, igualdad de salarios para trabajos similares, y la ratio de certificaciones de la ISO. Este subíndice *business action* es nuestro índice de RSC por país. Concretamente, en el *Report*, disponible online, se detallan las distintas variables incluidas en el subíndice (así como también sus fuentes): eficacia del consejo de administración, el comportamiento ético de las empresas, igualdad de salarios para trabajos similares, fortaleza de los estándares de contabilidad y auditoría, el grado de formación del personal, el ratio de certificaciones de la ISO, y los accidentes laborales.

Activismo: Medimos el activismo de los consumidores-ciudadanos del país mediante dos indicadores distintos: **Disponibilidad a pagar**, y **Pertenencia a ONG** a partir de datos de la encuesta *Environment III* del año 2010 del ISSP (*International Social Survey Programme*) realizada en una variedad de países. Es importante resaltar, pues, que los indicadores de activismo están restringidos al ámbito medioambiental con las limitaciones que esto pueda suponer. La encuesta incluye la pregunta «¿Hasta qué punto estaría Ud. a favor de pagar precios mucho más elevados para proteger el medio ambiente?», con las siguientes posibles respuestas: «(i) Muy a favor; (ii) Bastante a favor; (iii) Ni a favor ni en contra; (iv) Bastante en contra; (v) Muy en contra». El indicador «Disponibilidad a pagar» mide el porcentaje de respuestas (i) y (ii). La encuesta también incluye la pregunta: «¿Pertenece Ud. a algún grupo o asociación, cuyo fin principal sea conservar o proteger el medio ambiente?». El indicador «Pertenencia a ONG» mide el porcentaje de respuestas del país que han respondido SI a la pregunta.

RSC Ibx35: Recoge el índice elaborado por el Observatorio de Responsabilidad Social en su informe anual *La Responsabilidad Social Corporativa en las memorias anuales de las empresas del IBEX35* de los años 2003 a 2011. El objetivo de este estudio es medir la calidad de la información sobre aspectos de RSC proporcionada en la documentación y en las memorias públicas y accesibles de las empresas del Ibx 35. El estudio pretende medir tanto el grado de calidad técnica y coherencia como los contenidos y los sistemas de gestión descrita. El índice general está compuesto por tres subíndices: contenidos, sistemas de gestión y gobierno corporativo. Para cada uno de los indicadores incluidos en cada uno de los subíndices se evalúa la información aportada con la numeración de 0 (no hay evidencia cumplimiento, no se menciona...) hasta el 4 (supera requisitos, describe sistemas y resultados de seguimiento, verificación, etc.). Así, el índice y los subíndices se construyen a partir de las medias de las puntuaciones obtenidas por todos los indicadores. El eje de «Contenidos» valora la concordancia de la información suministrada con las recomendaciones recogidas en diversos indicadores económicos, sociales, medioambientales, derechos humanos, corrupción, etc. (GRI, Pacto Mundial, etc.). El eje de «Sistemas de gestión» analiza la información relativa los procesos y sistemas de gestión implantados en materia de RSC principios y requisitos GRI, AA1000, etc.). Y el eje de «Gobierno corporativo» valora la información suministrada con las recomendaciones recogidas en los textos de buenas prácticas (código Aldama, CNMV, etc.). Finalmente, 'Total' es una media de los tres ejes anteriores.

Transparencia: Mide el porcentaje de ciudadanos del país que declaran estar informados sobre qué hacen las empresas para comportarse responsablemente con la sociedad. Los datos se han obtenido del Eurobarómetro Flash 363 de la Comisión Europea, y recoge datos de todos los países de la Unión Europea, y algunos más como por ejemplo Brasil, China y la India.

Regulación: Mide la intensidad de la regulación a nivel de país mediante los indicadores desarrollados por la OCDE a nivel general de la economía (Koske *et al.*, 2015). Usamos los datos de regulación de los mercados de productos (*product market regulation*) del año 2008, que resumen una amplia variedad de regulaciones existentes a lo largo de los países (existen datos para los años 1998, 2003, 2008 y 2013).

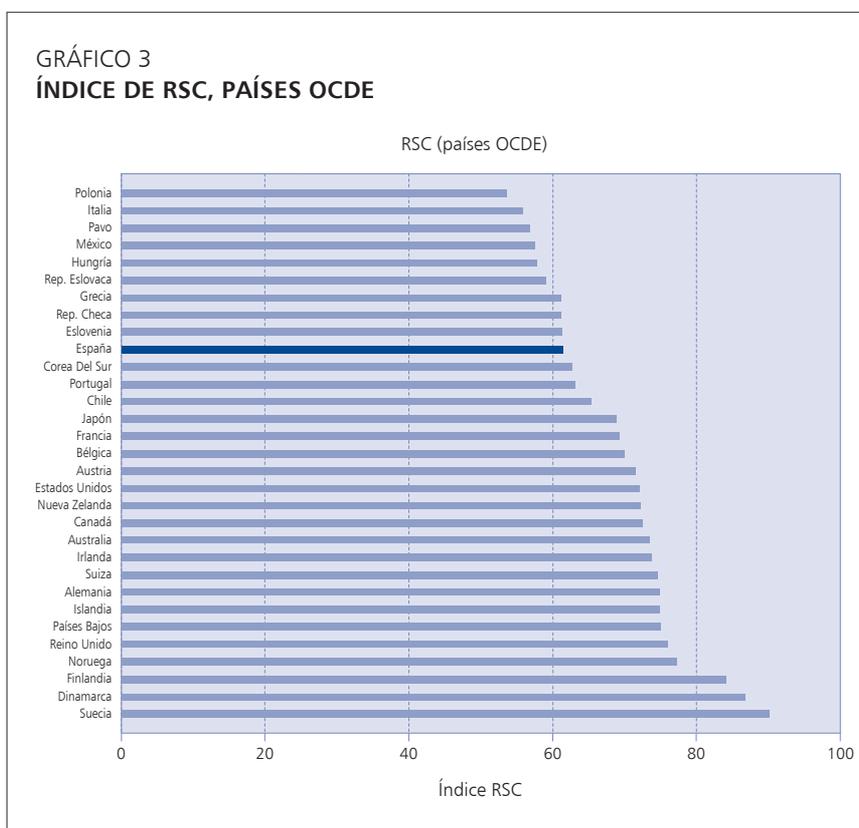
Confianza: Mide el grado de confianza de los ciudadanos de un país a partir del *World Value Survey (WVS)* en su quinta oleada (años 2005-2009; concretamente la encuesta se implementó en los años 2005-2006). La medida del grado de confianza del país se obtiene a partir de las respuestas a la pregunta: «Hablando en términos generales, ¿diría usted que se puede confiar en la mayoría de la gente o que hay que ser muy prudente al tratar con los demás?», con dos posibles respuestas: «(i) Se puede confiar en la mayoría de la gente»; y «(ii) Hay que ser muy prudente». El indicador de confianza mide el porcentaje de respuestas (i) del país indicando que se puede confiar en la mayoría de la gente.

ción) puesto que el pequeño número de observaciones disponibles por países nos impide llevar a cabo un análisis econométrico de mayor sofisticación.

Empezamos en primer lugar mostrando el índice de RSC de los países de la OCDE (aunque los datos están disponibles para un número mayor de países), observando como España se encuentra en el nivel bajo del índice de RSC por países (gráfico 3). En el cuadro 4 comprobamos la existencia de una correlación positiva y significativa entre el índice de RSC y el PIB per cápita.

1. RSC, activismo y transparencia

El análisis desarrollado en las secciones previas nos ha mostrado que la RSC depende de dos factores: (i) la composición de la demanda (el grado de activismo de los ciudadanos-consumidores), y (ii) la transparencia del mercado respecto a las prácticas empresariales. Respecto al primero de los factores, disponemos de dos medidas del activismo de la demanda de un país: la disponibilidad a pagar de los consumidores-ciudadanos del país a cambio de poder com-



prar productos más respetuosos con el medio ambiente, y el nivel (porcentaje) de la población que pertenece a grupos-asociaciones con fines de protección medioambiental (las ONG medioambientales). El siguiente gráfico 4 nos muestra como ambas medidas de activismo están efectivamente correlacionadas

de forma positiva con el nivel de RSC del país. Observamos también como una de las posibles causas explicativas del bajo nivel de España en el índice de RSC puede ser debido al bajo nivel de *activismo* de la ciudadanía española, al menos en lo que respecta a las cuestiones medioambientales.

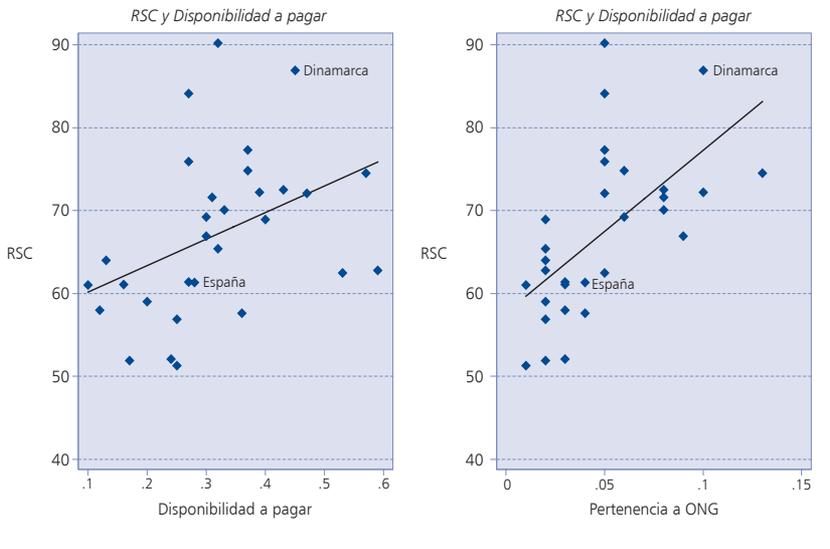
CUADRO N.º 4

CORRELACIÓN ENTRE LAS VARIABLES DEL ANÁLISIS EMPÍRICO

	RSC	DISPONIBILIDAD A PAGAR	PERTENENCIA A ONG	TRANSPARENCIA	REGULACIÓN	CONFIANZA
RSC.....	1					
Disponibilidad a pagar	0.40(**)	1				
Pertenencia a ONG.....	0.59(***)	0.45(***)	1			
Transparencia.....	0.54(***)	0.60(***)	0.59(***)	1		
Regulación.....	-0.60(***)	-0.2885	-0.25	-0.20	1	
Confianza	0.66(***)	0.28	0.49(**)	0.26	-0.33	1
PIB per cápita	0.81(***)	0.53	0.39(**)	0.36(**)	-0.70(***)	0.68(***)

Notas: (*) Significativa al 10 por 100
(**) Significativa al 5 por 100
(***) Significativa al 1 por 100

GRÁFICO 4
RSC Y ACTIVISMO



los años anteriores se ha visto cortada o atenuada a partir de los años 2008-2009, posiblemente por la crisis económica en la que entró España estos años. Es decir, se observa un cierto cambio de tendencia en los años 2008-2012 respecto a la evolución previa aunque, claro, hay que ser cauteloso respecto a la magnitud de tales cambios. Esta evolución se podría explicar por un cambio en la composición de la demanda, con consumidores menos sensibles a cuestiones sociales y medio ambientales y más sensibles al precio. Claro está que tampoco podemos excluir otros mecanismos, por ejemplo que la crisis económica y su impacto en la rentabilidad empresarial puedan haber reducido los recursos financieros que las empresas dedican a temas de RSC.

La RSC en España y la crisis

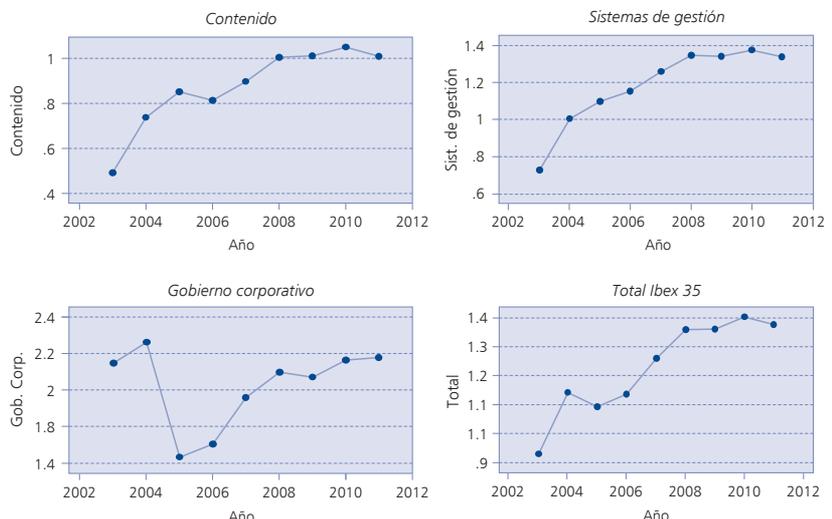
Es razonable pensar que la responsabilidad social individual es un bien normal (Benabou y Tirole, 2010). Así, el activismo de los consumidores y la demanda de bienes socialmente responsables dependería del nivel de renta disponible de estos y, por tanto, de la coyuntura económica. En la medida que la crisis económica tiene un impacto en las rentas disponibles de los ciudadanos-consumidores, estos reducirían su disponibilidad a pagar por bienes socialmente responsables, lo cual debería de afectar negativamente a los incentivos empresariales a la RSC. No disponemos de datos por países de la evolución del índice de RSC después del inicio de la crisis económica, pero sí disponemos para España de datos de la evolución del nivel y calidad de la información aportada por las empresas del Ibx 35 al respecto de sus prácticas de RSC (información y comunicación en las memorias de sostenibilidad).

A continuación mostramos la evolución del Índice de RSC de las empresas del IBEX 35 elaborado por el Observatorio de RSC, años 2003-2011 (2). Observamos como en los distintos subíndices de «contenido», «sistemas de gestión» y «gobierno corporativo», la evolución creciente en

RSC y transparencia de los mercados

Además de en la composición de la demanda, la RSC se apoya en la transparencia de los

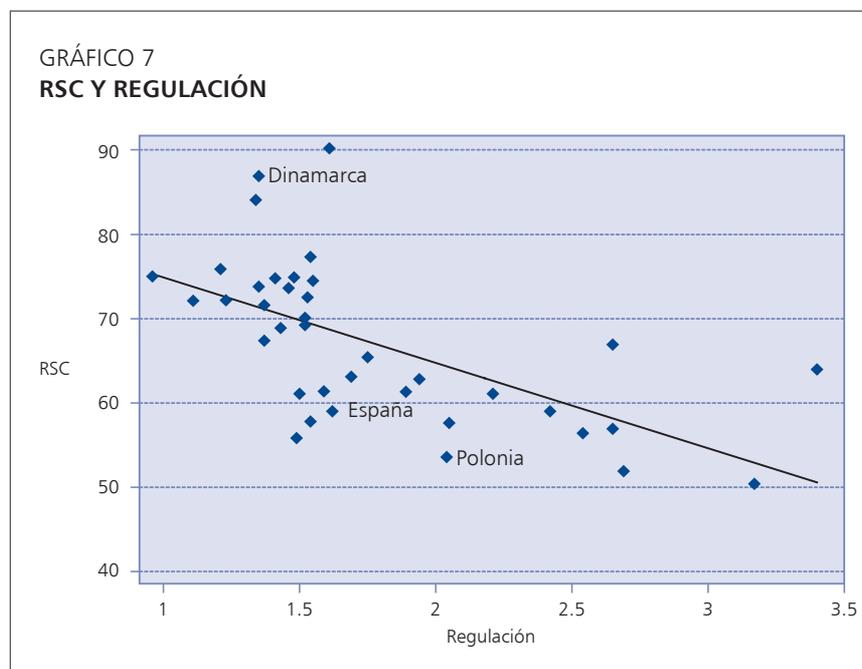
GRÁFICO 5
RSC IBEX 35



mercados respecto a las prácticas empresariales. Parece oportuno, pues, mostrar la relación entre la RSC y la transparencia de los mercados del país, lo cual hacemos en el gráfico 6. Así, tal y como predice la teoría, países con mayores niveles de transparencia (mejor información de sus ciudadanos al respecto del comportamiento responsable de las empresas de sus países) muestran niveles de RSC mayores. En este caso, el gráfico nos muestra como España se encuentra en un nivel bajo del índice de transparencia usado (los ciudadanos españoles han declarado estar poco informados al respecto del comportamiento de las empresas españolas), factor que también contribuiría a explicar el bajo nivel del índice de RSC de España.

2. RSC y regulación

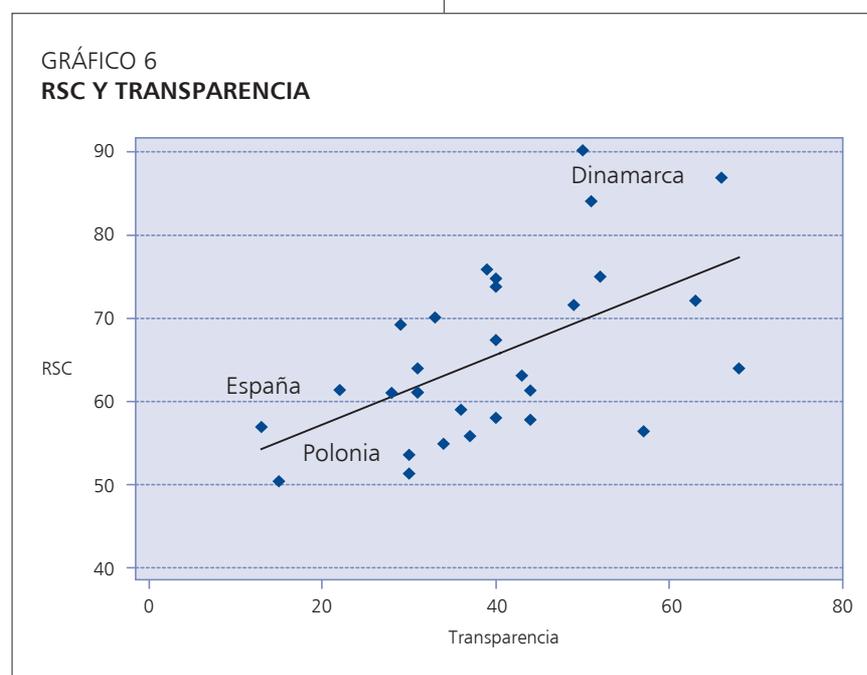
A continuación pasamos a analizar la relación entre el nivel de RSC de las empresas de un país, y la regulación a la que hacen frente. No sabemos de nin-



gún análisis empírico que específicamente analice esta relación/interacción entre la RSC y la regulación a la que estas empresas hacen frente (3). Observamos en el gráfico 7 como existe una correlación negativa y fuertemente significativa entre el nivel (intensidad) de la regulación existente en un

país, y la RSC de sus empresas, según nuestro indicador. El cuadro n.º 4 muestra una correlación negativa entre las dos variables de un -0.6 (significativa a un 0.000), correlación negativa que apoya en este sencillo análisis la idea de la RSC y la regulación como instrumentos sustitutos discutida en la sección III. Así, a nivel de país, RSC de sus empresas y la regulación formal se sustituirían: en aquellos países con mayor nivel de RSC (por ejemplo, debido a un mayor activismo de sus ciudadanos-consumidores y una mayor transparencia de sus mercados), el nivel de regulación formal sería menor. Y viceversa, en aquellos países con un nivel de RSC menor se requeriría una mayor regulación formal de la actividad empresarial como mecanismo para corregir los fallos del mercado.

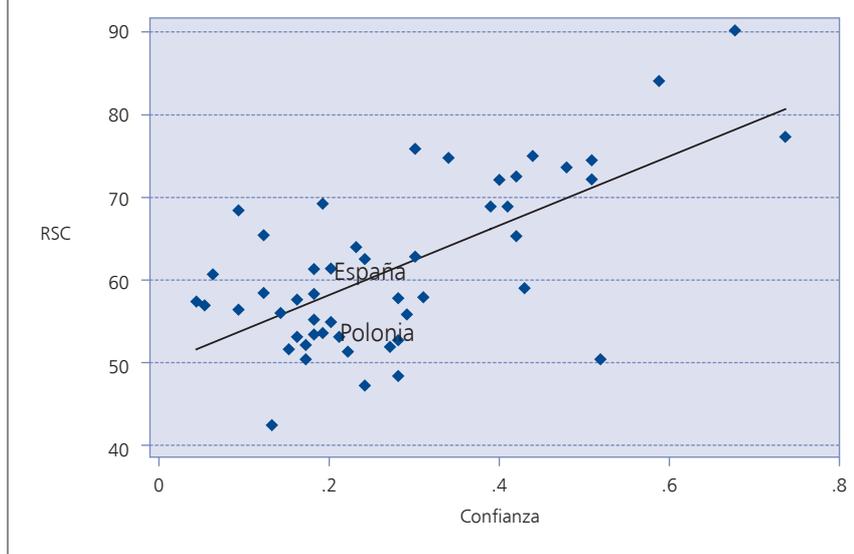
En un reciente trabajo, Aghion *et al.* (2009) muestran una fuerte correlación positiva entre el nivel de regulación existente en un país y el nivel de *desconfianza* de los ciudadanos del país. Los



autores explican esta correlación por el hecho que una mayor desconfianza en los ciudadanos de un país generaría una demanda social de una mayor regulación, la cual a su vez desincentivaría la generación de confianza, creando un círculo vicioso y dando lugar a la correlación entre desconfianza e intensidad de la regulación. Este análisis es importante para nuestra discusión de la relación entre RSC y regulación en la medida que la RSC está directamente ligada a la generación de confianza en la sociedad (Sen, 2009). Este vínculo entre RSC y confianza es uno de los mecanismos por los que la RSC mejora la eficiencia en los intercambios económicos que tienen lugar en una sociedad, en ausencia de un control externo (como por ejemplo, la regulación). Así, para Sen (2009), RSC y confianza son dos conceptos intrínsecamente relacionados. Por todo ello, parece conveniente incorporar el nivel de confianza existente en un país en nuestro sencillo análisis. Efectivamente, observamos como nuestro índice de RSC está positivamente correlacionado con el nivel de confianza existente en el país, y la correlación es fuerte, positiva y estadísticamente significativa, tal y como podemos ver en el cuadro n.º 5. Observamos también en el gráfico 8 como España se encuentra en un nivel bajo de la variable confianza.

Dadas las correlaciones entre RSC, nivel de regulación y confianza, parece interesante para nuestro objetivo de analizar la relación entre RSC y regulación, el controlar esta relación por el nivel de confianza existente en el país, que podría estar generando la correlación negativa entre RSC y regulación. Así, hemos llevado a cabo una sencilla regresión lineal con el índice de RSC como

GRÁFICO 8
RSC Y CONFIANZA



variable dependiente, y el nivel de regulación y el nivel de confianza del país como variables explicativas. El cuadro n.º 5 muestra los resultados obtenidos en la estimación de los coeficientes.

El cuadro n.º 5 nos muestra cómo, a pesar del pequeño tamaño de la muestra (el número de países para los que disponemos de datos de las tres variables se reduce a 27), controlar por el nivel de confianza del país no elimina la correlación negativa y estadísticamente significativa entre regulación y RSC.

V. CONCLUSIONES

El presente artículo ha explicado y analizado el papel del fenómeno de la RSC en proveer incentivos vía mercado a las empresas para adoptar prácticas socialmente responsables (por ejemplo, reduciendo su contaminación más allá de lo que las leyes exigen). Abordar los fallos del mercado, sin embargo, se había reservado tradicionalmente a la regulación formal del Estado vía impuestos y/o estándares tecnológicos, y por ello se ha considerado de interés analizar y discutir

CUADRO N.º 5

VARIABLE DEPENDIENTE RSC

REGRESIÓN MCO	
Regulación.....	-7.755(***) [2.165]
Confianza.....	28.172(***) [7.560]
Constante.....	70.855(***) [5.542]
Observaciones.....	27

Nota: (***) Significativa al 1 por 100.

la relación y la interacción entre la RSC y la regulación formal. Hemos explicado como los límites tanto de la regulación formal como de la RSC en la corrección de tales fallos del mercado dan lugar a que ambos instrumentos puedan coexistir, a veces como sustitutos, a veces como complementos, y así contribuir a mejorar el bienestar social.

En el artículo nos hemos restringido a analizar la interacción entre regulación y RSC; existen sin embargo otros mecanismos mediante los que el sector público puede incidir en el desarrollo de la RSC. Así, la Administración podría ser «activista» en sus distintos papeles como consumidor, inversor o empleador. Simcoe y Toffel (2014), por ejemplo, muestran como los ayuntamientos pueden incidir mediante sus políticas de compra y adjudicaciones en el desarrollo de viviendas energéticamente responsables, no solo en las viviendas directamente desarrolladas bajo contrato público, sino también en el sector privado. Esto sería así debido a la generación de *spillovers* tecnológicos y efecto coordinación derivado de las políticas municipales. Dejamos el análisis de estas y otras cuestiones para un análisis futuro.

NOTAS

(*) Este artículo es fruto en buena parte de investigaciones desarrolladas los últimos años sobre la temática de la RSC conjuntamente con JUANJO GANUZA, a quién agradezco estos años de trabajo en común, así como los comentarios específicos para este trabajo. Claro está, cualquier error en el presente artículo es únicamente mi responsabilidad. Agradezco también el apoyo financiero del Ministerio de Educación mediante el proyecto ECO2013-48496-C4-1-R.

(**) Departamento de Economía de la Empresa, Universitat de les Illes Balears. Email: aleix.calveras@uib.es.

(1) BAGNOLI y WATTS (2003), en cambio, muestran en un análisis teórico que un aumento en la intensidad de la competencia

en el mercado (competencia à la Bertrand en lugar de à la Cournot) reduce la RSC de las empresas. Su resultado surge a través del efecto que una reducción de la competencia en el mercado privado (no-RSC) tiene en el segmento de la RSC: una reducción en el precio del segmento no-RSC reduce la demanda (y por lo tanto la oferta) de los bienes RSC.

(2) Aunque el Observatorio de RSC ha publicado también informes para los años 2012 y 2013, un cambio metodológico respecto a las publicaciones anteriores dificulta la comparación con los datos de los años previos; por ello, optamos por su no inclusión en nuestro análisis.

(3) Existe algún trabajo que en su análisis de la RSC controla por el nivel de regulación existente en el país, sin ser el impacto de ésta el objeto principal de su análisis. DYCK y ZINGALES (2002), por ejemplo, analizan el impacto del nivel de transparencia de un país en la iniciativa empresarial privada respecto a las cuestiones medioambientales, controlando por la intensidad de la regulación medioambiental del país.

BIBLIOGRAFÍA

- AGHION *et al.* (2009), «Distrust and regulation», *Quarterly Journal of Economics*.
- AKERLOF, G. (1970), «The Market for `Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *Quarterly Journal of Economics*, 84, 3: 488-500.
- BAGNOLI, M., y WATTS, S. (2003), «Selling to Socially Responsible Consumers: Competition and the Private Provision of Public Goods», *Journal of Economics & Management Strategy*, 12, 3: 419-445.
- (2014), «Voluntary Assurance of Voluntary CSR Disclosure». Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2465400> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2465400>.
- BARON, D. (2003), «Private Politics», *Journal of Economics and Management Strategy*, 21: 31-66.
- (2011), «Credence attributes, voluntary organizations, and social pressure», *Journal of Public Economics* 95: 1331-1338.
- BENABOU, R., y TIROLE, J. (2010), «Individual and corporate social responsibility», *Economica*, 77.
- BESLEY, T., y GHATAK, M. (2007), «Retailing public goods: The economics of corporate social responsibility», *Journal of Public Economics*, vol. 91(9): 1645-1663, septiembre.
- BROHULE, K.; GRIFFITHS, C., y WOLVERTON, A. (2009), «Evaluating the role of EPA levers: an examination of a voluntary program and regulatory threat in the metal-finishing industry», *Journal of Environmental Economics and Management*, 57.

BRYNJOLFSSON, E., y MILGROM, P. (2012): «Complementarity in organizations», in *the Handbook of Organizational Economics*, ed. GIBBONS, R. y JOHN ROBERTS.

CALVERAS, A., y GANUZA, J.J. (2010), «Responsabilidad Social Corporativa. Una visión desde la Teoría Económica», *Cuadernos Económicos del ICE*, nº 76.

— (2014), «The role of public information in corporate social responsibility», *Barcelona GSE working paper*.

— (2015): *Corporate social responsibility and product quality*, mimeo.

CALVERAS, A.; LLOBET, G., y GANUZA, J.J. (2007): «Regulation, Corporate Social Responsibility and Activism», *Journal of Economics & Management Strategy*, 16 (3): 719-740.

CASADESUS-MASANELL, R.; CROOKE, M.; REINHARDT, F., y VASISHTH, V. (2009), «Households' Willingness to Pay for `Green' Goods: Evidence from Patagonia's Introduction of Organic Cotton Sportswear», *Journal of Economics and Management Strategy*, 18: 203-233.

DULLECK, U., y KERSCHBAMER, R. (2006): «On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods», *Journal of Economic Literature*, Vol. 44, No. 1: 5-42.

DYCK, A., y ZINGALES, L. (2002), «The Corporate Governance Role of the Media», in R. ISLAM: *The Right to Tell: The Role of Mass Media in Economic Development*, Washington, D.C.: World Bank, 2002: 107-140.

ELFENBEIN, D.; RAY FISMAN, R., y McMANUS, B. (2012), «Charity as a substitute for reputation: Evidence from an online marketplace», *Review of Economic Studies*, 79, (4).

FERNANDEZ, D., y SANTALO, J. (2010): «When Necessity Becomes a Virtue: The Effect of Product Market Competition on Corporate Social Responsibility», *Journal of Economics and Management Strategy*.

FISMAN, HEAL y NAIR (2008), *A model of corporate philanthropy*, mimeo.

FRIEDMAN, M. (1970), «The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits», *The New York Times Magazine*, 13 de septiembre.

GANUZA, J.J. (2012), «Corporate social responsibility and social welfare: how to promote socially responsible strategies», *Opuscle CREI* n. 30.

HEAL, G. (2005), «Corporate Social Responsibility: An Economic and Financial Framework», *The Geneva Papers*.

<p>— (2008), <i>When principles pay</i>, Columbia University Press.</p> <p>HISCOX, M. J., y NICHOLAS, F.B. SMYTH (2006), «Is There Consumer Demand for Improved Labor Standards? Evidence from Field Experiments in Social Product Labeling», <i>Working paper</i>, Harvard University.</p> <p>KITZMUELLER, M., y SHIMSHACK, J. (2012): «Economic Perspectives on Corporate Social Responsibility.» <i>Journal of Economic Literature</i>, 50(1): 51-84.</p> <p>KOSKE, I.; WANNER, I.; BITETTI, R., y BARBIERO, O. (2015), «The 2013 update of the OECD product market regulation indicators: policy insights for OECD and non-OECD countries», <i>OECD Economics Department Working Papers</i>, 1200/2015.</p> <p>KPMG INTERNATIONAL (2013), <i>The KPMG survey of corporate responsibility reporting 2013</i>.</p> <p>LAFFONT, J.-J., y TIROLE, J. (1993), <i>A Theory of Incentives in Procurement and Regulation</i>, Cambridge: MIT Press.</p>	<p>LIZZERI, A. (1999), «Information Revelation and Certification Intermediaries», <i>Rand Journal of Economics</i>, 30: 214-231.</p> <p>MAXWELL, J.W. y DECKER, C. (2006), «Voluntary environmental investment and responsive regulation», <i>Environmental and Resource Economics</i>, 33.</p> <p>MAXWELL, J.W.; LYON, TP., y HACKETT, SP. (2000), «Self-regulation and social welfare: the political economy of corporate environmentalism», <i>Journal of Law and Economics</i>, 43.</p> <p>MOHR, L.A.; WEBB, DJ. y HARRIS, K. (2001), «Do Consumers Expect Companies to Be Socially Responsible? The Impact of Corporate Social Responsibility on Buying Behavior», <i>Journal of Consumer Affairs</i>, 35(1): 45--72.</p> <p>MURRAY, K., y VOLGEL, C. (1997), «Using a Hierarchy of Effects Approach to Gauge the Effectiveness of Corporate Social Responsibility to Generate Goodwill Toward the Firm: Financial</p>	<p>versus Nonfinancial Impacts», <i>Journal of Business Research</i>, 38.</p> <p>NELSON, P. (1970), «Information and consumer behaviour», <i>Journal of Political Economy</i>, 78: 311-329.</p> <p>SEN, A. (2009), <i>El papel de la ética empresarial en el mundo contemporáneo</i>, mimeo.</p> <p>SIEGEL y VITALIANO (2007), «An Empirical Analysis of the Strategic Use of Corporate Social Responsibility», <i>Journal of Economics & Management Strategy</i>, 16.</p> <p>SIMCOE, T., y TOFFEL, MW. (2014), «Government Green procurement spillovers: Evidence from municipal building policies in California», <i>Journal of Environmental Economics and Management</i> 68: 411-434.</p> <p>TAYLOR, C. (1995), «The Economics of Breakdowns, Checkups, and Cures», <i>Journal of Political Economy</i>, 103: 53-74.</p> <p>TIROLE, J. (1988), <i>The theory of industrial organization</i>, MIT Press.</p>
---	---	---

LA DIFUSIÓN DE LAS NOTICIAS SOBRE POLÍTICA DE COMPETENCIA Y SU EFECTO SOBRE EL *ENFORCEMENT* (*)

Juan Luis JIMÉNEZ (**)

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Jordi PERDIGUERO (***)

Universitat Autònoma de Barcelona

Inmaculada GUTIÉRREZ (****)

Exconsejera de la Comisión Nacional de la Competencia

Resumen

La relación entre competencia y bienestar social está sobradamente justificada. Por tanto, mejorar la eficacia de los instrumentos y los organismos que protegen la competencia debe ser una premisa básica. Dentro de las medidas que incrementan esa eficacia se encuentra la difusión de la actividad de los órganos de competencia. Esa difusión favorece el conocimiento de las normas, a la vez que incentiva su cumplimiento por las empresas para evitar que su reputación se vea dañada (efecto disuasorio o *deterrent effect*). De ahí que la propia diseminación de las noticias a través de medios de comunicación constituya un instrumento de promoción de la competencia y favorezca el cumplimiento de las normas (*enforcement*). Interesa por ello analizar cuál ha sido el impacto de las actividades de la autoridad de la competencia en los medios de comunicación. En el presente trabajo conformamos una base de datos de elaboración propia con más de 850 noticias publicadas en periódicos acerca de la actividad de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, durante 30 meses. De sus resultados se muestra la existencia de un sesgo marcado a que en la prensa escrita aparezcan publicadas con mayor relevancia mediática (medido por el tamaño de la noticia) aquellos casos de reducciones de multa. Ocurre todo lo contrario cuando la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo ratifican la sanción, otorgando a la noticia un tamaño significativamente más reducido. Estos resultados preliminares apuntan a la necesidad de una mayor investigación en esta línea para entender un fenómeno que pudiera estar afectando a la eficacia del sistema de defensa de la competencia.

Palabras clave: política de competencia, noticias, *enforcement*, *deterrent effect*.

Abstract

Improving the effectiveness of the mechanisms used by competition agencies should be among the basic postulates of any welfare-enhancing economic policy. One of the possible alternatives to achieve this goal lies in increasing the social dissemination of the activities performed by these agencies. Broadcasting these activities does not only help to increase the general knowledge of competition rules and laws, but also facilitates their enforcement, by encouraging private firms' compliance with them in order to avoid real or potential punishments. Therefore, it might be interesting to analyze the impact of the antitrust agencies' activities in the media. In this paper we have built a database with more than 850 news published in Spain over a 30-months period regarding the activities of the former National Competition Commission (*Comisión Nacional de la Competencia*). Data analysis shows the existence of a bias in the sense that cases of reduction in fines receives more media attention that when the antitrust authority initially imposed the fine. The opposite occurs when the High Courts ratified the fine, which receives in the news a significantly lower attention. These preliminary results suggest the need for further research in this line to understand a phenomenon that could be affecting the effectiveness of the antitrust system.

Key words: competition policy, *enforcement*, *deterrent effect news*.

JEL classification: L40.

I. INTRODUCCIÓN

EXISTE un amplio consenso en la literatura académica sobre la relación positiva entre la competencia en los mercados y el bienestar social. Partiendo de esa premisa, se debe perseguir la máxima eficacia de los instrumentos y los organismos de defensa de la competencia, puesto que con ello se favorecerá la existencia de la misma y por tanto dicha mejora del bienestar social. En vista de ello, resulta relevante evaluar qué elementos permiten alcanzar a la política de competencia una mayor efectividad.

Si bien este concepto de efectividad ha sido estudiado por múltiples trabajos en lo relativo a las políticas de regulación de mercados (Gutiérrez, 2003; Stern y Trillas, 2003; Levine, Stern y Trillas, 2005; Stern y Cubbin, 2005; o Cubbin y Stern, 2006), en el caso de la política de defensa de la competencia el análisis ha sido mucho más limitado, debido fundamentalmente a los problemas derivados de la definición de indicadores comparables entre circunscripciones. Desde los trabajos de Serebrisky (2004) o Voigt (2009), en los que los autores utilizan indicadores sintéticos para obtener una visión comprensiva de

la política de competencia en un país, la mayoría de estudios posteriores han utilizado indicadores de efectividad basados en la percepción de determinados agentes acerca de dicha política en su país.

En esta línea, Borrell y Jiménez (2008) concluyen que la existencia de un marco normativo en política de competencia no puede *per se* ser exitosa. La efectividad media depende positivamente, entre otros factores, de la independencia de la autoridad de competencia y de la proactividad en la lucha contra los cárteles. En este sentido, la introducción de los programas de clemencia ha generado efectos positivos en cuanto a dicha efectividad (véase Borrell, Jiménez y García, 2014a) (1).

Sin embargo, al menos hasta donde conocemos, no se ha analizado en ningún caso otro factor relevante para favorecer la efectividad en el cumplimiento de la normativa de competencia y, por ende, para el desarrollo de la competencia en los mercados: la difusión de las actividades realizadas por las propias autoridades de la competencia en los medios de comunicación. Dichas actividades podemos resumirlas en tres: represivas (sancionadoras), preventivas (concentraciones) y de fomento (promoción).

La promoción de la competencia, entendida en sentido amplio, incluye la difusión mediática de las actividades de las autoridades de competencia, bien sea de sus actuaciones en materia sancionadora o de otro tipo, como la elaboración de informes y recomendaciones, subrayando la eliminación de obstáculos al funcionamiento de los mercados.

Esa difusión favorece un mejor conocimiento de las normas por parte de los agentes económicos, a la vez que incentiva a su cumplimiento. En particular, las empresas tendrán un incentivo a cumplir las normas para evitar, no solo la posible sanción, sino también que su reputación se vea dañada. De ahí que la propia diseminación de las acciones de la autoridad de defensa de la competencia a través de medios de comunicación constituya un instrumento de promoción de la competencia y favorezca el cumplimiento de las normas.

Como apunta Martín de Pablos (2013), la relevancia de la actividad de difusión se justifica como un elemento importante para aumentar el efecto disuasorio, que podría limitar el número de infracciones que se producen por desconocimiento de la normativa de competencia y, además, incrementaría el coste reputacional para los infractores de la mis-

ma. Tal es así que, como expresa el autor, «(...) la comunicación de las acciones de una autoridad de competencia sirve de correa de transmisión de las actividades de *enforcement*». De hecho, varias son las acciones que realizan las autoridades para dar a conocer a la opinión pública no solo los efectos positivos de la competencia, sino las actividades emprendidas y los problemas que surgen del incumplimiento de las normas (2).

A pesar de la importancia que la difusión de dichas actividades pueda tener para la eficacia del sistema, sorprende la ausencia de trabajos que analicen esa difusión y la incidencia de la misma, así como los diferentes elementos que pueden afectarla (3).

Por ello, el objetivo del presente trabajo es el de analizar cuál ha sido la evolución en la difusión de las actuaciones de la autoridad de la competencia en España durante la etapa comprendida entre los años 2007 a 2010. En concreto, se examina la incidencia mediática de la actividad de la ya extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), así como algunos de los posibles factores que han podido afectar a esta difusión.

Como cabe esperar, la diseminación a través de los medios de comunicación de la actividad de la Comisión Nacional de Competencia puede verse influida por la tipología de casos, los medios utilizados para la divulgación, la importancia y cuantía de las multas, el sector analizado, etc. Para poder recoger este amplio conjunto de variables, los autores hemos elaborado una base de datos a partir de la información que ha sido publicada en periódicos, de distinta tirada y grado de especialización, sobre la actividad de la CNC entre septiembre de 2007 y julio de 2010.

El trabajo presenta la siguiente estructura. En la sección II realizaremos un pequeño repaso de estudios recientes que apuntan, de forma teórica y empírica, cómo los medios de comunicación pueden mostrar comportamientos sesgados en sus noticias debido a la influencia de sus anunciantes (ya sean empresas o partidos políticos). Posteriormente, a partir del análisis de cada una de las más de 850 noticias consideradas en ese periodo (véase sección III), los autores tratamos de describir cuál ha sido y cómo se ha realizado dicha difusión mediática de las actividades de la CNC en ese periodo, así como tratar de estimar econométricamente la posible existencia de factores que incidan en una mayor y mejor (o peor) difusión de tales actividades (sección

IV), lo que constituye la segunda de las aportaciones que realiza el presente trabajo.

Los resultados (sección IV) sugieren la posible existencia de comportamientos comunicativos sesgados, dependiendo de la tipología de la noticia y cómo afecten a la(s) empresa(s) implicada(s). De confirmarse este hecho en investigaciones futuras, este sesgo supondría un elemento que restringe la difusión de las actividades de competencia y, con ello, la capacidad de disuasión y eficacia del sistema. El artículo finaliza con las conclusiones y posibles recomendaciones de política económica que se derivan del análisis.

II. EL SESGO INFORMATIVO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La ciencia económica ha analizado en numerosas ocasiones cómo los medios de comunicación pueden verse influidos a la hora de publicar información de calidad de forma independiente, debido a la gran importancia que los ingresos publicitarios tienen en la financiación de estos medios. Como se puede ver en Baker (1994) o Gabszewicz, Laussel y Sonnac (2001), para los medios europeos los ingresos publicitarios pueden suponer entre el 30 y el 80 por 100 de los ingresos totales de los medios, mientras que en el caso de los Estados Unidos este porcentaje es todavía mayor, oscilando entre el 50 y el 80 por 100. Por tanto, no es de extrañar que los medios de comunicación puedan tener en cuenta la repercusión de sus noticias sobre los beneficios de sus anunciantes, generando así un cierto sesgo en la calidad informativa.

Sin embargo, no existe unanimidad sobre la relación entre la importancia de la publicidad en los medios de comunicación y el sesgo informativo de estos. Como indican Ellman y Germano (2009) existen dos puntos de vista contrapuestos: por un lado la visión más liberal que señala una relación negativa entre ingresos publicitarios y sesgo informativo, ya que los ingresos publicitarios permiten a los medios tener independencia financiera de los partidos políticos y de los gobiernos (sean locales, regionales o estatales), lo que genera una información de mayor calidad; y por otro lado, la visión más cercana a la intervención regulatoria, que señala cómo una gran relevancia de la publicidad en sus ingresos lleva a los medios a tener en cuenta los intereses de los anunciantes al ofrecer sus noticias, provocando un sesgo informativo.

Ambas posturas tienen evidencia empírica que respalda sus conclusiones. Respecto a la postura más liberal, ya Lippmann (1931) señalaba que a partir de la década de 1830 con el gran incremento de la publicidad en los periódicos británicos, estos empezaron a enfatizar su independencia del poder político incluso rechazando las subvenciones gubernamentales que recibían hasta el momento (4). En esta misma línea Koss (1981 y 1984) o Curran y Seaton (2003) señalan cómo los periódicos británicos se vuelven más independientes de los poderes políticos a finales del siglo diecinueve gracias al crecimiento de la publicidad, provocado por la producción en masa. Estos mismos resultados son obtenidos por Baldasty (1992), Baker (1994), Kaplan (2002), Hamilton (2004) o Petrova (2011) para el caso de Estados Unidos.

Respecto a la visión más intervencionista también son numerosas las evidencias empíricas (5). Quizás una de las mejor documentadas sea la presión por parte de las tabaqueras para no publicar noticias relacionadas con enfermedades causadas por el consumo de este tipo de productos, tal y como muestran Baker (1994) y Bagdikian (2000). En el estudio de Warner y Goldenhar (1989) se muestra evidencia empírica de cómo los medios impresos que recibían publicidad de las tabaqueras disminuyeron en un 65 por 100 la cobertura mediática sobre las enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco, un porcentaje significativamente superior a los medios que no recibían publicidad de este tipo de empresas.

Un segundo ejemplo son las noticias sobre el cambio climático. Boykoff y Boykoff (2004) muestran cómo la prensa norteamericana trató de igualar las noticias a favor y en contra de la existencia de un proceso de cambio climático, alejándose de la postura científica y generando un sesgo en la información, no solo sobre la existencia del fenómeno, sino también sobre sus consecuencias. Las importantes cantidades que las empresas de automoción gastan en publicidad dentro de estos medios podría ser una de las principales variables que explicarían este tipo de comportamiento.

Ellman y Germano (2009) consiguen a través de un modelo teórico de *two-sided market* dar explicación a ambos resultados. Según estos autores, cuando el nivel de publicidad es suficientemente grande, los periódicos fijan el nivel máximo de precisión en las noticias, eliminando el posible sesgo, lo que encajaría con la visión más liberal. Sin embargo, también observan que si las empresas anuncian-

tes son capaces de comprometerse firmemente a retirar su publicidad de los medios que publican noticias «demasiado precisas», entonces los medios de comunicación publicarían con un cierto sesgo informativo.

Blasco y Sobbrío (2012), utilizando igualmente un modelo teórico de *two-sided market*, analizan de qué depende el grado de sesgo informativo, observando que será mayor si las preferencias entre los anunciantes son similares, si la calidad de los productos de los anunciantes es similar y el grado de competencia entre las empresas que se quieren anunciar es alto, y si el grado de competencia entre las empresas periodísticas es reducido (6).

Siguiendo esta idea general, parece lógico pensar que la publicación de noticias sobre expedientes del organismo de defensa de la competencia resulta una «mala publicidad» para las empresas, aspecto que afecta a su reputación, sus ingresos y por tanto a sus gastos en publicidad dentro de los medios de comunicación. Al contrario, si la noticia es la absolución (o la reducción de la pena) de estas compañías, podríamos considerar que resulta «positivo» para la imagen de las empresas involucradas. Por tanto, lo que esperamos observar, si existe algún sesgo informativo, es que los medios de comunicación sean más precisos (en nuestro caso significa que dedican un mayor espacio) a la hora de publicar noticias que sean favorables a las compañías, que no al publicar noticias que son negativas para los intereses de las mismas.

III. BASE DE DATOS Y ANÁLISIS DESCRIPTIVO

Como adelantamos en la introducción, el presente trabajo utiliza una base de datos de elaboración propia (7), que contiene una muestra aleatoria de las noticias en prensa escrita (internacional, nacional, regional y periódicos digitales) en 30 meses, durante el período de septiembre de 2007 a julio de 2010 (ambos inclusive, aunque con ausencia de información en algunos meses completos), para los que ha sido publicada una acción realizada por la extinta Comisión Nacional de la Competencia. Esta muestra estimamos que contiene más del 40 por 100 de las noticias totales publicadas en prensa de la actividad de la CNC. Por tanto, los resultados pueden considerarse como una inferencia significativa del conjunto de noticias.

En total son más de 850 noticias, considerada esta variable como la aparición en un medio de

comunicación de un determinado «caso» de los 199 que contiene nuestra base de datos. Así, denominamos «caso» a aquel evento, del tipo que fuere, relacionado con cada uno de los tres ámbitos de actuación de la Autoridad: sancionador, concentración o promoción. Por ejemplo, la apertura de un expediente sancionador a las empresas X e Y supondría un caso, categorizado como sancionador, y cuyo número de noticias relativas al mismo dependerá del número de periódicos que se hagan eco de la misma. Si dicho caso se publicó en siete periódicos, ese será el número de noticias de un mismo caso, lo que a su vez llamaremos «diseminación»: el número de veces que un caso específico es noticia.

En la base de datos hemos obtenido otra serie de variables, que posteriormente serán utilizadas en la sección tercera, y que describimos a continuación:

i) *Númerodepalabras*. Para cada una de las más de 850 noticias (*i*) se ha contabilizado el número total de palabras que la conforman, como una aproximación al tamaño de la misma.

ii) *Evento*. Las noticias han sido clasificadas en los tres grandes tipos de actividades que desarrollan los organismos de competencia: sancionador, concentración y promoción (8).

iii) *Periódico*. Cada noticia puede haber sido publicada por periódicos nacionales, regionales, internacionales o digitales.

iv) *Númerodeempresas*. Para cada noticia *i*, que tenga relación con empresas directamente, se ha contabilizado el número de empresas afectadas o mencionadas en la misma. En caso que no hubiese alguna, esta variable no contiene dato.

v) *Sección CNAE*. Clasificamos las noticias en función de la sección CNAE a la que pertenecen las empresas involucradas en el caso, para tratar de controlar por posibles efectos sectoriales.

vi) *Ratificación multa*. Variable binaria que toma valor 1 si la noticia en cuestión versa sobre la ratificación de una multa impuesta previamente por la CNC, por parte de la Audiencia Nacional o Tribunal Supremo.

vii) *Reducción multa*. Variable binaria que toma valor 1 si la noticia en cuestión versa sobre la reducción o eliminación de una multa impuesta pre-

viamente por la CNC, por parte de la Audiencia Nacional o Tribunal Supremo.

Estas dos últimas variables han sido incluidas para tratar de estimar una hipótesis básica del trabajo: ¿existe sesgo en la «visibilidad» de las noticias dependiendo de qué exprese la misma? Si fuera así, las noticias que suponen un resultado opuesto a la actuación de la Autoridad de Competencia (en este caso, *reducción multa*), tendría un efecto positivo sobre el tamaño de la noticia, ya que supondría «buena» publicidad para las compañías implicadas; en tanto que sería al revés en el caso de la variable de *ratificación multa*. En este último caso esperaríamos un efecto negativo sobre el tamaño de las noticias. Sobre ello trataremos en la sección tercera. En las próximas líneas, nos centraremos en aproximarnos descriptivamente a la base de datos configurada.

La muestra analizada nos da una media de 28 noticias en prensa mensuales, con una desviación estándar de 27,5, y un rango de [1, 120] noticias al mes. En el cuadro n.º 1 se presentan los descriptivos por tipo de caso para el conjunto de la muestra (852 noticias), para ver la frecuencia de los mismos y su relevancia.

Las noticias relativas a sanciones son las más frecuentes, con un 67,8 por 100 del total de la muestra. Si utilizamos la variable de difusión media (o diseminación, entendida como el número de veces que se repite un caso concreto en diferentes periódicos), vemos que las actividades de promoción y las sancionadores son, con diferencia, las más diseminadas en los periódicos (14,3 y 15 veces de media respectivamente para cada caso).

CUADRO N.º 1

DESCRIPTIVOS POR TIPO DE CASO

TIPO DE CASO	NÚMERO DE NOTICIAS	FRECUENCIA	DIFUSIÓN MEDIA
Concentración.	74	8,7	5,5 (4,6)
Promoción	200	23,5	14,3 (11,3)
Sancionador.....	578	67,8	15,0 (16,5)
Total	852	100	14,1 (14,9)

Nota: Desviación estándar entre paréntesis.
Fuente: Elaboración propia.

En el cuadro n.º 2 resume la información por tipo de periódico. Se observa que el patrón general de recoger en mayor medida las noticias de san-

ciones se repite para cualquier medio de difusión, aunque algo más acentuado en los regionales y digitales (alrededor del 73 por 100 de las noticias son relativas a sanciones) que en los nacionales (62,5 por 100). Esta mayor frecuencia de las noticias sobre sancionadoras puede reflejar un mayor interés de los medios por este tipo de noticias, pero sin duda también debe obedecer al hecho de que la autoridad de competencia haya sido más activa en este ámbito. Por otro lado, es evidente que las operaciones de concentración de trascendencia no son tantas ni tan frecuentes (véase las Memorias de la CNC).

Otra cuestión a destacar es que el 92 por 100 de las noticias incluidas en la muestra han sido publicadas por periódicos de tirada regional y nacional, siendo el 7 por 100 descrito en periódicos digitales y en torno al 1 por 100 en periódicos internacionales.

CUADRO N.º 2

NÚMERO DE NOTICIAS POR CASO SEGÚN PERIÓDICO

TIPO DE CASO	NACIONAL	REGIONAL	INTERNACIONAL	DIGITAL
Concentración..	43 (9,7)	28 (8,1)	1 (20)	2 (3,3)
Promoción	123 (27,8)	65 (18,9)	1 (20)	11 (18,3)
Sancionador.....	277 (62,5)	251 (73)	3 (60)	47 (78,4)
Total	443	344	5	60

Nota: Porcentaje de publicación por periódico entre paréntesis, según tipo de caso.
Fuente: Elaboración propia.

En cuanto a la difusión media de las noticias por tipo de evento y periódico, se recoge en el cuadro n.º 3. Aquí las diferencias sí son notables: dado que los nacionales y regionales agrupan el 92 por 100 de las noticias, el interés está entre estos dos. Las noticias relativas a sanciones se encuentran 3 veces más diseminadas en los medios regionales que en los nacionales (18,5 frente a 6,2). Por otra parte, las relativas a promoción son unas 2,5 veces más difundidas en los periódicos nacionales que en los regionales.

Por tanto, en esta primera aproximación a los datos «en bruto», podemos concluir que los medios de comunicación están más interesados en las actividades sancionadoras (aperturas de expedientes, multas, ratificaciones de sanciones, etc.), que en el resto de eventos (fusiones empresariales y actividades de promoción de la competencia). Esta diferencia justifica la inclusión de variables que diferencien los diferentes tipos de casos en nuestra aproximación econométrica.

CUADRO N.º 3

DIFUSIÓN MEDIA POR NOTICIA Y TIPO DE PERIÓDICO

TIPO DE CASO	NACIONAL	REGIONAL	INTERNACIONAL	DIGITAL
Concentración	4,7 (3,9)	2,4 (1,1)	1	2 (0)
Promoción	14,9 (11,9)	6,4 (4,5)	1	1,7 (0,5)
Sancionador.....	6,2 (3,8)	18,5 (18,2)	1	2,1 (0,9)
Total	8,5 (8,1)	14,9 (16,8)	1	2,1 (0,9)

Nota: Porcentaje por periódico entre paréntesis.
Fuente: Elaboración propia.

Dado que los periódicos mayoritarios en la muestra son los nacionales y regionales, y que entre ambos existen diferencias notables en su comportamiento, tanto por sus diferentes mercados geográficos relevantes como por sus modelos de negocio, surge una primera pregunta: ¿existen diferencias en la diseminación de los eventos y en el tamaño de las noticias (medida por el número de palabras), entre estos dos grandes grupos de periódicos que más noticias agrupan (nacionales y regionales)?

Para tratar de responderla de forma descriptiva, el cuadro siguiente (cuadro n.º 4) realiza un test de igualdad de medias para ambos indicadores, tanto de forma total como diferenciando por tipo de caso.

CUADRO N.º 4

TEST DE IGUALDAD DE MEDIAS: NACIONAL VERSUS REGIONAL

Tipo de caso	DISEMINACIÓN		NÚMERO DE PALABRAS	
	Nacional	Regional	Nacional	Regional
Concentración...	1,4	0,9	260,8	282,6
Promoción	2,6	1,4 (**)	415,1	323,7 (*)
Sancionador.....	2,3	2,1	274,7	296,9 (**)
Total	2,2	1,7	312,6	300,8

Nota: (*) Diferencias de medias significativas. (**) Significatividad al 11 por 100.
Fuente: Elaboración propia.

Como se puede comprobar, las medias son similares para todos los test realizados, excepto para las actividades de promoción, que son más diseminadas en los periódicos nacionales que los regionales, así como con un mayor número de palabras. Y para las noticias sancionadoras, cuyo número de palabras es inferior en los periódicos nacionales que en los regionales.

Este último resultado relativo al menor tamaño de las noticias sobre expedientes sancionadores

en los periódicos de mayor tirada (los nacionales), pudiera estar señalando un comportamiento diferenciado en el medio de comunicación de mayor relevancia respecto del impacto en la opinión pública dada su tirada y, con ello, en el *enforcement*. No obstante, hay otros factores que pueden estar afectando al análisis y que deberíamos considerar conjuntamente, para lo cual realizamos la aproximación econométrica que describiremos en la sección tercera.

IV. APROXIMACIÓN EMPÍRICA Y RESULTADOS

El objetivo básico de esta sección es evaluar si las noticias son tratadas de forma diferente, en función del tamaño de las mismas, según las características que definan a cada una de ellas: tipo de evento, tipo de periódico, empresas implicadas, sector implicado, etcétera.

Para ello planteamos la siguiente ecuación:

$$\begin{aligned}
 \text{Número de palabras}_i = & \beta_0 + \beta_1 \text{Sancionador}_i + \\
 & \beta_2 \text{Promoción}_i + \beta_3 \text{Reducción Multa}_i + \\
 & \beta_4 \text{Ratificación Multa}_i + \beta_5 \text{Regional}_i + \beta_6 \text{Digital}_i + \\
 & \beta_7 \text{Internacional}_i + \beta_8 \text{Número empresas}_i + \\
 & \sum \beta_k \text{Sección CNAE} + \varepsilon_i
 \end{aligned} \quad [1]$$

Que estimamos mediante mínimos cuadrados ordinarios, robustos a problemas de heterocedasticidad y usando la opción de *clusterizar* según caso los errores, en orden a reducir la variabilidad de las estimaciones intragrupo.

Nuestra estrategia empírica es la de introducir paulatinamente las variables, en orden a comprobar si las de interés modifican su significatividad o signo.

En nuestro caso las dos variables de mayor interés son las binarias relativas a reducción o ratificación de la multa, que nos estarían indicando posibles sesgos en las noticias. Los resultados se muestran en el cuadro n.º 5.

Los seis modelos propuestos evidencian una significatividad conjunta correcta (STATA no muestra los tres últimos casos, debido al cluster), aunque la bondad del ajuste para todos ellos alcanza un máximo del 10 por 100. No obstante, existen relaciones de causalidad destacables, que resaltamos.

TABLA 5

FACTORES EXPLICATIVOS DEL (TAMAÑO) NÚMERO DE PALABRAS DE LA NOTICIA

VARIABLES	MODELO 1	MODELO 2	MODELO 3	MODELO 4	MODELO 5	MODELO 6
Sancionador.....	6,81 (25,15)	5,22 (25,26)	-14,20 (24,42)	-26,22 (30,44)	2,20 (27,96)	
Promoción	109,48 (42,22)**	107,66 (42,30)**	138,44 (73,25)*	154,24 (78,37)**	116,56 (53,42)**	
Reducción multa		65,09 (14,37)***	81,84 (16,08)***	101,71 (47,81)**	41,72 (19,05)**	58,79 (17,57)***
Ratificación multa ..		-134,98 (53,87)***	-115,01 (48,90)**	-92,78 (48,83)*	-116,13 (59,69)**	-124,86 (20,86)***
Regional	-1,46 (22,86)	-1,77 (22,94)	-19,75 (20,84)	-14,28 (21,00)	-14,89 (25,05)	24,67 (24,75)
Periódico digital	81,37 (29,37)***	79,82 (29,38)***	81,63 (35,66)**	86,08 (38,21)**	79,52 (32,83)**	90,16 (37,82)**
Internacional.....	-99,93 (43,84)**	-100,63 (44,13)**	-84,56 (71,86)	-72,86 (74,03)	-123,63 (47,15)**	-61,10 (46,46)
Número empresas..			4,53 (1,00)***	6,21 (3,63)*		
Efecto fijo sección ..	No	No	No	Sí	Sí	Sí
Constante	275,95 (24,26)***	277,97 (24,44)***	272,59 (23,04)***	294,27 (38,62)***	289,46 (37,26)***	280,07 (26,29)***
Observaciones.....	812	812	596	596	812	545
Muestra	Toda	Toda	Toda	Toda	Toda	Solo sancionadores
R ²	0,05	0,05	0,09	0,10	0,07	0,07

Nota: Desviación estándar entre paréntesis. Significatividad: (*) <10%, (**) <5%, (***) <1%.

En primer lugar, las noticias de promoción tienen un mayor número de palabras que las de concentración, en tanto que las sancionadoras no son significativas. De ello podemos derivar que, a pesar que las noticias sobre expedientes sancionadores tienen una mayor difusión que el resto (véase el análisis descriptivo de la sección II), estas ocupan menos espacio, lo que *a priori* parecería algo incongruente con la idea del mayor interés que despiertan este tipo de noticias.

Respecto al tipo de periódico, los digitales muestran sus noticias con mayor tamaño, frente a los nacionales, regionales e internacionales (en ese orden). Otro resultado relevante es que, al introducir en los modelos (3 y 4) el número de empresas implicadas, se observa cómo existe una relación positiva entre este y el número de palabras que sustenta la noticia. De hecho, utilizando el tamaño de la noticia media (312 palabras), y a partir de los coeficientes estimados, el aumento en el número de palabras sería de entre un 1,4 y 2 por 100 como efecto de esa variable.

No obstante lo anterior, lo más relevante lo constituyen los coeficientes de las variables binarias de reducción y ratificación de multa. En ambos casos son significativas y dicha significatividad se mantiene ante la inclusión de nuevas variables. Para el primer caso, las noticias de reducciones de multa, a pesar de ser sancionadoras (y *per se* tienen un tamaño menor que las de concentración y promoción), tienen un tamaño mayor que el resto. Utilizando los valores medios y los coeficientes

estimados, este mayor tamaño se sitúa entre un 13 y un 32 por 100, dependiendo de la estimación que consideremos.

Respecto de las noticias que suponen un caso de ratificación de una multa por un órgano judicial, el resultado es el opuesto: tienen sistemáticamente un tamaño menor que el resto, y que oscila entre el 29 y el 43 por 100 inferior a la noticia media.

La última estimación (Modelo 6) corresponde a la misma ecuación, pero considerando solamente las noticias relativas a expedientes sancionadores, con el objetivo de comparar más homogéneamente los resultados para estas variables que nos son de interés. Como se puede comprobar en sendos coeficientes, los resultados se mantienen estables.

Estos dos resultados apuntan a la existencia de sesgos en la disseminación de las noticias. La naturaleza y causalidad de estos sesgos requiere de una investigación más en profundidad que resulta de interés innegable. Dejamos como investigación futura analizar qué variables pueden explicar la existencia de este sesgo informativo, para lo que necesitaríamos ampliar la base de datos incorporando todo ese conjunto de variables.

En cualquier caso y no en vano, dichos sesgos podrían estar debilitando la eficacia con que las autoridades de competencia están siendo capaces de difundir su actividad en materia sancionadora y por tanto el *enforcement*.

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se analiza la difusión en prensa escrita de las noticias sobre la actividad de la Comisión Nacional de la Competencia en un período concreto. Contando con una base de datos de elaboración propia con más de 850 noticias de 199 casos analizados por la CNC en el período 2007-2010, tratamos de analizar qué factores afectan a la difusión y tamaño de las noticias, medido este último a través del número de palabras.

En primer lugar, destacar que los periódicos nacionales y regionales han sido el principal canal de difusión de las noticias sobre la actividad de la anterior autoridad de competencia en España. Si nos centramos en estos dos canales (periódicos nacionales y regionales), dado el grado de diseminación de las noticias podemos concluir que los medios de comunicación están más interesados en las actividades sancionadoras (aperturas de expedientes, multas, ratificaciones de sanciones, etc.), que en el resto de eventos (fusiones empresariales y actividades de promoción de la competencia). Sin embargo, resulta llamativo el hecho de que las noticias relativas a sanciones se encuentran 3 veces más diseminadas en los medios regionales que en los nacionales (18,5 frente a 6,2).

De la aproximación econométrica podemos resumir que las noticias sobre sanciones ocupan menos espacio, especialmente en los periódicos de tirada nacional, lo que *a priori* parecería algo incongruente con la idea del mayor interés que despiertan este tipo de noticias. Y lo que es más relevante es que, dentro de las noticias sancionadoras, las que suponen la ratificación de una sanción por los órganos de revisión jurisdiccional tiene un menor tamaño que el resto, mientras que sucede lo opuesto con aquellas que se hacen eco de la anulación de una sanción.

Estos dos últimos resultados sugieren la existencia de posibles sesgos en la diseminación de las noticias, lo que podría poner en cuestión la eficacia con que las autoridades de competencia están siendo capaces de difundir su actividad en materia sancionadora. Dichos sesgos podrían afectar negativamente a la capacidad de disuasión por parte de la autoridad de competencia y, en definitiva, a la efectividad del *enforcement* de la norma y, consecuentemente, a la eficacia del sistema.

Respecto a las medidas de política económica que se podrían implementar para intentar reducir

el sesgo informativo, una primera posibilidad sería reducir la dependencia financiera de los medios de comunicación respecto a los ingresos publicitarios, introduciendo algún tipo de subsidio público. Debemos señalar, sin embargo, que en este caso corremos el peligro de generar o incrementar el sesgo informativo a favor del partido político en el poder a cambio de reducir el sesgo informativo provocado por las empresas que se anuncian en los medios.

Una segunda posibilidad sería supervisar y regular los contenidos de los medios de comunicación para sancionar posibles comportamientos sesgados que atenten al derecho de recibir una información veraz. En este caso el coste de supervisión y control puede ser muy elevado, y la eficiencia a la hora de regular el mercado no está ni mucho menos asegurada.

Una tercera posibilidad, probablemente la más viable, sea incrementar el nivel de competencia entre los medios de comunicación, reduciendo las barreras a la entrada existentes. Como hemos podido ver en el presente artículo los estudios parecen señalar que cuanto mayor es el nivel de competencia en el mercado de los medios de comunicación, menor es el sesgo informativo. En este sentido, la aparición de un mayor número de medios de comunicación digitales puede ayudar a reducir dicho sesgo.

NOTAS

(*) Los autores agradecen los comentarios y sugerencias recibidos de JAVIER CAMPOS y GERARD LLOBET. Agradecemos el exquisito trabajo realizado por CARMEN GARCÍA y NURIA SANTANA en la elaboración de la base de datos, así como a MARÍA NARANJO y MIGUEL ÁNGEL MARTÍN DE PABLOS (ambos exCNC), por facilitar el acceso a las fuentes documentales de la CNC. No obstante, cualquier error es de nuestra entera responsabilidad.

(**) Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Despacho D.2-12. 35017. Las Palmas de Gran Canaria. Tlf: +34928458191. juanluis.jimenez@ulpgc.es

(***) Universitat Autònoma de Barcelona. Departament d'Economia Aplicada. Grup de Recerca en Anàlisi Econòmica Aplicada (GEAP). Institut de Recerca en Economia Aplicada (IREA). Jordi.perdiguero@uab.cat

(****) Exconsejera de la Comisión Nacional de la Competencia. igcarrizos@gmail.com

(1) Para un resumen reciente de este tipo de indicadores y su relación con los aspectos institucionales de la política de competencia, véase BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA (2014b).

(2) MARTÍN DE PABLOS (2012) menciona como ejemplos las campañas de publicidad para el lanzamiento de nuevas autoridades (Singapur, Brasil o Polonia); las realizadas para la introducción del programa de clemencia (Polonia lo introdujo en 2009); la organización de seminarios para públicos específicos (Federal Trade Commission); las acciones formativas con escolares (EE.UU., Japón o Singapur) o la más reciente de participación en redes sociales (Reino Unido, EE.UU., Austria, etc.).

(3) Esta línea de investigación sí existe en otras áreas, como por ejemplo la (economía) política (véase por ejemplo LARCINESE, PUGLISI y SNYDER, 2011).

(4) Véase ASQUITH (1975) y CURRAN y SEATON (2003).

(5) Ver BALDASTY (1992) y CURRAN y SEATON (2003) para un conjunto de evidencias históricas.

(6) GERMANO y MEIER (2013) obtienen resultados similares con un modelo de competencia a la Hotelling.

(7) Se trata de una base de datos de elaboración propia, a partir de la recopilación exhaustiva de noticias que en sus resúmenes de prensa la propia CNC hacía de su actividad.

(8) En este contexto, promoción se refiere fundamentalmente a la publicación de informes por parte de la CNC en virtud de la función que tenía atribuida por Ley de recomendar a los poderes públicos u otras instituciones la remoción de obstáculos a la competencia o también informes sobre ayudas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ASQUITH, I. (1975), «Advertising and the press in the late eighteenth and early nineteenth centuries», *Historical Journal*, 18(4): 703-724.
- BAGDIKIAN, B. (2000), *The media monopoly* (6th ed), Boston: Beacon Press.
- BAKER, C. (1994), *Advertising and a Democratic Press*, Princeton University Press.
- BALDASTY, G. (1992), *The commercialization of news in the nineteenth century*, Madison: University of Wisconsin Press.
- BLASCO, A., y SOBBRIO, F. (2012), «Competition and comercial media bias», *Telecommunications Policy*, 36: 434-447.
- BORRELL, J.R., y JIMÉNEZ, J.L. (2008), «The drivers of antitrust effectiveness», *Hacienda Pública Española – Revista de Economía Pública*, 185(2): 69-88.
- BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L., y GARCÍA, C. (2014a), «Evaluating antitrust leniency programmes», *Journal of Competition Law and Economics*, 10(1): 107-136.
- BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L., y GARCÍA, C. (2014b), «Ciclos de reforma y contra-reforma en la política de competencia en España», *Cuadernos Económicos del ICE*, 88: 11-26.
- BOYKOFF, M., y BOYKOFF, J. (2004), «Balance as bias: Global warming and the US prestige press», *Global Environmental Change*, 14(2): 125-136.
- CUBBIN, J., y STERN, J. (2006), «The Impact of Regulatory Governance and Privatization on Electricity Industry Generation Capacity in Developing Economies», *World Bank Economic Review*, 20(1): 115-141.
- CURRAN, J., y SEATON, J. (2003), *Power without responsibility: The press and broadcasting in Britain* (6th edn), London: Routledge.

- ELLMAN, M., y GERMANO, F. (2009), «What do the papers sell? A model of advertising and media bias», *Economic Journal*, 119: 680-704.
- GABSZEWICZ, J.J.; LAUSSEL, D., y SONNAC, N. (2001), «Press advertising and the ascent of the 'Pensée Unique'», *European Economic Review*, 14(4-6): 641-651.
- GERMANO, F., y MEIER, M. (2013), «Concentration and self-censorship in comercial media», *Journal of Public Economics*, 97: 117-130.
- GUTIÉRREZ, L.H. (2003), «The effect of endogenous regulation on telecommunications expansion and efficiency in Latin America», *Journal of Regulatory Economics*, 23(3): 257-286.
- HAMILTON, J.T. (2004), *All the news that's fit to sell: How the market transform information into news*, Princeton: Princeton University Press
- KAPLAN, R. (2002), *Politics and the American Press. The rise of objectivity: 1865-1920*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KOSS, S. (1981), *The rise and fall of the political press in Britain, Vol. I*. Londres: Hamish Hamilton.
- KOSS, S. (1984), *The rise and fall of the political press in Britain, Vol. II*. Londres: Hamish Hamilton.
- LARCINESE, V.; PUGLISI, R., y SNYDER, JR. J.M. (2011), «Partisan bias in economic news: evidence on the agenda-setting behavior of U.S. newspapers», *Journal of Public Economics*, 95: 1178-1189.
- LEVINE P.; STERN J., y TRILLAS, F. (2005), «Utility price regulation and time inconsistency: comparisons with monetary policy», *Oxford Economic Papers*, 57(3): 447-478.
- LIPPMANN, W. (1931), «On-two revolutions», *Yale Review*, 20(3): 433-441.
- MARTÍN DE PABLOS, M.A. (2012), «Transparencia, comunicación y defensa de la competencia». *Anuario de la Competencia*, 1, 2011-2012, 153-165.
- (2013), «¿Es la comunicación la pieza que falta para la efectividad de la defensa de la competencia?», *La Ley*, 33: 19-28.
- PETROVA, M. (2011), «Newspapers and parties: How advertising revenues created an independent press», *American Political Science Review*, 105(4): 790-808.
- SEREBRISKY, T. (2004), «What do we know about competition agencies», *World Bank Policy Research Working Paper 3221*, Washington DC.
- STERN, J., y TRILLAS, F. (2003), «Independence and discretion in telecommunications regulation: lessons from independent central banks», *Utilities Policy*, 11(4): 191-201.
- STERN, J., y CUBBIN, J. (2005), «Regulatory effectiveness: the impact of regulation and regulatory governance arrangements on electricity industry outcomes», *World Bank Policy Research Working Paper*, N. 3536., Washington DC.
- VOIGT, S. (2009), «The effect of competition policy on development: Cross-country evidence using four new indicators», *Journal of Development Studies*; 45(8): 1225-1248.
- WARNER, K., y GOLDENHAR, L. (1989), «The cigarette advertising broadcast ad ban and magazine coverage of smoking and health», *Journal of Public Health Policy*, 10(1): 32-42.

COLABORACIONES

V.
**ESTUDIO DE CASOS Y ANÁLISIS
DE MERCADOS REGULADOS**

Resumen

Este trabajo lleva a cabo una revisión de cuestiones relacionadas con el desarrollo de la competencia en los distintos mercados que configuran el sector de la distribución alimentaria. Se abordan en primer lugar los problemas de relaciones verticales en la cadena de distribución, relacionados con la existencia de poder de compra en distintas etapas de la misma. Tras ello, la atención se centra en la valoración de los procesos de concentración en la distribución alimentaria minorista, en los que se muestran las ventajas de la aplicación de técnicas de análisis más detalladas que las empleadas habitualmente. Por último, se aborda la relación entre aspectos regulatorios y el desarrollo de la competencia en el sector de la distribución, tomando como ejemplos las barreras regulatorias a la entrada y las limitaciones de horarios de apertura.

Palabras clave: distribución alimentaria, relaciones verticales, poder de compra, fusiones, regulación, barreras de entrada, horarios de apertura.

Abstract

This paper surveys a set of issues related with the development of competition in the different markets in the food chain. Firstly, vertical relations in the chain are dealt with, relating them to the existence of buyer power. After that the attention focuses on the assessment of mergers between food retailers, showing the advantages of applying more advanced techniques than the ones traditionally used. Finally, the relationship between regulation and competition in distribution is analysed, taking as examples regulatory entry barriers and limitations on opening times.

Key words: food retailing, vertical relations, buyer power, mergers, regulation, entry barriers, opening times.

JEL classification: K23, L42, L59, L81, Q18.

COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN ALIMENTARIA: RELACIONES VERTICALES, FUSIONES Y REGULACIÓN

Javier ASENSIO (*)

Universitat Autònoma de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

El consumo en alimentación y bebidas no alcohólicas supuso en 2013 un 15,1 por 100 del gasto total de los hogares españoles. Dada la baja elasticidad-renta de esta categoría de gasto, dicho porcentaje experimenta una tendencia a la baja a largo plazo (en 1998 suponía el 18,7 por 100) que se ha visto interrumpida desde el inicio de la crisis económica en 2007, cuando alcanzó el valor mínimo del 14,1 por 100. A pesar de ello, la importancia de las actividades relacionadas con el sector de la distribución alimentaria está fuera de toda duda por su peso en la actividad económica. En 2009 el conjunto del sistema agroalimentario (considerando las etapas de producción, transporte y distribución) suponía el 8,4 por 100 del valor añadido bruto y generaba 2,3 millones de puestos de trabajo (Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 2013).

El interés por el funcionamiento de los mercados de distribución alimentaria se debe igualmente al hecho de que muchos de los bienes que en ellos se intercambian tienen la consideración de primera necesidad. Por ello, los problemas que pueda generar la falta de competencia en la distribución, con impactos sobre los precios o la calidad (dentro de la cual se pueden considerar aspectos

como la variedad o el alcance geográfico de la oferta) tienen efectos tanto sobre la eficiencia como la equidad. La distribución del peso del gasto alimentario en los presupuestos familiares muestra notables diferencias en función de los niveles de renta: el 9,72 por 100 en el caso de los hogares en el tramo superior y el 18,52 por 100 en los del inferior (Asensio, 2014a).

Las preocupaciones sobre el grado de competencia en la distribución alimentaria se han centrado tradicionalmente en tres aspectos, que son los que sirven para estructurar el presente trabajo. En primer lugar, la existencia de poder de mercado a lo largo de la cadena alimentaria, el cual toma habitualmente la forma de ejercicio de poder de compra por parte de los distribuidores frente a los fabricantes, o de estos frente a los productores agrícolas y ganaderos. Una cuestión relacionada con la existencia de poder de mercado es el grado de concentración en la distribución minorista. En este sentido, las autoridades de defensa de la competencia deben tratar regularmente con propuestas de fusiones o adquisiciones en los que se contraponen los posibles efectos beneficiosos de la mejora de la eficiencia con el aumento del poder de mercado. Los aspectos metodológicos asociados con los análisis de estos procesos de concentración en la

distribución alimentaria son el eje de la tercera sección del artículo. Finalmente, en la cuarta se tratan los aspectos regulatorios del sector en tanto que condicionan el desarrollo de la competencia en la distribución minorista: las restricciones a la entrada de determinados tipos de establecimientos o la limitación de los horarios de apertura.

II. RELACIONES VERTICALES EN LA DISTRIBUCIÓN ALIMENTARIA

La mayor parte de los debates sobre los efectos de la competencia en las actividades de distribución alimentaria están relacionados con las relaciones que se generan a lo largo de la cadena alimentaria, la cual está compuesta por una sucesión de mercados relacionados verticalmente. De forma simplificada, se pueden considerar tres mercados: el que pone en contacto a productores con la industria transformadora, el que relaciona a estos fabricantes con el sector de la distribución y, por último, aquel en el que el consumidor adquiere el producto ofrecido por el distribuidor. Se utilizará el término «mercado de distribución minorista» para este último caso, mientras que el de «mercado de distribución mayorista» se reservará para el que relaciona a fabricantes con distribuidores. Lógicamente, en algunos casos esta cadena puede ser mucho más sencilla (con compra directa del consumidor al fabricante o incluso al productor agrícola o ganadero), pero también más compleja (con transacciones a lo largo de los procesos de transformación industrial, mercados alternativos de distribución mayorista, agrupación de distribuidores mediante centrales de compras, cooperativas de consumidores, etc.).

La cuestión más relevante en lo que respecta a las relaciones verticales a lo largo de la cadena alimentaria es la que hace referencia a la existencia de poder de mercado por parte de algunos de sus agentes. Este poder se manifiesta habitualmente de dos formas: el poder de mercado que los distribuidores puedan ejercer sobre los compradores, y el poder de compra que la distribución posea frente a los fabricantes, o el que estos puedan ejercer frente a los productores. Dado que la existencia de poder de mercado por parte de la distribución se analiza con más detalle en la siguiente sección, esta se centra en la existencia y consecuencias del poder de compra en los dos casos señalados.

El análisis del poder de compra en el caso de productos homogéneos resulta relativamente sencillo (véase Blair y Harrison, [1993] o la exposición adaptada al caso de la distribución alimentaria en Clarke *et al.* [2002]). En este caso los consumidores, de forma simétrica a lo que ocurre cuando son los oferentes quienes ejercen su poder de mercado, consiguen incrementar su excedente reduciendo el precio del producto, a pesar de que ello dé lugar a una cantidad intercambiada y a un nivel de bienestar inferior al que resultaría en el equilibrio perfectamente competitivo.

No obstante, aunque el supuesto de homogeneidad puede resultar apropiado en el caso de productos agrícolas o ganaderos no procesados, resulta claramente insuficiente cuando se pretende analizar la situación que tiene lugar en mercados donde se intercambian productos elaborados, dado que estos habitualmente mostrarán algún grado de diferenciación.

En un contexto de productos diferenciados, el marco de análisis más apropiado para caracterizar las relaciones que tienen lugar en presencia de poder de mercado es el de los modelos de negociación en los que el reparto de las rentas que se generan en cada transacción depende del valor que, para cada una de las partes, tenga la mejor alternativa a la que podrían recurrir si la transacción que es objeto de la negociación finalmente no se llevase a cabo. La amenaza implícita que pueda realizar cada agente respecto a su capacidad de recurrir a dicha alternativa es un reflejo de su poder de negociación. De esta forma se pueden considerar relaciones que incluyan simultáneamente distintas intensidades del poder de mercado por parte del fabricante y/o poder de compra por parte del distribuidor. Inderst y Mazzarotto (2008) revisan distintas cuestiones relacionadas con la existencia de poder de negociación en las actividades de distribución, incluyendo tanto la existencia de poder de mercado como de compra por parte de oferentes o demandantes. Analizado según la teoría de la negociación, el poder de mercado puede dar lugar a un conjunto de resultados mucho más amplio que el que se obtiene en el caso de productos homogéneos. Así, puede ocurrir que el ejercicio del poder de mercado tenga efectos adversos sobre el bienestar, pero también podría dar lugar en algunos casos a un aumento de las cantidades intercambiadas y a precios más bajos para el consumidor.

Las formas mediante las que un agente pueda beneficiarse de la posesión de un mayor poder de negociación están relacionadas tanto con la capacidad que ello le otorgue para incrementar el valor de sus alternati-

vas, como con la reducción del valor de las de su contraparte. Así, un distribuidor que negocie con un fabricante se beneficiará si la amenaza de cambio de proveedor resulta más creíble, si facilita la entrada en el mercado de fabricantes rivales, o si desarrolla marcas de distribuidor (MDD). Como ejemplo de la capacidad negociadora de los distribuidores de mayor tamaño, Inderst y Mazzarotto (2008) citan evidencia obtenida por la Competition Commission (2000) del Reino Unido, según la cual los mayores grupos logran los precios más bajos en sus compras de marcas líder, y el grupo de mayor tamaño obtiene los mejores términos.

La cuantificación del poder de negociación con que cuente un distribuidor frente a un fabricante está relacionada con el argumento de la dependencia económica, el cual ha sido utilizado por distintas autoridades de defensa de la competencia como parte de los análisis de los efectos de fusiones. Un fabricante cuyas ventas se concentren en un único distribuidor, y que, por tanto, dependa económicamente de él, carece de poder de negociación. En el análisis de la fusión entre los grupos Carrefour y Promodès, la Comisión Europea consideró que un fabricante que concentrara más de un 22 por 100 de las ventas en las dos cadenas podría ser considerado como «económicamente dependiente» de ellas, en el sentido de que tendría serias dificultades para encontrar alternativa a esas ventas si fuera necesario (Dobson, 2005). McCorrison (2013) considera que un valor relevante para identificar la dependencia respecto a un distribuidor sería una concentración superior al 10 por 100 de las ventas. Según el análisis de la cadena de distribución alimentaria

en España llevado a cabo por la CNC (2011), el 83 por 100 de los fabricantes encuestados superaría dicho umbral.

El análisis de los efectos de la existencia de poder de compra en el contexto de productos diferenciados debe considerar tanto su impacto en los mercados mayoristas y minoristas como los efectos a corto o a largo plazo. El impacto más inmediato es el que se produce a corto plazo cuando el ejercicio de su poder de compra permite a un distribuidor mejorar las condiciones de su aprovisionamiento en el mercado mayorista, gracias a lo cual podría reducir precios y ampliar ventas en su actividad minorista. En este caso los efectos sobre el consumidor final serían positivos, o neutros en caso de que el distribuidor no trasladase las mejores condiciones obtenidas (dando lugar a un nuevo reparto de rentas entre distribuidor y fabricante). Esta conclusión debe matizarse cuando se consideran los efectos a largo plazo, dado que pueden producirse cambios en la estructura del mercado mayorista (si se produce la salida del fabricante tendrán lugar reducciones en la cantidad y/o calidad de los productos) o en los incentivos a la innovación por parte de los productores. El efecto sobre la innovación es el más relevante y se debe a que, en ausencia de un contrato completo, el fabricante debe asumir el riesgo de no poder obtener un retorno de su inversión mediante los acuerdos de comercialización del nuevo producto. Así, un mayor poder de negociación por parte del distribuidor que le permita apropiarse de una mayor parte de la renta actuará en contra de los incentivos a la innovación por parte del fabricante. Sin embargo, Inderst y Wey (2011) consideran que la presencia de distribuidores de

mayor tamaño también puede incentivar al fabricante a mejorar su eficiencia con el objetivo de reducir el valor de las alternativas disponibles por parte del distribuidor, mejorando de esta forma su posición negociadora. Desde ese punto de vista, la existencia de poder de negociación por parte del distribuidor no tendría efectos negativos sobre la eficiencia dinámica.

Una cuestión fundamental para evaluar los efectos del poder de compra es si se produce un traslado a los precios pagados por los consumidores de las mejores condiciones obtenidas por el distribuidor. La cuestión sobre los determinantes del traslado de costes ha sido analizada empíricamente en múltiples contextos aprovechando variaciones en los costes de fabricación, los tipos de cambio o los niveles impositivos. Un ejemplo de estimación empírica en el contexto de la distribución alimentaria es el trabajo de Besanko *et al.* (2005), quienes estiman el traslado de las variaciones de precios para un conjunto de marcas en un distribuidor de alimentación en EE.UU. Observan que el traslado de las variaciones de costes es mayor en el caso de los productos con mayor cuota de mercado y que aportan una mayor parte de los ingresos de su categoría, si bien existen importantes diferencias entre marcas. Al analizar esta cuestión, Inderst y Mazzarotto (2008) enfatizan el papel que juegan el tipo de contratos que se establezcan entre fabricantes y distribuidores, los cuales deben entenderse en el contexto del problema de doble marginalización que se genera en los mercados mayoristas y minoristas. Así, el fabricante y el distribuidor pueden evitar que el poder de compra por parte de este último dé lugar al traslado

de un precio más bajo al consumidor final acordando contratos por una cantidad fija de producto o con tarifas en dos partes. En esos casos el poder de compra no tendría efectos sobre el precio pagado por el distribuidor en el mercado mayorista y, por tanto, tampoco debería afectar al precio de venta al consumidor. Existe muy poco trabajo empírico que examine el papel de los tipos de contratos entre fabricantes y distribuidores, pero los análisis específicos detallados de la cadena de distribución de productos como el agua embotellada en Francia (Bonnet y Dubois 2010) o el yogur en EE.UU. (Villas-Boas 2007) muestran que los contratos pueden ser muy complejos.

Aún en el caso en el que los descuentos obtenidos por un distribuidor con poder de negociación acaben trasladándose a los consumidores, deben tenerse en cuenta las posibles respuestas de sus rivales. Una decisión de estos de competir en variables distintas al precio, como la gama de los productos ofrecidos, tendría efectos beneficiosos sobre el consumidor final, dado que ampliarían su conjunto de elección. Sin embargo, si el resultado fuera la salida del mercado de los distribuidores al no poder hacer frente a la reducción de precios, dejarán a los consumidores con menores opciones y una mayor dependencia del distribuidor que permanezca.

El análisis se hace más complejo cuando se considera el llamado efecto «cama de agua» (*waterbed effect*), mediante el cual el fabricante que vende con descuento al distribuidor con poder de compra trata de compensar su pérdida mediante el encarecimiento del producto a los distribuidores con menor ca-

pacidad negociadora. Dobson (2005), en el análisis que realiza de la situación del mercado de distribución alimentaria británico, señala que las autoridades de defensa de la competencia tienen en cuenta el efecto que la existencia de poder de compra por parte de los principales distribuidores pueda tener sobre los actores de menor tamaño. Sin embargo, Davis y Reilly (2010) indican que si bien la Competition Commission (2008) en su análisis del sector observó precios más altos pagados por los distribuidores con menor poder de mercado, no pudo identificar el carácter compensatorio de los mismos.

Una de las herramientas que el distribuidor puede utilizar en su estrategia de negociación frente al fabricante es su papel como mecanismo de acceso al consumidor (*gatekeeper*) por parte del fabricante. Para valorar la importancia de este efecto la variable relevante no es el tamaño del grupo distribuidor, lo cual le puede conferir poder de negociación en los aspectos citados en los párrafos anteriores, sino su cuota en el mercado local. De esta forma, un distribuidor relativamente menor a escala nacional que monopolice determinados mercados poseerá un poder de negociación superior al que revele su tamaño. Sin embargo, las posibles ventajas que este papel pudiera conferir al distribuidor local se ven erosionadas por múltiples factores fuera de su control, como la mejora en la movilidad por parte del consumidor o la mayor variedad de canales de acceso en la distribución, incluyendo el contacto directo entre fabricante y consumidor mediante la venta por Internet o catálogo.

Posiblemente la manifestación más clara de la intensidad de las

negociaciones entre fabricantes y distribuidores sea el desarrollo que han experimentado en los últimos años y en prácticamente todos los mercados las llamadas marcas de distribuidor, también conocidas como «marcas blancas». En España han experimentado un crecimiento notable desde su aparición a finales de los años setenta. A mediados de los noventa suponían el 10 por 100 de las ventas y en la actualidad rozan el 40 por 100, lo cual coloca a nuestro país entre los de mayor grado de penetración de la MDD en Europa (Comisión Europea, 2011).

La contribución de la MDD a la mejor posición negociadora del distribuidor y, por tanto, al incremento de su poder de mercado, se realiza por varias vías. Además de disponer de una alternativa al producto con marca del fabricante en caso de que este amenazara con dejar de suministrarlo, el control que realiza el distribuidor de la ubicación de la MDD en los lineales y de su presentación como alternativa explícita a la marca del fabricante aumenta su poder de negociación. Adicionalmente, disponer de una MDD permite al distribuidor contar con información sobre el proceso de fabricación del producto, la cual podrá utilizar en su negociación con los fabricantes (Inderst y Mazarotto, 2008). Los resultados de los análisis empíricos muestran que el desarrollo de los MDD mejora sustancialmente el poder negociador de los distribuidores (Bergès-Sennou *et al.*, 2004; Cotterill *et al.*, 2000), mientras Steiner (2004) enfatiza el papel que cumplen como generadoras de competencia en los mercados.

No cabe concluir esta sección dedicada a las relaciones verticales y la política de defensa de

la competencia sin mencionar la existencia de casos de colusión horizontal en el marco de la cadena alimentaria, los cuales han supuesto prácticamente la mitad de las infracciones contra la competencia en el sector a escala europea entre 2004 y 2011 (European Competition Network, 2012). Un ejemplo reciente lo ofrece la resolución de la CNMC respecto a la existencia de un cártel en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca, en el cual las empresas transformadoras habrían explotado su poder negociador sobre los ganaderos (expediente S/0425/12). Según la resolución un total de 17 empresas y dos asociaciones empresariales habrían intercambiado información estratégica para controlar de forma conjunta el mercado de leche mediante diversas actuaciones contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia entre 2003 y 2012. La resolución identifica actuaciones de reparto geográfico del mercado (dificultando a los ganaderos el cambio de proveedor), acuerdos para fijar el precio de compra (estableciendo un sistema rotatorio de liderazgo en precios por parte de una de las empresas que el resto de miembros del cártel no rebajaría en ningún caso) y coordinación en las medidas de presión ejercidas sobre los ganaderos, las cuales incluirían la reducción de la cantidad comprada con la eventual pérdida por parte de aquel de la cuota láctea de no alcanzarse un cumplimiento del 85 por 100 de la misma. La existencia de acuerdos colusivos en el sector de la leche resulta relativamente habitual, con ejemplos recientes de los mismos en Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Lituania, Alemania o Grecia (European Competition Network, 2012).

III. CONCENTRACIONES EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA

A la vista de la importancia de las cuestiones relacionadas con la existencia de poder de mercado que se han analizado en la sección anterior, no debería sorprender que uno de los aspectos que generen mayor atención por parte de las autoridades de defensa de la competencia en el sector agroalimentario sean los procesos de concentración, ya sea mediante compras o fusiones, entre distribuidores minoristas (Cotterill 2006, Hosken *et al.* 2012). Como en cualquier otro proceso de este tipo, la decisión de autorizar la operación, o hacerlo bajo condiciones, debe contraponer las ganancias de eficiencia (1) que puedan derivarse de ella con sus posibles efectos anticompetitivos. Estos últimos pueden tomar dos formas: una mayor capacidad de las empresas del sector de llevar a cabo prácticas anticompetitivas (efectos coordinados) o el ejercicio por parte de la empresa resultante de un mayor poder de mercado (efectos unilaterales). Esta sección se dedica a estos últimos y lo hace teniendo en cuenta los efectos que pueda tener el poder de mercado del distribuidor frente al consumidor final, dado que las implicaciones de su poder de compra respecto a sus proveedores mayoristas han sido analizadas de la sección anterior.

Los procesos de integración horizontal son uno de los factores subyacentes al progresivo aumento del grado de concentración en la distribución alimentaria en España. Tal como muestra el cuadro n.º 1, desde finales de los años ochenta hasta la actualidad se ha producido una progresiva concentración de las actividades de distribución,

en la que la cuota de mercado conjunta de las cinco principales enseñas de distribución ha pasado del 27 por 100 al 56 por 100. En este proceso han tenido una gran importancia las fusiones, como la que tuvo lugar en 1999 a nivel mundial los grupos Carrefour y Promodès (propietarios de las marcas Pryca, Continente y Simago, las cuales pasaron a operar como Carrefour), o la adquisición de Caprabo por parte del grupo Eroski en 2008. Más recientemente, en 2014 DIA (perteneciente a Carrefour entre 2001 y 2011) ha integrado al grupo de distribución El Árbol. No obstante, a pesar de la importancia de estas operaciones, debe señalarse que el grado de concentración que se observa actualmente en la distribución alimentaria en España no se debe exclusivamente a ellas, ya que el crecimiento orgánico de algunos de los grandes grupos existentes también ha contribuido a ello. Así, el aumento reciente de la cuota de mercado de los cinco mayores distribuidores se explica exclusivamente por el crecimiento de Mercadona.

Tradicionalmente, el primer requisito de todo análisis de un proceso de concentración ha sido la definición del mercado relevante, tanto en términos geográficos como de producto. El criterio estándar para definir ello se ha basado en el test del monopolista hipotético, o SSNIP test (por las siglas en inglés de «incremento no transitorio de precios pequeño pero significativo»), el cual trata de identificar el mercado más reducido en el que un hipotético monopolista pudiera obtener mayores beneficios incrementando el precio. La existencia de alternativas, ya sean productos sustitutivos o establecimientos rivales por los que el consumidor pueda optar

CUADRO N.º 1

EVOLUCIÓN DE LAS CUOTAS DE MERCADO POR CIFRA DE VENTAS DE LAS PRINCIPALES ENSEÑAS DE DISTRIBUCIÓN ALIMENTARIA (EN PORCENTAJE)*

1987		1992		1997	
Pryca**	9,5	Pryca**	10,1	Pryca**	8,6
Continente	6,4	Continente	6,9	Continente	7,6
Alcampo	5,8	Alcampo	5,6	Eroski	5,6
Mercadona	3,0	Eroski	4,4	Alcampo	4,8
Simago	2,5	Hipercon	4,0	DIA	4,4
C5	27,2	C5	31,1	C5	31,1
2002		2007		2012	
Carrefour	14,7	Mercadona	18,2	Mercadona	25,0
Mercadona	10,7	Carrefour	13,5	Carrefour	11,5
Eroski	9,3	Eroski	9,6	Eroski	8,4
DIA	6,2	Alcampo	5,4	DIA	6,2
Alcampo	5,6	DIA	5,2	Alcampo	5,1
C5	46,4	C5	51,9	C5	56,1

Notas: * Se consideran las cifras de ventas de todos los formatos de establecimiento, agrupados según su enseña. C5 define la cuota agregada de las 5 mayores empresas. ** Hasta la fusión Carrefour/Promodés en 1999 Carrefour operaba bajo la marca Pryca.

Fuente: Elaboración propia a partir de Anuarios de Distribución Alimarket.

como respuesta al encarecimiento, provoca que dicho aumento de precio sea inviable y mostraría la necesidad de expandir el mercado relevante para incluirlas (2).

Aplicado para definir el mercado en geográficos, el test del monopolista hipotético depende en gran medida de la propensión a acudir a un establecimiento más o menos lejano por parte del consumidor, por lo que en la práctica se puede reducir a un cálculo de isocronas o umbrales de tiempo de viaje para los que un establecimiento se considera parte del conjunto de elección relevante del consumidor (véase Davis y Reilly, 2010, sobre el resultado de la aplicación del test en el análisis de 2008 de la Competition Commission). Esta es la base de la definición que, en la práctica, realizan las autoridades de defensa de la competencia para delimitar el mercado geográficamente relevante (3). Existe un consenso relativamente

amplio respecto al carácter local de los mercados geográficos de los mercados de distribución minorista.

La forma en la que se define el mercado geográfico relevante en los análisis de fusiones por parte de las autoridades de defensa de la competencia en España es un ejemplo de lo descrito anteriormente. Así, parte de la identificación de aquellos términos municipales en los que, tras la operación de concentración, se genere una cuota de mercado por parte de la entidad resultante superior al 30 por 100. Cada uno de los mercados geográficos relevantes se definen a partir de dichos términos municipales empleando criterios de isocronas específicos para el medio urbano (30 minutos) y rural (15 minutos), pero puede modificarse de forma puntual por la presencia de grandes superficies o centros que generen una atracción sustancial. De esta

forma queda definido el conjunto de municipios que constituyen el «área de influencia» objeto del análisis de la fusión.

La otra vertiente en la definición del mercado relevante es la que hace referencia al producto. En el caso de la distribución alimentaria esto requiere tanto determinar el conjunto de bienes que forman parte de la cesta de la compra que se adquiere conjuntamente (productos frescos, envasados, o no alimentarios que se adquieren a la vez que los alimentarios) como identificar los canales de distribución que suponen alternativas factibles para el consumidores (establecimientos de distribución de distintos tamaños y formatos, mercados, tiendas especializadas o el canal «horeca»: hoteles, restaurantes y cafeterías). De acuerdo con la práctica comunitaria, las autoridades de defensa de la competencia en España definen el mercado de producto considerando que este incluye la distribución minorista de autoservicio de productos alimenticios, así como aquellos productos no alimenticios de consumo diario que suelen comprarse conjuntamente con los anteriores (limpieza, perfumería, higiene), pero no otros productos de uso doméstico como textiles, aparatos domésticos o juguetes. Respecto al tipo de establecimiento, se distingue entre aquellos establecimientos con un surtido diversificado y los que proveen de forma especializada de un tipo de productos. Las resoluciones de la CNMC no realizan distinción según el tamaño del establecimiento.

Una vez definido el mercado en términos geográficos y de producto, el análisis del impacto de las operaciones de concentración de los distribuidores alimentarios por parte de las autoridades de

defensa de la competencia en España ha consistido habitualmente en la identificación de aquellos mercados locales en los que la empresa resultante contaría con una cuota de mercado superior al 30 por 100, con incrementos como resultado de la fusión de 5 o más puntos. En estos mercados, considerados potencialmente anticompetitivos, se lleva a cabo un análisis más detallado sobre las posibilidades de entrada de nuevos establecimientos y del grado de concentración del resto de la oferta. Se trata, sin embargo, de un análisis principalmente descriptivo, en la línea del análisis tradicional de fusiones, que otorga una gran importancia al cálculo de medidas de concentración, sin intentar tener en cuenta el comportamiento de las empresas más allá de la relación unidireccional que subyace al paradigma Estructura-Conducta-Resultados. Esta aproximación ha sido criticada, entre otros motivos, por no ser apropiada para el caso de productos diferenciados en los que, aún en el caso en el que no se observe una elevada concentración, los márgenes pueden ser elevados si los productos no son sustitutivos próximos (Pinkse y Slade, 2004). Los análisis de las agencias de defensa

de la competencia que tienen en cuenta estos aspectos buscan identificar el interés que pueda tener la entidad resultante en llevar a cabo aumentos de precios que no hubiera ejecutado sin la fusión, dada la fuga de algunos consumidores hacia una empresa rival. La internalización parcial de dicha fuga tras la operación de concentración hace más factible la viabilidad del aumento de precios. Responder de forma cuantitativa esta cuestión se convierte en un ejercicio empírico que requiere contar con estimaciones de las elasticidades cruzadas entre los distintos establecimientos, así como de los márgenes que se obtienen en cada uno de ellos, y no únicamente con las cuotas de mercado. Esta información puede ser obtenida mediante encuestas específicas (4) o analizando evidencias disponibles del impacto de aperturas o cierres de establecimientos. En el caso de los márgenes comerciales, si bien se trata de información comercialmente muy sensible, puede ser requerida por parte de las autoridades de defensa de la competencia para llevar a cabo los análisis descritos.

Siguiendo a David y Garcés (2010), es posible mostrar las ven-

tajas de contar con una herramienta de simulación que haga explícitos los impactos que se generan en un proceso de concentración horizontal. Así, considerando un mercado en el que operan seis establecimientos, inicialmente idénticos, que compiten en precios en un contexto de productos diferenciados, el cuadro n.º 2 muestra los valores de los equilibrios de Nash-Bertrand que resultarían en tres escenarios: a) la situación previa a la fusión, donde operan seis empresas b) la situación tras la fusión entre dos de dichas empresas y c) la misma operación de concentración, en la que las empresas que la llevan a cabo obtienen un ahorro del 3 por 100 en sus costes marginales (5).

Como puede observarse, la concentración simulada daría lugar a un incremento notable del índice HHI, con un aumento superior a los 500 puntos que le situaría en el nivel de 2.200. La fusión tendría efectos sobre los precios, tanto sobre los que pudiera fijar la empresa resultante como sus rivales, generando incrementos del orden del 3 por 100. Una ventaja adicional de la modelización del proceso de fusión es que permite incorpo-

CUADRO N.º 2

SIMULACIÓN DE LOS EFECTOS DE UN PROCESO DE CONCENTRACIÓN

	PRECIO	CANTIDAD	BENEFICIO	CUOTA DE MERCADO	HHI	ÍNDICE DE PRECIOS
A. Situación previa a la concentración						
Cada empresa	4,8	7,6	28,88	16,67%	1.667	100,00
B. Fusión entre dos empresas, sin cambio en la eficiencia					2.199	103,42
Fusionadas	5,16	7,07	58,84	32,62%		
No fusionadas	4,87	7,74	29,95	16,85%		
C. Fusión entre dos empresas con mejoras de eficiencia (3%)					2.200	103,27
Fusionadas	5,14	7,10	59,23	32,66%		
No fusionadas	4,87	7,73	29,90	16,84%		

rar de forma explícita uno de los principales argumentos aducidos habitualmente por las empresas como beneficios de la operación, como son las mejoras de eficiencia o ahorros de costes. En el caso simulado se observa que una reducción de los costes marginales del 3 por 100 tendría unos efectos muy poco relevantes. Por supuesto, este resultado depende de los parámetros escogidos y no presupone que las llamadas «sinergias» resultantes de una concentración horizontal no puedan llegar a dar lugar a reducciones de precios que resulten beneficiosas para el consumidor.

Al realizar una simulación de este tipo en el ámbito de un mercado local se presupone que las cadenas de distribución tendrán la capacidad y voluntad de fijar precios distintos en cada uno de los establecimientos que gestionen. Puede ocurrir, sin embargo, que los distribuidores apliquen una política de precios uniformes, sin diferencias de precios entre mercados, o entre los establecimientos de un mismo mercado. Esta cuestión fue objeto de un intenso debate en el Reino Unido a raíz del informe de la Competition Commission (2000) que denunciaba la aplicación de precios locales como una práctica anticompetitiva. Sin embargo, tal como muestran Dobson y Waterson (2005), las variaciones de precios en los mercados locales son consecuencia, y no causa, de la existencia de poder de mercado y no puede presuponerse que sea una práctica anticompetitiva, salvo que forme parte de una estrategia predatoria. Para el caso español, Asensio (2014b) muestra evidencia de la existencia de diferencias de precios entre supermercados de las mismas cadenas dentro de un área urbana, identificando la presencia de determinados

competidores como el principal factor causal de las mismas.

IV. REGULACIÓN Y DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

La distribución comercial minorista está sujeta a regulación en la mayoría de países, si bien la intensidad y el diseño de la misma puede ser muy diversa. Siguiendo a Boylaud y Nicoletti (2001) es posible distinguir entre el papel de las regulaciones que afectan al acceso al mercado y aquellas que inciden sobre la actividad de los operadores una vez establecidos. Entre las primeras destacan las regulaciones relacionadas con la planificación territorial que limitan la apertura de nuevos establecimientos, mientras que las principales restricciones que afectan a la operación de los distribuidores son las que restringen los horarios o días de apertura. A estas dos cuestiones se dedica esta sección.

1. Barreras de entrada

La mayor parte de los países de la OCDE cuentan con regulaciones específicas que afectan a la oferta de establecimientos de distribución comercial, ya sea en forma de restricciones sobre la superficie total de los establecimientos abiertos o de limitaciones a la apertura o ampliación de los existentes (Boylaud y Nicoletti, 2001). Las regulaciones que crean este tipo de barreras se han justificando recurriendo a tres tipos de argumentos (Pilat, 1997). En primer lugar, relacionado con la existencia de economías de urbanización, la regulación territorial puede defenderse desde posiciones que consideran contraproducente una excesiva uniformidad en los usos.

En segundo lugar, la existencia de grandes establecimientos, o de una concentración excesiva de los mismos, puede generar externalidades negativas en forma de contaminación o congestión derivadas del uso del vehículo privado. El tercer argumento se apoya en la protección de los pequeños comercios frente a las grandes superficies, tanto por cuestiones laborales como por la valoración que se haga de la oferta de productos y servicios que ofrecen unos y otros.

Sin embargo, las restricciones impuestas a la apertura de establecimientos de un determinado tamaño también tienen consecuencias negativas. Por un lado, dificultan el aprovechamiento de las economías de escala y de gama que puedan existir en el sector. Adicionalmente, actúan como mecanismo mediante el que los agentes ya establecidos se benefician del bloqueo a la entrada de potenciales rivales, lo cual consolida las posiciones de dominio que puedan existir.

El caso español es un ejemplo del papel de las barreras de entrada basadas en el tamaño de los establecimientos. Aunque la legislación estatal proporciona un marco general que regula las actividades comerciales, la regulación detallada de las actividades de distribución minorista recae en las comunidades autónomas, quienes han aplicado regulaciones restrictivas a la entrada de forma prácticamente generalizada. Así, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996) permitió la generalización del requisito de contar con una segunda licencia de apertura (adicional a la municipal) concedida por la comunidad autónoma para los grandes establecimientos, los cuales se definían en función de un umbral de superficie que po-

día variar con la población del término municipal en el que quisieran ubicarse. Matea y Mora (2012) muestran como entre 1997 y 2007 la regulación autonómica fue haciéndose progresivamente más restrictiva, con la segunda licencia como elemento básico de la misma.

Si bien la directiva de servicios de la UE (CE/2006/123) pretendía una eliminación de las restricciones a la entrada, y su trasposición mediante la Ley 1/2010 elimina la definición de «gran establecimiento comercial», dicha ley también permite que desde las comunidades autónomas se definan razones de interés general que den lugar a la necesidad de conceder una autorización administrativa para la apertura de determinados tipos de establecimientos. Al incluirse entre dichas razones conceptos como la protección medioambiental y urbana, la planificación territorial o la conservación del patrimonio se ha permitido la adaptación de las normativas a un marco restrictivo. A excepción de la de Madrid, esta ha sido la línea seguida por todas las comunidades autónomas en mayor o menor medida (Matea, 2011).

La efectividad y efectos económicos de las regulaciones orientadas a limitar la entrada de nuevos establecimientos ha sido cuantificada en distintos contextos y periodos. Así, según Bertrand y Kramarz (2002) las restricciones impuestas en Francia en 1973 (que fueron incrementadas en 1991 y 1996), supusieron una pérdida de empleo en el sector de la distribución comercial que estiman entre el 3 y el 15%. En Italia, Schivardi y Viviano (2011) calculan que las limitaciones existentes desde 1988 a la superficie de ventas a

escala provincial dieron lugar a aumentos de precios y costes laborales, mientras reducían la productividad y el empleo. En el caso del Reino Unido, Griffith y Harmgart (2012) también observan que las restricciones a la apertura de grandes establecimientos reducen la oferta, pero su estimación de las pérdidas del excedente del consumidor que se producen es relativamente baja. Para el caso español, Orea (2010) muestra que las regulaciones autonómicas han limitado la entrada de grandes establecimientos y han facilitado la de pequeñas tiendas especializadas. Asensio (2013), empleando una base de datos distinta, observa efectos diferenciales entre establecimientos de diferente tamaño, corroborando la observación de la CNC (2011) en el sentido de que la respuesta del sector al marco regulatorio restrictivo que se ha descrito ha sido la especialización en los formatos de supermercado de tamaño mediano o grande, y no en hipermercados. Estudiando lo ocurrido en el Reino Unido, Sadun (en prensa) observa que la especialización en formatos intermedios da lugar a una competencia más intensa frente a los pequeños establecimientos, a los que la regulación pretendía proteger.

2. Horarios de apertura

El debate sobre la regulación de los horarios de apertura es más intenso que el que afecta a la entrada de nuevos operadores en el mercado. Si bien la motivación original de este tipo de regulaciones podía basarse en aspectos religiosos, el debate actual gira en torno a los efectos económicos que la regulación horaria pueda tener sobre el bienestar de los consumidores, el empleo en el sector y el efecto

diferencial entre establecimientos de distinto tamaño.

La cuestión fundamental para evaluar los efectos de esta regulación es si la apertura durante más horas da lugar a un aumento de las ventas, o a un simple desplazamiento de la demanda. A favor de una respuesta afirmativa a esta cuestión se puede argumentar que la liberalización horaria permitirá reducir los costes de transacción relacionados con las actividades de compra minorista, dado que facilitará compaginar las actividades de compra, trabajo y ocio por parte de los consumidores (Elliott y Levin, 1987). Un caso particular sería el de los consumidores no residentes, como los visitantes de cruceros turísticos en determinadas ciudades cuando recalán en festivos, quienes al no encontrar los establecimientos abiertos no pueden satisfacer su demanda.

Adicionalmente, la posibilidad de abrir durante un mayor periodo de tiempo puede dar lugar a mejoras de eficiencia, si bien esto dependerá de las características de los establecimientos. En el caso de aquellos de gran tamaño, o pertenecientes a grupos con un número de tiendas que les permita reorganizar plantillas de forma más flexible, las posibilidades son mayores que en los casos donde se produzca un efecto umbral o la legislación laboral dificulte la adaptación de los turnos de trabajo. Una mayor capacidad de generar mejoras de eficiencia por parte de los grandes establecimientos podría tener efectos anticompetitivos si provocase la expulsión del mercado de los operadores con baja capacidad de adaptación o de especialización en segmentos de mercado que resulten más atractivos en las nuevas condiciones.

La evolución de la regulación de horarios comerciales en España refleja la tensión entre una normativa estatal que, con altibajos, parece haber tratado de reducir las limitaciones existentes, frente al mantenimiento por parte de la mayoría de las comunidades autónomas de una posición más restrictiva (véase una exposición detallada de la evolución de la legislación en Matea y Mora [2012] o Aranda García y Santos del Cerro [2012]). Así, a mediados de los años noventa el RD 22/1993 fijaba un límite al horario global de apertura semanal en días laborables de 72 horas, que las comunidades autónomas podían aumentar, pero no reducir. En el caso de los días de apertura en festivo el límite se fijaba en 8, con excepciones al alza en el caso de algunas tipologías. Mientras que ninguna comunidad desplazó el límite de horas de apertura establecido en el real decreto, en el caso de las aperturas en festivo se produjeron algunas desviaciones al alza, entre las que destaca el caso de Madrid, donde se autorizaban apertura en 14 festivos, más una o dos festividades locales. Posteriormente, el RD 6/2000 otorgó libertad de horarios a los establecimientos menores de 300m² que no pertenecieran a grupos distribuidores, mientras que para el conjunto elevaba el límite mínimo de apertura semanal en días laborables hasta las 90 horas. En el caso de las aperturas en festivos planeaba un incremento progresivo del número de fechas al pasar de 8 a 12 entre 2000 y 2004. La ley 1/2004 permitió a las comunidades autónomas limitar el horario global semanal a un máximo de 72 horas y el número de festivos a 8 (con un máximo de 12), además de permitirles rebajar el umbral de plena libertad hasta los

150 m². Si bien la mayoría de las comunidades limitaron el horario de apertura a 72 horas, Castilla y León, Madrid, Navarra, La Rioja y la Comunidad Valenciana optaron por mantener el límite en 90 horas. Aunque la trasposición de la ya citada directiva de servicios no tuvo un impacto directo sobre las regulaciones de los horarios de apertura, ya que no hacía referencia a los mismos, los cambios en la legislación autonómica que tuvieron lugar en aquel momento fueron aprovechados por alguna comunidad para modificar la normativa. El caso más extremo es el de Madrid, donde se permitió la libertad total de horarios en días laborables y festivos. A nivel estatal el RD 20/2012 volvió a fijar el límite mínimo de apertura en 90 horas, y permitía a las comunidades autónomas fijar el número de festivos con apertura autorizada no inferior a 10. Esta norma amplía la definición de zona de afluencia turística, obligando a que se determine al menos una zona en 14 grandes ciudades (Aranda y Santos del Cerro, 2012). Posteriormente, la Ley 18/2014 amplía la lista de ciudades a 24, facilitando que el concepto de zona de gran afluencia turística se amplíe a la totalidad del término municipal.

El análisis empírico de los efectos que han tenido las experiencias de liberalización de horarios en distintos mercados se ve dificultado tanto por la ausencia habitual de datos suficientemente precisos para identificar los efectos de interés como por los problemas que conlleva identificar de forma correcta el cambio en la política como un factor exógeno. Al resumir los efectos de los procesos de liberalización de horarios que tuvieron en Suecia, Alemania, y Holanda durante los años setenta y no-

venta, Pilat (1997) observa un claro aumento del excedente de los consumidores, al incrementarse las ventas como resultado de la mayor flexibilidad horaria. Sin embargo, aunque los niveles de empleo aumentan en algunos casos, lo hacen en menor medida que las ventas, evidenciando caídas en la productividad. Skuterud (2005) analiza el impacto sobre el empleo utilizando la experiencia de liberalización progresiva de la apertura en domingos en las provincias canadienses entre 1980 y 1998. Sus resultados muestran que se produjo un aumento de la contratación, y no un incremento de las horas trabajadas por empleado. No obstante, al igual que Tanguay *et al.* (1995), también observa que se producen aumentos en los precios, lo cual explica que el impacto en términos de empleo sea menor que el que se genera sobre el valor de las ventas. Analizando con más detalle la distribución del empleo según el tamaño del establecimiento, Senftleben-König (2014) encuentra evidencia de que la liberalización de los horarios en Alemania a partir de 2006 contribuyó a la destrucción de empleo en los comercios de menor tamaño, sin observar que ello se compensase por la creación en los de mayor tamaño.

V. CONCLUSIONES

Este artículo ha llevado a cabo una revisión, necesariamente limitada, de las cuestiones relacionadas con la competencia en el sector de la distribución alimentaria. La principal conclusión que cabe extraer es la que hace referencia a la interrelación entre muchos de los temas: las relaciones verticales a lo largo de la cadena alimentaria no son independientes de lo que ocurre en la

distribución minorista, mientras que esta se ve condicionada en gran medida por aspectos regulatorios. Tratar de abordar cada una de estas cuestiones por separado requiere realizar supuestos simplificadores que, en ocasiones, pueden resultar de gran importancia.

NOTAS

(*) Departamento de Economía Aplicada, Universitat Autònoma de Barcelona. javier.asensio@uab.es

(1) El análisis de la eficiencia de los supermercados no parece haber sido objeto de atención prioritaria por parte de la literatura empírica. Entre los pocos estudios disponibles, SELLERS RUBIO y MAS-RUIZ (2009) estiman la eficiencia de las cadenas de distribución alimentaria en España entre 1995 y 2001 empleando técnicas de análisis envolvente de datos.

(2) Véase DAVIS y GARCÉS (2010) para una discusión detallada sobre la definición del mercado relevante y su aplicación a casos concretos de defensa de la competencia.

(3) De forma más detallada, debe tenerse en cuenta que las isocronas pueden depender del entorno (son mayores en el medio rural que en el urbano) y del tipo de establecimiento (los de mayor tamaño atraen consumidores más alejados).

(4) Véase, por ejemplo, GONZÁLEZ-BENITO *et al.* (2005) quienes estiman un modelo de elección de supermercado en el área urbana de Salamanca, obteniendo evidencia de la importancia de las diferencias de formato entre establecimiento.

(5) Salvo el supuesto del número de empresas fusionadas y las mejoras de eficiencia generadas, los parámetros del modelo se toman de la simulación de DAVIS y GARCÉS (2010, sección 8.3.2.2), donde las funciones de demanda son lineales ($q_i = 10 - 2p_i + \sum_{j \neq i} 0.3p_j$) y los costes marginales son iguales a la unidad.

REFERENCIAS

- ARANDA, E., y SANTOS DEL CERRO, J. (2012), «Aproximación analítica y empírica a los horarios comerciales», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 868: 31-56.
- ASENSIO, J. (2013), «Regulación comercial regional y entrada de supermercados en España», en A. Merino (ed.), *Regulación y competencia: en busca de efectos no*

deseados, Autoritat Catalana de la Competència, Barcelona: 115-126.

— (2014a), «Poder de mercado en la distribución alimentaria: consecuencias y causas», *Cuadernos Económicos de ICE*, 88: 179-201.

— (2014b), «Supermarket prices and competition: an empirical analysis of urban local markets», *XVII Encuentro de Economía Aplicada*, Las Palmas de Gran Canaria.

BERGÈS-SENNOU, F.; BONTEMPS, P., y RÉQUILLART, V. (2004), «Economics of private labels: a survey of the literature», *Journal of Agricultural & Food Industrial Organization*, 2(1): 3.

BERTRAND, M., y KRAMARZ, F. (2002), «Does entry regulation hinder job creation? Evidence from the French retail industry», *Quarterly Journal of Economics*, 117(4): 1369-1413.

BESANKO, D.; DUBÉ J-P., y GUPTA, S. (2005), «Own-brand and cross-brand retail pass-through», *Marketing Science*, 24(1): 123-137.

BLAIR, R.D., y HARRISON, J.L. (1993), *Monopsony. Antitrust Law and Economics*, Princeton University Press.

BONNET, C., y DUBOIS, P. (2010), «Inference on vertical contracts between manufacturers and retailers allowing for nonlinear pricing and resale price maintenance», *RAND Journal of Economics*, 41(1): 139-164.

BOYLAUD, O., y NICOLETTI, G. (2001), «Regulatory reform in retail distribution», *OECD Economic Studies*, 32: 253-274.

CLARKE, R.; DAVIES, S.; DOBSON, P., y WATERSON, M. (2002), *Buyer Power and Competition in European Food Retailing*, Edward Elgar.

CNC (2011), *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*, Comisión Nacional de la Competencia, Madrid.

COMISIÓN EUROPEA (2011), *The impact of private labels on the competitiveness of the European food supply chain*, Luxemburgo.

COMPETITION COMMISSION (2000), *Supermarkets. A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, HMSO.

COTTERILL, R. (2006), «Antitrust analysis of supermarkets: global concerns playing out in local markets», *The Australian Journal of Agricultural and Resource Economics*, 50: 17-32.

COTTERILL, R.; PUTSIS, W., y DHAR, R. (2000), «Assessing the competitive interaction between private labels and national brands», *Journal of Business*, 73: 109-137.

DAVIDS, P., y REILLY, A. (2010), «Market power, market outcomes, and remedies in the UK groceries market», *Agricultural Economics*, 41: 93-108.

DAVIS, P., y GARCÉS, E. (2010), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press.

DOBSON, P. (2005), «Exploiting buyer power: lessons from the British grocery trade», *Antitrust Law Journal*, 72(2): 529-562.

DOBSON, P., y WATERSON, M. (2005), «Chain-store pricing across local markets», *Journal of Economics & Management Strategy*, 14(1): 93-119.

ELLIOTT, D., y LEVIN, D. (1987), «Estimating the economic impact of repealing laws prohibiting Sunday sales», *International Journal of Retailing*, 2(1): 31-43.

EUROPEAN COMPETITION NETWORK (2012), «ECN Activities in the food sector. Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector», *ECN Subgroup Food, DG Competition*, Bruselas.

GONZÁLEZ-BENITO, O.; MUÑOZ-GALLEGO, P.A., y KOPALLE, P.K. (2005), «Asymmetric competition in retail store formats: Evaluating inter- and intra-format spatial effects», *Journal of Retailing*, 81: 59-73.

GRIFFITH, R., y HARMGART, H. (2012), «Supermarkets competition in England and planning regulation», *The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research*, 22(1): 1-25.

HOSKEN, D.; OLSON, L., y SMITH, L. (2012), «Do retail mergers affect competition? Evidence from grocery retailing», *US Federal Trade Commission, Working paper 313*, Washington D.C.

INDERST, R., y MAZZAROTTO, N. (2008), «Buyer power in distribution», en *ABA Antitrust Section Handbook. Issues in Competition Law and Policy*, vol 3, 1953-1978, American Bar Association.

INDERST, R., y WEY, C. (2011), Countervailing power and dynamic efficiency, *Journal of the European Economic Association*, 9(4): 702-720.

MATEA, M., y MORA, J. (2012), «Comercio minorista y regulación autonómica: efectos en la densidad comercial, el empleo y la inflación», *Revista de Economía Aplicada*, 20(59): 5-54.

MATEA, M. (2011), «La transposición de la directiva de servicios a la normativa española del comercio minorista», *Boletín Económico*. Banco de España, 10/2011: 104-112.

MCCORRISTON, S. (2013), «Background note», en *Competition Issues in the Food Chain Industry*, OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2014)16: 9-45.

<p>MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (2013), «Contribución del sistema agroalimentario a la economía española: una aproximación», <i>Análisis y Prospectiva</i>, Serie AgrInfo, 23.</p> <p>OREA, L. (2010), «The effect of legal barriers to entry in the Spanish retail market: a local market approach», <i>Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública</i>, 193(2): 49-74.</p> <p>PILAT, D. (1997), «Regulation and Performance in the distribution sector», <i>OECD Economics Department working papers 180</i>, Paris.</p> <p>PINKSE, J., y SLADE, M.E. (2004), «Mergers, brand competition, and the price of a pint», <i>European Economic Review</i>, 48: 617-643.</p>	<p>SADUN, R. (en prensa), «Does Planning Regulation Protect Independent Retailers?», <i>Review of Economic Studies</i>. doi:10.1162/REST_a_00492</p> <p>SELLERS-RUBIO, R., y MAS-RUIZ, F. (2009), «Economic efficiency in supermarkets: evidences in Spain», <i>The International Journal of Retail & Distribution Management</i>, 34, 2: 155-171.</p> <p>SENFLEBEN-KÖNIG, C. (2014), «Product market deregulation and employment outcomes: evidence from the German retail sector», <i>SFB 649 Discussion paper 2014-13</i>, Humboldt- Universität zu Berlin.</p> <p>SCHIVARDI, F., y VIVIANO, E. (2011), «Entry barriers in retail trade», <i>The Economic Journal</i>, 121: 145-170.</p>	<p>SKUTERUD, M. (2005), «The impact of Sunday shopping on employment and hours of work in the retail industry: Evidence from Canada», <i>European Economic Review</i>, 49: 1953-1978.</p> <p>STEINER, R. L. (2004), «The Nature and Benefits of National Brand/Private Label Competition», <i>Review of Industrial Organization</i>, 24: 105-127.</p> <p>TANGUAY, G.; VALLGE, L., y LANOIE, P. (1995). «Shopping hours and price levels in the retailing industry: A theoretical and empirical analysis», <i>Economic Inquiry</i>, 33(3): 516-524.</p> <p>VILLAS-BOAS, S. (2007), «Vertical relationships between manufacturers and retailers: Inference with limited data», <i>The Review of Economic Studies</i>, 74(2): 625-65.</p>
--	---	--

Resumen

El sector de servicios profesionales en Europa se caracteriza por un exceso de regulación y una gran atomización, siendo España uno de los países europeos con mayor peso de las microempresas e indicadores de regulación por encima de la media. Por ello parece urgente tomar medidas que reduzcan las restricciones al ejercicio y al acceso a los servicios profesionales, particularmente severas en las actividades relacionadas con la ingeniería y arquitectura. La proliferación de titulaciones universitarias en estos ámbitos, en comparación con otros países, ha provocado que cada una de ellas pretenda tener asignadas en exclusiva determinadas funciones, lo que ha sido consentido por el legislador fragmentándose tales actividades en distintos mercados que no se corresponden con lo regulado en otros países de la UE. El cambio del sistema de titulaciones universitarias que se ha producido recientemente ha agravado el problema y generado una elevada confusión por no quedar claras las equiparaciones, además de perjudicar la movilidad de nuestros titulados.

Palabras clave: regulación, servicios profesionales.

Abstract

The professional services sector in Europe is characterized by excess regulation and small scale firms. Spain is one of the European countries with the highest weight of small firms, and regulatory indicators which are above the average. It seems urgent to take legislative actions to reduce restrictions on the exercise and access to professional services, particularly severe in the activities related to engineering and architecture. The proliferation of university degrees in these areas, compared with other EU countries, has raised individual claims to have exclusive rights on certain functions, with the compliance of the legislator. This has fragmented many professional activities in different markets against current stream regulation in other EU countries. Furthermore, changing the system of university degrees has exacerbated the problem and led to confusion when comparing degrees with other EU countries, which hinders mobility of Spanish professionals.

Key words: professional services, regulation.

JEL classification: K23, L51.

¿HASTA DÓNDE Y CÓMO REGULAR EL MERCADO DE SERVICIOS PROFESIONALES? UNA APLICACIÓN A LAS RESERVAS DE ACTIVIDAD (*)

Aitor CIARRETA

María Paz ESPINOSA

Aitor ZURIMENDI

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva Europea de Servicios (2006/123), con el objetivo de conseguir el mercado único en este sector, obligó a los Estados miembros a revisar su legislación e ir suprimiendo barreras de entrada o restricciones al ejercicio no justificadas en intereses públicos. Su transposición al ordenamiento jurídico español ha supuesto una reducción de la carga regulatoria en determinados ámbitos de las actividades de servicios. El objetivo último de esta desregulación impulsada por la CE es favorecer la inversión, la creación de empleo cualificado y aumentar el crecimiento económico. El impacto que tendrá a nivel agregado será elevado si tenemos en cuenta que el sector servicios (incluidos los financieros y el comercio) representaba en 2010 el 73,5 por 100 del PIB de la UE-27 (Eurostat, 2011) y en el caso español el 68,37 por 100 del PIB (INE, 2010). Por esto, es de esperar que una mejora en la eficiencia de este mercado tenga a su vez efectos beneficiosos significativos sobre el resto de la economía.

En este artículo pretendemos exponer cómo ha afectado la transposición de esta Directiva a la regulación de los servicios profesionales en España, cuál ha sido el impacto de estos cambios, así como las posibilidades

de mejora que aún existen. En concreto, examinaremos el sistema de reservas de actividad vigente en nuestra normativa como ámbito en el que resulta conveniente una próxima reforma por abundar en él, regulación que establece barreras de entrada ineficientes.

II. EL MERCADO DE SERVICIOS PROFESIONALES. ALGUNOS DATOS

Aunque solo es una parte pequeña del sector servicios, los servicios profesionales empleaban en Europa a más de once millones de personas en 2010, lo que supone alrededor del 5 por 100 del empleo total en la UE-27. Este indicador evidencia la importancia que tiene para la economía en su conjunto y el impacto que sobre el crecimiento económico y el empleo podrían tener las reformas correctamente diseñadas y ejecutadas.

El cuadro n.º 1 presenta las cifras de algunos indicadores clave del sector.

El porcentaje de personal ocupado ha sido ligeramente creciente en años recientes, con una tasa de crecimiento media anual del 1,4 por 100 frente a un incremento medio de la tasa

CUADRO N.º 1

EVOLUCIÓN DE ALGUNOS INDICADORES DEL SECTOR DE ACTIVIDADES PROFESIONALES EN UE-27

INDICADOR	2008	2009	2010
Número de empresas (miles de euros)	3.392	3.432	3.692
Personal ocupado (miles de euros).....	10.752	10.982	11.063
Personal ocupado por empresa	3,17	3,20	3,00
Personal asalariado (miles de euros).....	7.966	8.031	8.004
Volumen de negocio (millones de euros)	1.168.753	1.093.341	1.160.350
Compras de bienes, servicios (millones de euros)	621.277	586.681	628.110
Costes de personal (millones de euros)	341.165	325.754	343.053
Valor añadido (millones de euros)	573.128	521.242	560.532
Excedente bruto de explotación (millones de euros).....	231.963	195.488	217.479
Porcentaje sobre el total de la economía no-financiera			
Número de empresas (porcentaje)	16,1	16,6	17,0
Personal ocupado (porcentaje)	4,8	4,9	4,9
Valor añadido (porcentaje)	9,4	9,6	9,4
Otros indicadores de actividad			
Productividad del trabajo (miles de euros/ persona)	53,0	47,5	50,7
Coste salarial medio (miles de euros/persona)	42,8	40,6	42,9
Productividad ajustada del trabajo (porcentaje).....	123,8	117	118,2
Tasa bruta de explotación (porcentaje)	19,8	17,9	18,7

Fuentes: Eurostat, 2011. El número total de empresas se ha obtenido de *Annual enterprise statistics for special aggregates of activities (CNAE Rev. 2)*.

de desempleo de 7 por 100 al 9,6 por 100 entre 2008 y 2010 en la UE-27, lo que demuestra su capacidad de generar empleo cualificado en un contexto de destrucción de empleo en otros sectores de actividad económica.

El cuadro n.º 2 presenta para el año 2010 el número de empresas, personas ocupadas, valor añadido y productividad en los países UE-27 y permite comparar algunos indicadores de los servicios profesionales para distintos países europeos.

En los servicios profesionales el número de personas ocupadas por empresa es muy bajo, alrededor de 3, aunque ligeramente más elevado en Alemania, Reino Unido y particularmente en Suiza, donde casi alcanza una media de 12. Si exceptuamos este último país, el tamaño de empresa de servicios profesionales es inferior en Europa que en Estados Unidos, donde el tamaño medio supera los 10 empleados por empresa (1). La

productividad media en Europa es de 50.700 euros por trabajador, más elevada en los países del norte de Europa, pero inferior a la norteamericana.

La estructura de mercado reflejada en el cuadro n.º 2 indica una gran atomización, por lo que cualesquiera problemas de competencia que puedan aparecer en este sector no proceden de la concentración por el lado de la oferta. Por el contrario, la gran importancia de las microempresas deja margen para el aprovechamiento de las economías de escala y un aumento de la eficiencia. Aunque en conjunto las microempresas generan una gran parte del valor añadido del sector (casi el 40 por 100), tienen una menor productividad del trabajo. Una persona empleada en una gran empresa europea del sector de servicios profesionales (más de 250 trabajadores) en el 2010 generaba una media de 65.500 euros de valor añadido, mientras que una persona empleada en una microempresa del sector (me-

nos de 10 trabajadores) generaba 41.000 euros de valor añadido. La productividad en las empresas pequeñas (entre 10 y 49 trabajadores) y medianas (entre 50 y 249 trabajadores) fue de 55.000 y 61.200 euros respectivamente.

En España también dominan las empresas de pequeño tamaño, reflejo del grado de atomización en la mayor parte de los subsectores de actividades profesionales. El 67,3 por 100 del empleo y el 54,8 por 100 del valor añadido provienen de empresas de menos de 20 empleados (INE, 2010). Estas cifras no difieren sustancialmente de la media de la UE-27.

En cuanto a la importancia de los servicios profesionales en la economía española, el nuestro es el quinto país europeo tanto en términos de empleo en el sector como en su contribución al valor añadido. La estructura empresarial de este sector en España no difiere sustancialmente de la europea, pero el problema de la atomización es aún más severo como se

CUADRO N.º 2

INDICADORES DE ACTIVIDAD DEL SECTOR DE ACTIVIDADES PROFESIONALES, 2010

PAÍS	NÚMERO DE EMPRESAS	NÚMERO DE PERSONAS EMPLEADAS	EMPLEADOS POR EMPRESA	VOLUMEN DE NEGOCIO (Millones €)	PRODUCTIVIDAD DEL TRABAJO (Miles €)
Alemania	347.993	2.005.812	5,8	204.709,5	55,6
Austria	59.941	209.465	3,5	24.756,2	55,0
Bélgica	102.852	226.435	2,2	47.317,3	65,0
Bulgaria	35.246	90.023	2,6	2.529,6	10,5
Chequia	163.782	238.345	1,5	17.452,1	23,2
Chipre	4.639	20.449	4,4	1.289,4	43,9
Dinamarca	30.380	134.190	4,4	19.988,8	73,5
Eslovenia	22.621	48.651	2,2	3.959,3	27,2
Eslovaquia	50.940	104.033	2	4.903,7	19,6
España	363.836	979.295	2,7	78.250,3	38,7
Estonia	8.502	22.570	2,7	951,7	17,2
Finlandia	33.689	105.241	3,1	11.497,6	52,8
Francia	408.529	1.292.847	3,2	209.372,9	72,4
Hungría	113.115	205.824	1,8	9.714,8	14,9
Irlanda	26.131	102.697	3,9	11.682,3	59,1
Italia	716.600	1.233.757	1,7	115.412,7	45,7
Letonia	12.333	31.830	2,6	1.172,4	12,7
Lituania	14.091	44.538	3,2	1.323,5	11,8
Luxemburgo	6.752	25.993	3,8	4.646,3	95,3
Países Bajos	201.715	603.101	3	73.844,3	58,4
Polonia	185.968	480.733	2,6	24.918,0	20,0
Portugal	118.561	225.937	1,9	12.493,7	24,9
Reino Unido	327.884	1.938.277	5,9	222.555,1	62,2
Rumanía	54.355	189.816	3,5	6.791,1	12,7
Suecia	155.698	269.570	1,7	35.927,2	59,2
UE-27	3.692.179	11.062.900	3	1.160.349,51	50,7
Noruega	39.828	117.593	3	24.187,5	100,6
Suiza	20.145	237.478	11,8	48.326,5	110,2

Nota: No se incluye a Malta y Grecia por no disponer de datos para 2010. Se incluyen Noruega y Suiza como miembros de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio).

Fuente: Eurostat, 2010.

puede observar en el cuadro n.º 3. El porcentaje del empleo en las microempresas es 9 puntos superior a la media europea (58,1 por 100 frente a 49,1 por 100), mientras que los porcentajes correspondientes a las pequeñas, medianas y grandes empresas son inferiores (11 por 100, 13,4 por 100 y 17,5 por 100 frente a 13,1 y 18 por 100 y 19,8 por 100).

Una de las características principales del empleo en el sector de actividades profesionales es su alto grado de cualificación, que tiene su reflejo en unos elevados costes medios de personal (42.900 euros frente a 30.900 euros en el conjunto de la economía no financiera en 2010) y también en una alta productividad (50.700 euros por trabajador frente a los 44.800 euros del conjunto de la econo-

mía no financiera). Sin embargo, la productividad ajustada por el salario es inferior al resto de la economía (118,2 por 100 frente al 144,8 por 100). En el gráfico 1 se representa la relación entre productividad ajustada por el coste salarial y productividad del trabajo en los países de la UE en 2010 (2).

Se observa en el gráfico 1 una relación en forma de U entre la productividad del trabajo y la productividad ajustada por el salario. La productividad ajustada es más elevada en los países de menor PIB per cápita y con costes laborales más bajos: Rumanía, Bulgaria, Letonia, Portugal, Eslovaquia, Lituania, Polonia y Estonia. En el otro extremo, países como Luxemburgo o Noruega tienen alta productividad y una productividad ajustada

por el coste laboral por encima de la media. Por otra parte, en los últimos años se ha producido una caída generalizada de la productividad en los países de la OCDE, aunque en algunos países ese cambio no ha sido muy acusado (por ejemplo España, Italia y Alemania), y también en la productividad ajustada que en el caso de España ha sido más acusada.

Además de una gran atomización, el sector de servicios profesionales en Europa se caracteriza por un alto nivel de regulación. En el cuadro n.º 4 se presenta el indicador de regulación construido por la OCDE. Un valor 0 indica regulación mínima y un valor de 6 indica regulación máxima.

Se observa que en promedio el índice de regulación ha ido ba-

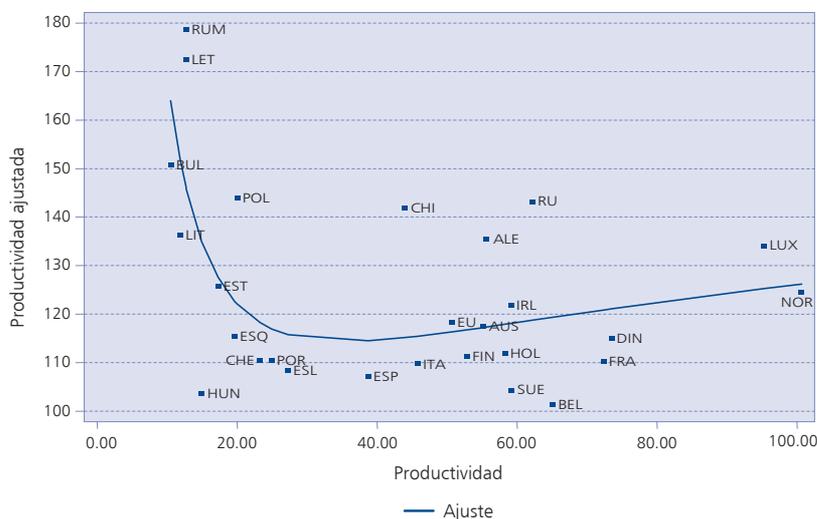
CUADRO N.º 3

CONTRIBUCIÓN AL EMPLEO DEL SECTOR POR TAMAÑO DE EMPRESA Y POR PAÍS, 2010

PAÍS	TODAS LAS EMPRESAS	MICROEMPRESAS (<10)	PEQUEÑAS EMPRESAS (10 A 49)	MEDIANAS EMPRESAS (50 A 249)	GRANDES EMPRESAS (>250)
Alemania	2.005,8	36,9	27,5	13,1	22,5
Austria	209,5	52,9	26,8	13,4	6,9
Bélgica	226,4	61,5	14,8	11,9	11,8
Bulgaria	90,0	66,0	21,7	9,2	3,2
Chequia	238,3	61,1	19,2	13,5	6,2
Chipre	20,4	51,2	24,2	15,5	9,2
Dinamarca	134,2	29,6	22,3	19,6	28,5
Eslovenia	48,7	67,6		10,8	
Eslovaquia	104,0	65,6	17,0	8,4	9,0
España	979,3	58,1	17,5	11,0	13,4
Estonia	22,6	62,8	25,5	11,6	0,0
Finlandia	105,2	44,9	24,6	16,1	14,5
Francia	1.292,8	41,7	21,9	15,3	21,1
Hungría	205,8	72,3	14,4	8,5	4,8
Irlanda	102,7	47,9	22,9	12,1	17,1
Italia	1.233,8	78,6	9,8	5,6	5,9
Letonia	31,8	64,1	22,3	11,4	2,2
Lituania	44,5	53,8	27,7	12,5	6,0
Luxemburgo	26,0	35,1	23,2	17,4	24,3
Países Bajos	603,1	48,7	18,8	14,0	18,5
Polonia	480,7	66,8	11,1	10,6	11,4
Portugal	225,9	70,7	14,7	8,7	6,0
Reino Unido	1.938,3	28,0	22,6	18,2	31,3
Rumanía	189,8	50,7	19,5	17,1	12,7
Suecia	269,6	42,6	22,2	16,2	19,0
EU-27	11.062,9	49,1	19,8	13,1	18,0
Noruega	117,6	40,2	23,3	16,0	20,5
Suiza	237,5	31,5	35,2	16,2	17,0

Nota: Malta y Grecia no se incluye por no disponer de datos para el 2010. Se incluyen Noruega y Suiza como miembros de la AELC.
Fuente: Eurostat, 2010.

GRÁFICO 1
RELACIÓN ENTRE LA PRODUCTIVIDAD POR TRABAJADOR Y PRODUCTIVIDAD AJUSTADA POR EL SALARIO



Fuente: OCDE, 2010.

jando en la UE-20 hasta alcanzar 1,89 en 2013. En cuanto a la distribución por países, y atendiendo al grado de regulación, existen dos grandes grupos. El grupo de baja regulación incluye a los países nórdicos y Reino Unido, con valores del indicador inferiores a 1,00, y el grupo de alta regulación presenta indicadores con valores en torno a 2,00.

En conclusión, el sector europeo de servicios profesionales se caracteriza por un exceso de regulación y una gran atomización de la estructura productiva, teniendo España indicadores de regulación por encima de la media y con mayor peso de las microempresas. Por ello parece urgente tomar medidas que reduzcan las restricciones al ejercicio y al acceso a los servicios pro-

CUADRO N.º 4
REGULACIÓN EN SERVICIOS PROFESIONALES

PAÍS	1998	2003	2008	2013
Alemania	4,28	3,03	2,82	2,62
Austria	3,74	2,99	2,86	2,49
Bélgica	2,33	2,33	2,35	2,35
Chequia		2,77	2,48	2,36
Dinamarca	1,17	0,87	0,78	0,82
Eslovaquia.....				2,33
Eslovenia.....				2,56
España	3,48	2,55	2,37	2,06
Estonia.....			1,81	1,79
Finlandia.....	0,49	0,61	0,71	0,62
Francia.....	2,19	2,20	2,45	2,34
Grecia.....		2,86	2,82	2,35
Hungría.....		2,67	2,83	2,86
Islandia.....		1,94	1,46	1,72
Irlanda.....	1,65	1,60	1,25	1,25
Italia.....	3,91	3,55	3,02	2,10
Países Bajos.....	1,62	1,57	1,28	1,23
Portugal.....			2,70	2,55
Reino Unido.....	1,32	0,86	0,88	0,88
Suecia.....	0,98	0,77	0,55	0,55
UE-20	2,26	2,07	1,97	1,89
Noruega.....	1,33	0,83	0,92	0,92
Suiza.....			0,87	0,87

Fuente: OCDE.

fesionales, dado que la reducción en los indicadores de regulación está asociada a mayor empleo y productividad en el sector. Por otra parte, eliminar las restricciones al tamaño empresarial aumentaría la eficiencia facilitando el aprovechamiento de las economías de escala.

En la siguiente sección vamos a describir con más detalle mediante qué mecanismos las restricciones al ejercicio y acceso a los servicios profesionales limitan el aumento del empleo y la productividad. Para ello se utiliza un caso que en España ha sido y es especialmente problemático: las reservas de actividad.

III. IMPACTO ECONÓMICO DE LAS RESERVAS DE ACTIVIDAD

Las reservas de actividad consisten en condicionar el acceso

al ejercicio de determinadas actividades a la acreditación de una titulación oficial, un determinado nivel educativo, experiencia práctica u otro tipo de formación. En ocasiones incluso se combinan varias de estas exigencias, requiriéndose además de titulación oficial una formación complementaria teórico-práctica, como se ha establecido para abogados y procuradores en la Ley 34/2006. Al igual que el resto de barreras de entrada al mercado, siguiendo la Directiva de Servicios, la eficiencia de una reserva de actividad debe justificarse en necesidades de protección de intereses públicos relevantes y en la proporcionalidad de la medida, de forma que no exista otra medida menos restrictiva que consiga el mismo resultado. Efectivamente, la exigencia de una titulación o de una formación previa para acceder a una actividad, reduce el número de potenciales oferentes en ocasiones de forma

sustancial. Cuanto mayor sea la exigencia formativa, mayor será la intensidad de la barrera de acceso y más relevante deberá ser entonces la necesidad de protección del interés público para que pueda superar el test de proporcionalidad.

Como punto de partida, debe decirse que el impacto de las barreras de entrada que se establezcan será negativo siempre que no vengan justificadas por necesidades de protección a la persona consumidora, salud pública o seguridad, o bien por el carácter de servicio público de la propia actividad. En el caso de las reservas de actividad, su imposición elimina el aprovechamiento de las economías de alcance, que permitirían a las empresas del sector aumentar su actividad ofreciendo sus servicios en actividades relacionadas. Esta fragmentación de mercados derivada de las reservas de actividad es negativa porque otorga a los profesionales ya instalados un poder de monopolio sin amenaza de entrada proveniente de profesionales con conocimientos similares. Más se agravará el impacto negativo cuando además se exija, como a veces se hace, que para el ejercicio de ciertas actuaciones se deba estar colegiado en un territorio determinado, eliminándose así a profesionales de idéntica cualificación de otros territorios del país. Y mucho más aún si estos provienen de otros países en los que la estructura de titulaciones es diferente y por eso puede resultar dificultosa la convalidación y el acceso al mercado. Precisamente para remover estos inconvenientes y conseguir el mercado único se aprobó en el seno de la UE la Directiva de Servicios.

Como veremos a continuación, en España el nivel de reservas de actividad es relativamente

CUADRO N.º 5

ÍNDICES RESERVAS DE ACTIVIDAD SERVICIOS PROFESIONALES (IRA)

PAÍS	LEGAL	ARQUITECTURA	INGENIERÍA	MEDIA
República Checa.....	0.657	0.600	0.320	0,526
Alemania	0.657	0.622	0.380	0,553
Dinamarca	0.143	0.222	0.000	0,122
Grecia	0.857	0.644	0.630	0,710
España	0.486	0.633	0.500	0,540
Finlandia	0.143	0.000	0.100	0,081
Francia.....	0.571	0.667	0.000	0,413
Italia	0.486	0.533	0.580	0,533
Países Bajos.....	0.400	0.000	0.100	0,167
Polonia	0.457	0.422	0.720	0,533
Portugal.....	0.571	0.433	0.610	0,538
Eslovenia.....	0.171	0.300	0.210	0,227
Reino Unido.....	0.329	0.000	0.000	0,110

Nota: La media calculada es una media simple de los tres índices. El índice se ha calculado para una muestra de 13 países de la UE.
Fuente: CSES (2012).

alto comparado con otros países de nuestro entorno, por lo que la adopción de medidas que eliminen las ineficiencias asociadas parece urgente.

1. Índices de Reservas de Actividad (IRA)

El índice IRA, o Índice de Reservas de Actividad, toma un valor que depende de si hay o no reserva de actividad en la actividad profesional objeto de estudio (3). En caso de que no exista reserva de actividad toma el valor 0 y en caso contrario hay una graduación dependiendo de si la reserva de actividad es exclusiva (en cuyo caso toma valor 1, el más restrictivo) o compartida (valor menor que 1). Cuando la actividad sea comparada por varias profesiones el valor del índice se modula para tener en cuenta los distintos grados de restricción. Una vez calculados los índices por actividad profesional, se calcula una media ponderada por sector. El cuadro n.º 5 resume los IRA para tres sectores, servicios jurídicos, de arquitectura y de ingeniería, para varios países.

En los servicios legales España ocupa el séptimo puesto en cuan-

to a reservas de actividad (ordenado de menor a mayor), lo que se traduce en que se encuentra en la mediana de la distribución del *ranking* por países que se muestra en el cuadro n.º 5. Sin embargo, en ingeniería (donde ocupa el puesto 9) y especialmente en arquitectura (el puesto 11), España es uno de los países más restrictivos junto con el resto de países del sur de Europa. Existe claramente una correlación positiva y significativa entre los índices de reserva de actividad en los tres tipos de profesiones.

Las reservas de actividad impiden el aprovechamiento de las economías de alcance y ello se traduce en una menor productividad y un menor tamaño empresarial, como se puede comprobar en el cuadro n.º 6, donde se pre-

sentan los coeficientes de correlación parcial existente entre los índices IRA, la productividad y el tamaño medio por empresa.

Ya comprobamos en la sección anterior que uno de los problemas del sector de actividades profesionales en España era la atomización excesiva de sus empresas, que no permite aprovechar las eficiencias asociadas a las economías de escala. Asimismo, el otro gran problema es la baja productividad. El cuadro n.º 6 apunta a que aquellos países donde las reservas de actividad están más extendidas son también los de peores indicadores de productividad y tamaño empresarial. Por tanto, la evidencia preliminar del cuadro n.º 6 señala que estas dificultades están asociadas a la presencia de reservas

CUADRO N.º 6

CORRELACIONES PARCIALES ENTRE IRA Y RESULTADOS POR SECTOR

CORRELACIÓN	PRODUCTIVIDAD	TAMAÑO EMPRESARIAL
Reservas de actividad servicios legales.....	-0,109	-0,521
Reservas de actividad arquitectos.....	-0,257	-0,627
Reservas de actividad ingenieros.....	-0,416	-0,028

Fuente: CSES, 2012 y elaboración propia.

de actividad (y seguramente también a otras restricciones).

A continuación establecemos una relación entre los indicadores IRA (variable independiente) y dos variables estructurales de los sectores de actividad (variables dependientes): (i) tamaño empresarial y (ii) productividad del trabajo. Las regresiones se hacen utilizando los datos, para cada sector profesional y cada uno de los 13 países, publicados por Eurostat en sus *Structural Business Statistics*. Los resultados se muestran en el cuadro n.º 7.

Aunque es difícil establecer el impacto de las reservas de actividad aisladamente, ya que habitualmente van asociadas a otro conjunto de restricciones que refuerzan su efecto, en el cuadro n.º 7 aparecen asociadas al problema de la atomización empre-

sarial. El cuadro n.º 8 presenta la correlación existente entre los indicadores de reservas de actividad, IRA, y los índices de regulación de la OCDE para los 13 países arriba indicados.

Se observa que la correlación entre los dos índices es muy alta especialmente para ingeniería y arquitectura. Esto nos indica que las restricciones al ejercicio y las barreras a la entrada en estas dos profesiones están positivamente correlacionadas con la existencia de reservas de actividad. No obstante, en el caso de servicios jurídicos, aun siendo positiva la correlación, no es significativa.

Los argumentos anteriores no deben interpretarse en el sentido de que es óptima la ausencia absoluta de reservas de actividad. Para algunas actividades debe requerirse una formación deter-

minada que garantice una cierta calidad en la prestación, y ello por razones de seguridad pública (construcción, edificación, transporte), o relevancia del interés público protegido (salud pública, tutela judicial efectiva), etcétera. Pero también es cierto que debe adecuarse el nivel de exigencia al grado de dificultad del ejercicio de cada actividad concreta. Si se exige una formación superior a la óptima para prestar un servicio (sobrecualificación), se reduce el número de oferentes y los precios que se ofertan en el mercado son superiores a los que pudieran regir en otra situación más eficiente. De hecho, tales precios elevados pueden excluir del mercado a consumidores por ser excesivamente caros para ellos; sin embargo, tal vez hubieran accedido a los servicios profesionales si fueran más económicos a consecuencia de un mayor número de oferentes (4).

Además debe tenerse en cuenta que la existencia de unas reservas de actividad desproporcionadas desincentivan la multidisciplinariedad y la innovación, repercutiendo en una inferior calidad del servicio, que es precisamente justo lo contrario a lo que la reserva de actividad pretende garantizar en teoría (5). Si el mercado está artificialmente cerrado y el o la profesional cuenta con unos ingresos garantizados, no tiene incentivos para mejorar su formación ni bajar precios.

IV. EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESERVAS DE ACTIVIDAD

1. Las reservas de actividad y la Directiva de Servicios

En España tenemos un complejo sistema de reservas en el que rige tanto la sobrecualificación como el reparto de merca-

CUADRO N.º 7

ESTIMACIÓN DE LOS INDICADORES IRA SOBRE RESULTADOS (*)

	TAMAÑO EMPRESARIAL	PRODUCTIVIDAD TRABAJO
IRA legal	-5.781 (0.157)	-121.48 (0.805)
IRA ingeniería.....	-6.148** (0.001)	-29.195 (0.205)
IRA arquitectura	-3.862** (0.007)	-8.776 (0.676)
R ²	0.758	0.798
No. obs.....	39	39

Notas: * Valores-p entre paréntesis

** Indica coeficiente significativo al 1 por 100.

Fuente: Construcción propia a partir de datos de CSES (2012) y Eurostat (2010).

CUADRO N.º 8

CORRELACIONES ENTRE LOS ÍNDICES PMR DE LA OCDE Y LOS IRA

	IRA LEGAL	IRA ARQUITECTURA	IRA INGENIERÍA
PMR OCDE legal.....	0,362		
PMR OCDE arquitectura	0,599	0,8533**	
PMR OCDE ingeniería	0,467	0,573	0,8090*

Notas: * Indica significativo al 10%.

** Indica significativo al 5%.

Fuente: OCDE (2012) y CSES (2012).

dos entre distintos profesionales. Así, una determinada actividad profesional se restringe a los poseedores de una concreta titulación, sin que se permita en cambio el acceso a otras personas con titulaciones parecidas o con un nivel de formación similar o al menos suficiente para el ejercicio de esa actividad.

El problema se agrava porque las exigencias de titulación están referidas al ejercicio de profesiones en general en lugar de a actividades o actuaciones específicas. De hecho, un mismo profesional realiza habitualmente distintas actividades de diferente grado de dificultad. Para algunas de ellas, las más difíciles, puede ser que se requiera un grado de formación que ningún otro titulado tiene; pero para otras, es factible que titulados inferiores puedan realizarlas. Sucede por ejemplo entre distintos profesionales sanitarios, en el sector de la construcción y edificación, en el de servicios jurídicos, transporte, estética, enseñanza, etc. A estos efectos, tras la reforma de las titulaciones superiores y su adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, debe tenerse en cuenta que la denominación de los títulos puede ser diferente en cada universidad, al igual que su contenido y asignaturas. Lo relevante en este proceso son las competencias que el egresado en el título será capaz de desarrollar, que han sido además verificadas por la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación (ANECA), que por tanto avala que con los contenidos y propuestas realizadas en cada plan de estudios se podrá efectivamente adquirir esas competencias o habilidades profesionales. Tras este nuevo panorama, la revisión de la reserva de actividad debe adecuarse también a exigir competencias

más que denominaciones de títulos, puesto que estas son muy variadas (6).

Un ejemplo claro son las reservas que limitan una actividad a una determinada titulación, dejando fuera a otras próximas que sí podrían realizar perfectamente dicha función, pero que tradicionalmente se excluyen, muchas veces por un dudoso reparto de funciones (*rectius* de mercados) que en el pasado suscribieron sus representantes a través de los colegios profesionales. En España determinadas profesiones con titulación superior a otras (antiguas licenciaturas o diplomaturas por ejemplo), han llegado a acuerdos que la Administración ha aceptado y sancionado a través de normas jurídicas, por los que se reservan exclusivamente a titulados de mayor rango, determinadas funciones que podrían prestar también los de rango inferior, renunciando los superiores a cambio a realizar actividades que se reservan en exclusiva a estos últimos. Sucede claramente con el caso de los ingenieros o ingenieros técnicos y con los arquitectos o arquitectos técnicos.

La Directiva de Servicios, al establecer el principio de libre establecimiento, se limita a instaurar la obligación de los Estados de revisar sus reservas de actividad, como cualquier otro obstáculo o requisito de entrada al mercado, pidiendo que permanezcan únicamente las que puedan justificarse en una razón de imperioso interés general, sean proporcionales y no discriminatorias. Al mismo tiempo, impide en su artículo 15.2.d que se exijan requisitos adicionales a los contemplados en la Directiva 2005/36/CE para el reconocimiento de títulos obtenidos en otros países de la UE. Esta Directiva establece las condiciones y procedimiento

para aceptar a un prestador que desea establecerse en un Estado miembro acreditando un título y formación obtenido en otro Estado miembro equivalente al que se exige en aquél. Tal prohibición se reproduce en el artículo 11.1.d de la Ley Paraguas. En el artículo 4 de la Directiva 2005/36 se afirma que «*el reconocimiento de las cualificaciones profesionales por el Estado miembro de acogida permitirá a los beneficiarios acceder en ese Estado miembro a la misma profesión que aquella para la que están cualificados en el Estado miembro de origen y ejercerla en el Estado miembro de acogida en las mismas condiciones que sus nacionales*». En idénticos términos se pronuncia el artículo 3 del RD 1837/2008, que lo traspone a nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo con esta normativa, para que se autorice la solicitud de establecimiento profesional en un Estado miembro cuando este exija una determinada formación (reserva de actividad), deberán cumplirse dos requisitos. El primero, que dicha formación tanto teórica como práctica sea reconocida en la forma y con los trámites o procedimientos establecidos en la Directiva 2005/36, que establece un criterio y procedimiento general y luego unos específicos para determinadas profesiones, especialmente para las sanitarias y técnicas, quedando excluidas de su ámbito de aplicación las jurídicas. Estos trámites presentan cierta complejidad y deberían poder agilizarse. Ahora bien, tal y como se desprende del artículo 4.1, el ámbito de ese reconocimiento se restringirá a las actividades para las que está cualificado con esa formación el prestador en su país de origen; ni a más, ni a menos. Es decir, que un requisito adicional para

ejercer la actividad en el Estado de destino será que la titulación sea suficiente en el país de origen para ejercer la actividad que se pretende desempeñar en el de destino. Puede resultar que la titulación obtenida en el país de origen sea equivalente a la del lugar de destino pero que en el Estado de origen no capacite para el ejercicio de ciertas actividades que sí, en cambio, es posible desempeñar en el Estado de destino con esa titulación equivalente si se ha obtenido en él. O puede suceder lo contrario, esto es, que si esa titulación faculta en el país de origen a realizar actividades que sin embargo en el país de destino no pueden ser ejercidas por quienes poseen la titulación equivalente, esas personas podrán desempeñar en el país de destino todas las actividades que pueden realizar en su país de origen, aunque los profesionales que tengan la titulación equivalente en el país de destino no puedan ejercerlas.

Esto tiene especial relevancia en lo que a España se refiere, porque el complejo sistema de reservas de actividad tiene resultados negativos en lo que afecta a las posibilidades de movilidad de nuestros profesionales. Por un lado, los prestadores de otros Estados miembros con una titulación equivalente convalidable podrán realizar en España todas las actividades a las que se les faculta en su lugar de origen, siendo posible que quien tenga el título equivalente obtenido en España esté capacitado para realizar menos en el mismo territorio español. Nos encontramos por tanto con el despropósito de que, a causa de la combinación de las reservas de actividad en España y la normativa europea, los profesionales españoles tienen derecho a ejercer un menor número de actividades en España

que otros ciudadanos europeos con los mismos estudios y competencias que también están ejerciendo en España, pero que se ven favorecidos por el hecho de que en su país de origen no rigen las mismas reservas de actividad, por lo que ellos no se ven limitados en su ejercicio profesional en España, mientras que las reservas de actividad sí limitan a los profesionales españoles.

No solo eso, los profesionales españoles que se quieran establecer en otros Estados miembros, solo podrán realizar en otros países comunitarios las actividades que su titulación faculta a desempeñar en España, por más que en los países de destino quienes tengan la titulación equivalente y las mismas competencias profesionales puedan realizar un número más amplio de actividades. En definitiva, teniendo una formación idéntica o similar, los profesionales españoles van a tener menos facultades profesionales que quienes se han formado en otros Estados miembros, independientemente de que estas se ejerciten en España o en otro territorio comunitario.

En definitiva, tanto el perjuicio que suponen las reservas de actividad en España para los profesionales españoles que quieran ejercer en Europa; así como el hecho de que esas mismas reservas no se puedan aplicar a otros ciudadanos europeos ejerciendo en España y por tanto compitiendo con profesionales españoles, es una razón más que refleja la necesidad de racionalizar en nuestro país el régimen de reservas de actividad (7).

Por otra parte, en lo que se refiere a la libre circulación, la Directiva de Servicios no se aplica a las reservas de actividad (artículo 17.6), que se regirán por lo pre-

visto en los artículos 5 a 9 de la Directiva 2005/36, traspuestos a través de los artículos 12 a 17 del RD 1837/2008. En ellos se establece un régimen más restrictivo que en la Directiva de Servicios, tanto por las opciones que tiene el Estado de condicionar o impedir el ejercicio temporal u ocasional del profesional como por el procedimiento administrativo complejo que se puede prever, así como por el alto grado de control al que se le somete por parte de la Administración o de los colegios profesionales.

En definitiva, las reservas de actividad son el punto débil del impulso reformista de la Directiva de Servicios, ya que en este punto no ha aportado apenas ningún avance, salvo tal vez el de fijar la obligación general a los Estados de que revisen estas atendiendo a los requisitos de imperioso interés general, proporcionalidad y no discriminación. Es comprensible la necesidad de cautela en la comprobación de la formación exigida o habilidades profesionales que se le suponen al prestador que la ha adquirido en otro país, pero a partir de ahí, cualquier obstáculo adicional, de control o administrativo que se implante, parece innecesario; o al menos, no se entiende que una vez superado el reconocimiento de la formación se someta el libre establecimiento o la libre prestación a requisitos, procedimientos u obstáculos adicionales. Aunque el 28 de diciembre de 2013 se reformaron algunos aspectos de la Directiva 2005/36 agilizando los procedimientos, siguen existiendo excesivos obstáculos. Sería deseable que la UE fuese considerablemente más exigente en la labor de revisión continua de la legislación de los Estados que establecen reservas de actividad, para impedir excesos injustifica-

dos que dificulten aún más el libre establecimiento por reservas de actividad desproporcionadas (8). No debe olvidarse que a medida que se avance en la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior, el recíproco reconocimiento de titulaciones debe ser más fácil por lo que los trámites deberían ser mucho más laxos y automáticos.

2. Régimen vigente

El sistema español de reservas de actividad es complejo, no es proporcional ni atiende al nuevo sistema de planes de estudios universitarios. Este sistema lastra al sector disminuyendo el número de oferentes, con el consiguiente sobrepeso e incluso pérdida de calidad. De hecho, la preceptiva revisión de la normativa u obstáculos al libre establecimiento que tengan que ver con reservas de actividad, que sí exigía la Directiva, ha sido probablemente la parte que España peor ha traspuesto. La Ley Ómnibus, resultado de la revisión de la legislación española en los distintos sectores para adaptarla a la Directiva, no ha supuesto apenas cambio alguno en cuanto a reservas de actividad. Puede que se hayan relajado ciertos requisitos de formación en algún sector regulado que pedía acreditar un determinado nivel de conocimientos para desempeñar algunas funciones. Pero esto se ha producido de forma bastante excepcional y nunca refiriéndose a los servicios profesionales ni a titulaciones universitarias.

Ni siquiera se ha clarificado y actualizado el sistema de reservas de actividad ante el nuevo panorama abierto por las reformas de planes de estudios universitarios derivadas del proceso de adaptación al Espacio Europeo

de Educación Superior. Por esta razón, aún hoy día las reservas aparecen destinadas a titulaciones oficiales anteriores que ahora no tienen una equiparación clara con un único título, sino que pueden tenerlo con varios diferentes, lo que ha abierto una serie de conflictos judiciales que el legislador podría resolver actualizando la normativa. Por otra parte, con la desaparición de las diplomaturas parece que las actividades que se reservaban a ellas deberán ser ejercitadas por los graduados, lo que implica una elevación de las exigencias formativas que no siempre tiene justificación.

De hecho, las anteriores impresiones negativas se ven ratificadas en el cuadro n.º 9, que revela que España ha seguido una tendencia opuesta a la media de los países europeos, habiendo aumentado las restricciones de acceso relacionadas con los requerimientos de formación para el ejercicio de las profesiones. Mientras otros países europeos han adecuado las reservas de actividad a las exigencias de la Directiva de Servicios y las han

reducido, en España este proceso no se ha llevado a cabo, incrementándose incluso las mismas.

Como se puede comprobar en el cuadro n.º 10, los indicadores de regulación que miden la intensidad de las restricciones de acceso relacionadas con los derechos exclusivos o reservas de actividad sitúan a España en el máximo nivel de regulación y muy por encima de la media europea, a consecuencia de que España no ha revisado nunca la conveniencia de las mismas y se han ido aprobando las nuevas reservas que los profesionales iban planteando. Se observa también que, a diferencia de otras restricciones en el acceso y ejercicio que han ido disminuyendo con el tiempo, aquí la tendencia en el caso de todos los países ha sido creciente, lo que evidencia precisamente que las reservas de actividad es el punto débil de la Directiva de Servicios y que se requiere un esfuerzo por parte de la UE para racionalizar este régimen.

En este contexto, la Dirección General del Mercado Interior y

CUADRO N.º 9

RESTRICCIONES DE ACCESO: REQUERIMIENTOS DE FORMACIÓN

	1998	2003	2008	2013
Alemania	3,83	3,12	3,54	3,33
Austria	5,17	4,83	4,75	4,42
Bélgica	2,42	2,92	2,92	2,92
Canadá	4,04	4,67	4,46	4,42
Dinamarca	2,33	2,33	2,33	2,33
España	2,83	2,75	2,83	3,21
Finlandia	1,33	1,17	1,58	1,58
Francia	3,00	3,33	3,46	3,38
Grecia	4,58	3,63	3,29	3,29
Países Bajos	2,33	2,42	2,33	2,33
Portugal	3,04	3,33	3,25	2,50
Noruega	3,13	2,17	2,50	2,50
R. Unido	3,21	2,79	1,67	1,67
Suecia	1,25	1,00	1,00	1,00
UE12+Noruega.....	2,89	2,75	2,73	2,65
EE.UU.	3,92	4,46	4,46	

Fuente: OCDE y elaboración propia.

CUADRO N.º 10

RESTRICCIONES DE ACCESO: DERECHOS EXCLUSIVOS

	1998	2003	2008	2013
Alemania	3,38	4,88	4,88	4,88
Austria	5,63	6,00	6,00	6,00
Bélgica	2,63	3,75	3,38	3,38
Canadá	5,63	4,88	6,00	6,00
Dinamarca	1,50	1,13	1,13	1,50
España	5,63	4,88	6,00	6,00
Finlandia	0,75	1,50	1,88	1,88
Francia	3,00	3,75	4,50	4,50
Grecia	5,25	6,00	6,00	6,00
Noruega	3,38	3,00	3,38	3,38
Países Bajos	1,88	1,88	2,63	3,25
Portugal	4,50	4,88	6,00	6,00
R. Unido	3,38	1,88	1,88	1,88
Suecia	1,13	1,13	1,13	1,13
UE12+Noruega.....	3,15	3,43	3,75	3,75
EE.UU.	5,63	1,88	1,13	

Fuente: OCDE y elaboración propia.

Servicios de la CE, ha elaborado un inventario de reservas de actividad. En la UE existen 800 profesiones reguladas diferentes, con reserva de actividad para profesionales que posean cualificaciones específicas. Profesiones similares en distintos países son objeto de requisitos específicos y diferentes en cada Estado, lo que dificulta el objetivo del mercado único. España ocupa el cuarto lugar en el *ranking* de países europeos con mayor número de profesiones reguladas (192), solo superado en la UE por la República Checa con 385, Eslovenia con 325 y Polonia con 321, (CSES, 2012). El Parlamento Europeo en una resolución del 15 de noviembre de 2011 llama a una reducción en el número de profesiones reguladas (9).

En conclusión, en lo que se refiere a las reservas de actividad apenas se han producido modificaciones con el primer paquete de medidas de reforma del sector servicios, puesto que la Directiva exigía poco, únicamente la revisión de su regulación, y España

apenas lo ha llevado a cabo, lo que ha incrementado la diferencia con respecto a otros países europeos.

3. Prácticas restrictivas

Por si lo anterior fuera poco, no son inhabituales en España las prácticas profesionales que pretenden extender las reservas de actividad más allá incluso del tenor de la propia ley, ya de por sí ineficiente como acabamos de mencionar. Ciertamente, el artículo 5.1 de la Ley Paraguas requiere al menos una norma con rango de ley para establecer cualquier régimen de autorización u obstáculo que dificulte el acceso a la profesión, entre los que se encuentran las reservas de actividad, al afirmar que «*habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen*». Parece que el término ley se utiliza en sentido estricto, esto es, norma con rango de ley, y no en sentido amplio (incluyendo normas reglamentarias), ya que debe recordarse que tales barre-

ras constituyen un obstáculo o límite al ejercicio de la libertad de empresa y de la libre elección de profesión u oficio, que necesitan para su desarrollo norma con rango de ley (artículos 35 y 38 de la Constitución).

Al requerirse una norma con rango de ley para el establecimiento de reservas de actividad, cualquier norma de rango reglamentario o de funcionamiento interno de los colegios profesionales que exija formación adicional o titulación para el ejercicio de determinadas actividades será nula salvo que se limite a reiterar lo preceptuado en una norma con rango de ley. No obstante, su permanencia formal en el texto puede tener efectos reales en el mercado. Así por ejemplo, el Colegio Oficial de Decoradores y Diseñadores de Interiores de Álava exigía para la inscripción una titulación específica, rechazando que los egresados en el título de Proyectos y Dirección de Obras de Decoración se colegiaran en él, lo que sí se permitía en el Colegio de Bizkaia (10). Ciertamente, tal exigencia no constituye una reserva de actividad en sentido estricto, puesto que al no ser obligatoria la colegiación, podrían desempeñar igualmente su profesión. Pero dada la autoridad de la que se reviste a los colegios profesionales y la relevancia que puede tener su pertenencia o no a ellos, mientras el legislador opte por la inadecuada opción de mantener los colegios de no obligatoria colegiación (11), no debería permitirse que los mismos decidiesen con respecto a la titulación requerida para acceder. Permitir esta restricción incide aún más en la desigualdad que supone que un grupo de esos profesionales se agrupe en un Colegio con potestades públicas, y otros en asociaciones privadas, al impedir a muchos

de estos mismos profesionales que puedan elegir entre las dos opciones (12).

En resumen, actualmente son únicamente las normas con rango de ley las que establecen las abundantes reservas de actividad vigentes y las que fijan la definición de *intrusismo profesional*. Por tal debe entenderse la infracción por parte de una persona de la reserva de actividad, es decir, que alguien realice una actividad profesional que requiera por ley una formación o titulación sin poseerla. Por tanto, la referencia del artículo 5 / de la Ley de Colegios Profesionales que atribuye a los colegios la facultad de adoptar las medidas oportunas para evitar el intrusismo profesional, que por cierto se mantiene en el artículo 30.1.e del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, debe entenderse que tiene como requisito previo la existencia de una norma con rango de ley.

Y a pesar de ello, existe la tendencia de los profesionales de un sector a arrogarse en exclusiva actividades que realmente la ley no ha circunscrito únicamente a ellos, de forma que en el caso de que exista Colegio Profesional, le solicitan que intervenga ejerciendo esa función de protegerles frente a los supuestos intrusos. Así, en ocasiones, se han realizado algunas actuaciones más o menos conminatorias frente a los supuestos intrusos para que cesen en su actividad, entendiendo que tienen la exclusiva. Es más, en sus propios Estatutos o Códigos Deontológicos se fija incluso cuáles son sus actividades exclusivas sin que ninguna otra persona pueda acceder a ellas, por más que no se amparen en norma con rango de ley. Califican y advierten así a terceros supuestos intrusos de que sus actuaciones constitu-

yen actos de competencia desleal por infracción de normas (artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal) (13).

Dado que ni los Estatutos de los colegios profesionales, ni sus normas internas de funcionamiento, ni ninguna norma reglamentaria pueden contener reservas de actividad, no hay infracción de normas, ni competencia desleal ni intrusismo ni actuación ilícita alguna salvo que alguien realice una actividad sin tener la titulación o formación requerida en una norma con rango de ley. Los colegios profesionales se valen de sus ilegales normas internas para amedrentar a posibles competidores, por lo que el regulador debe estar muy pendiente de cómo los colegios ejercen su función de adoptar medidas contra el intrusismo profesional (14). Algo similar sucedió cuando varios colegios de arquitectos y arquitectos técnicos denegaban visados a aquellos proyectos de edificios cuyo uso principal fuera administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural y en el que el correspondiente estudio de seguridad y salud estuviera firmado por otro técnico que no fuera arquitecto o un arquitecto técnico, excluyendo, por tanto, a los peritos e ingenieros técnicos industriales de forma arbitraria, que fueron quienes reclamaron ante la CNC. Tampoco había aquí intrusismo profesional porque la ley no establecía la reserva a favor de los primeros (15).

V. ¿ES POSIBLE UNA REFORMA DEL SISTEMA DE RESERVAS DE ACTIVIDAD?

No obstante todo lo anterior, parece que el APLSCP pretende

dar un paso adelante en la regulación de las reservas de actividad y equipararlas definitivamente a las de otros países europeos para aumentar así la productividad de nuestros servicios profesionales. De hecho, en su memoria reconoce que el complejo sistema español de reservas es «*innecesario y desproporcionado*» y que no supera en muchas ocasiones el test de la necesidad y proporcionalidad, siendo imprescindible que se apliquen de forma estricta los criterios de justificación de las restricciones que para la generalidad de los casos exige la Directiva de Servicios, reconociendo que hasta ahora no se ha hecho ese trabajo (16). Pretende igualmente adaptar todas las exigencias de titulación superior a la nueva situación que se presenta tras la reforma de los planes de estudios universitarios por la implantación del EEES. Téngase en cuenta que ha desaparecido el catálogo cerrado de titulaciones y que cada Universidad ofrece títulos que no siempre tienen la misma denominación y que comprenden diferentes contenidos, por lo que la reforma debe atenerse a las competencias o habilidades que cada egresado se espera adquiriera definidas en las memorias de cada titulación, que han sido verificadas por la ANECA.

Para realizar el proceso de reforma, la disposición adicional octava del APLSCP prevé la constitución de la Comisión de Reforma de las Profesiones, coordinada por el Ministerio de Economía y en la que participarían tanto el Ministerio de Educación como ANECA. Su cometido será en primer lugar revisar y evaluar las reservas vigentes existentes elevando un informe al Gobierno con propuestas para su actualización. Además, a partir de su constitución, deberá informar

sobre las propuestas de ley de la Administración General del Estado que pretendan establecer nuevas reservas de funciones. A su vez, la CNMC participará en los trabajos de la Comisión y emitirá informes sobre las propuestas de esta Comisión. En resumen, se abre así la puerta a la definitiva revisión de las reservas de actividad, estableciéndose un control y actualización no solo de las pasadas, sino que también se introduce un mecanismo preventivo para el futuro. Parece así que se incluye para las reservas de actividad en España la idea de la revisión continua. De salir adelante la propuesta, sería muy conveniente que tanto el Gobierno central como los autonómicos o locales atendiesen estas recomendaciones más que a otro tipo de intereses privados corporativos.

Aparte del anterior enfoque positivo de la reforma, el APLSCP mantiene o refuerza, por si cupiera alguna duda, la exigencia de norma con rango de ley para que rija alguna reserva de actividad, entendiendo por tal cualquier «*restricción al acceso basada en cualquier exigencia o límite relativos a la titulación, nivel académico o educativo, formación, capacitación o experiencia que implique la reserva de funciones a favor del poseedor de dicha cualificación*». Así lo recoge el artículo 7 salvo para los supuestos en los que una norma reglamentaria tenga su origen en la transposición de una Directiva comunitaria, atendiendo a que ha habido un control superior previo, recordando además que para establecerla se requieren razones de interés general y que la medida sea proporcional y no discriminatoria, lo que deberá explicarse al aprobarse. En aras de una mayor claridad, añade que «*la norma que establezca restric-*

ciones al acceso a una actividad profesional o una profesión identificará claramente la actividad o profesión a la que se restringe el acceso, haciendo referencia a las funciones que comprende, de manera que no induzca a confusión con otras actividades profesionales o profesiones». Es más, cuando se trate de un título oficial de educación superior, tendrá que ser estatal la ley que apruebe la reserva (artículo 8). La Memoria lo justifica, además de en varias sentencias del TS y del TC, en que es competencia exclusiva del Estado regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (artículo 149.1.30 de la Constitución). Si esto es así, lo lógico es que sea también el Estado quien especifique qué actividades se les puede asignar y cuáles de ellas de forma exclusiva, puesto que quien ha examinado su aprobación y contenido, tendrá mejor información para determinarlo, y por tanto, para establecer la conexión entre los títulos y las atribuciones profesionales a ellos reservadas (17). Por su parte, el artículo 9 remite a la normativa comunitaria sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales si un profesional comunitario quiere ejercer en España (Directiva 2005/36), y el artículo 14.4 se dirige igualmente a esa misma Directiva para regular la libre circulación en lo que se refiere a la reserva de actividad, mucho más obstaculizadora y controladora, acogiéndose a la exclusión que asume y permite la propia Directiva de Servicios. Entendemos que esto se haga así por principios de reciprocidad para evitar que profesionales de otros Estados puedan ejercer ocasionalmente en España más fácilmente que los españoles en otros países comunitarios. No obstante, esto no quiere decir que sea

la solución económicamente más eficiente.

Finalmente, se precisa en la disposición adicional tercera que en la contratación pública, «*siempre que exista una reserva de actividad compartida por varias titulaciones, no se podrá hacer referencia únicamente a una de ellas, debiendo establecerse la reserva en términos de competencias*», y lo mismo se dice cuando requiera visados. De este modo, se evita también que la Administración en su regulación pueda discriminar entre distintas titulaciones que sin embargo desarrollan la misma competencia. La exigencia debe hacerse en términos de competencia habilitadora, por lo que si existen varias titulaciones que incluyen a esta, no podrá nunca discriminarse a ninguna de ellas. Dada la importancia del sector público en la economía en general y en ciertos sectores en particular, el mandato recordatorio nos parece muy conveniente.

Por concluir este apartado, sería conveniente el mantenimiento y aprobación del texto del APLSCP, puesto que se asentarían unos sólidos mimbres para la imprescindible reforma y modernización de las reservas de actividad en España, que debería de concluir con el trabajo de la Comisión para la Reforma de las Profesiones y su toma en consideración por el poder legislativo tanto estatal como autonómico. En su caso, en el período que vaya desde la hipotética aprobación del APLSCP hasta que la Comisión y poder legislativo realicen el trabajo de revisión, la disposición derogatoria Única en sus apartados 3 y 4, declara derogadas todas las reservas de actividad que no se encuentren incluidas en sus listados, lo cual supone una labor clarificadora

digna de agradecer. Todas las no incluidas en el listado perderían vigencia en el mismo momento en que entrase en vigor la ley, lo que supondría ya una criba inicial de reservas de actividad sin necesidad de esperar a las recomendaciones de la Comisión. Ahora bien, dado que la disposición derogatoria es una norma estatal, sus efectos se extienden únicamente a las normas emanadas de la Administración General del Estado, no a las autonómicas ni locales, que no obstante también podrían iniciar el procedimiento de revisión de sus regulaciones sobre reservas de actividad sin esperar a la aprobación del APLSCP ni al informe que pueda realizar la Comisión de Reforma de las Profesiones.

VI. SISTEMA ESPAÑOL DE RESERVAS DE ACTIVIDAD EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA

Si bien en España el sistema de reservas de actividad es en general complejo, mucho más lo es en los sectores de la ingeniería y la arquitectura. A ello ha contribuido sin duda alguna la variedad de titulaciones relacionadas con ambas ramas, que desde hace tiempo ha sido mayor que en otros países. La diferenciación de titulaciones generaba el problema de quererse diferenciar y especializar unas de otras en la práctica, tratando de apropiarse cada una de ellas, a poder ser en exclusiva, de un tipo de actividad que a su vez justificase su existencia. Cada una de estas titulaciones tendía a crear su propio Colegio, que a su vez presionaba al legislador para lograr sus propias reservas de actividad. La voluntad de atribuirse ciertas actividades originaba tensiones entre distintos colegios e incluso entre diferentes titulaciones.

En concreto, por un lado, se tenían que diferenciar las funciones de los ingenieros con respecto a las de los ingenieros técnicos, dada la distinta duración de la titulación; y por las mismas razones las de los arquitectos con las de los arquitectos técnicos. A su vez, tradicionales y recurrentes han sido las discrepancias sobre ciertas actividades de edificación que por costumbre se reservan a arquitectos, pero que parece podrían desempeñar igualmente los ingenieros tanto por el grado de formación como por la realización de funciones similares en otras infraestructuras. Finalmente, la excesiva atomización de titulaciones en el mundo de la ingeniería, al menos a comparación de lo que sucede en otros países, ha provocado eternas discusiones sobre qué funciones debe realizar cada cual.

En el ámbito de la ingeniería, España ocupa el segundo lugar de la UE-13 en número total de reservas de actividad con 21 (solamente superada por Portugal con 48). En arquitectura, España ocupa el segundo lugar de la UE-13 en número total de reservas de actividad con 17 (solamente superada por Alemania con 21). En España los arquitectos tienen reservas de actividad exclusivas y otras compartidas con diferentes ramas de la ingeniería. Las reservas de actividad se centran en edificaciones, trabajos de construcción y permisos de planificación. En cuanto a las competencias compartidas, el grado de confusión es elevado ya que las competencias de arquitectos e ingenieros dependen del tipo de trabajo de construcción y se complica con tareas que son propias de técnicos o grados superiores de ingeniería (18).

A pesar de todo, antes de la reforma de las titulaciones

universitarias para adaptarse al Espacio Europeo de Educación Superior, regía una especie de «calma tensa» entre todos estos profesionales y sus colegios, debido a que se había llegado con el paso del tiempo a ciertos acuerdos y renunciaciones por los que se repartían distintas funciones de forma que todas las profesiones tuvieran un ámbito para sí mismas sin entrometerse a su vez en el de las otras. La estabilidad de la que gozaron las titulaciones universitarias contribuyó sin duda a ello. Se puede decir así que la situación era la de una restricción horizontal de reparto de mercados que sin embargo no podía ser perseguida porque el propio legislador había consolidado ese complejo sistema de reservas de actividad a través de normas legales. Como decíamos, más que basarse en criterios de eficiencia o nivel de formación y capacidad que requiere cada actividad, el sistema era fruto del acuerdo para resolver fricciones entre los propios competidores, desatendiendo el interés público y el del usuario.

No obstante, seguían planteándose algunas fricciones en los ámbitos en los que el acuerdo aún no había quedado del todo cerrado. Así por ejemplo, ante la escasa claridad de algunas normas jurídicas que pretendían recoger alguna reserva. Por ejemplo, para la realización de un proyecto se dice en ocasiones que deberá realizarse por el *técnico competente*, sin aclarar si tienen tal condición las personas tituladas en ingeniería, o en ingeniería técnica, o en arquitectura, o en arquitectura técnica, ni referirse tampoco a ninguna de las ramas o especialidades que cada una de las anteriores presenta. En cualquier caso, pese a que suele ser habitual que cada Colegio reivindique para sí la

actividad en estos casos, tanto la Administración como la jurisprudencia deben ser prudentes al interpretar el ámbito de semejantes expresiones un tanto ambiguas. Dado que la reserva de actividad es una restricción o barrera para el ejercicio de una tarea, debe ser interpretada restrictivamente, al constituir una excepción a los principios de libertad de empresa y ejercicio de profesión y oficio, que por tanto debe justificarse en sólidas necesidades de interés público y que además resulten proporcionales para la consecución de aquél. Esto supone que en caso de duda, habrá que aceptar que la reserva no es exclusiva y que pueden participar en el proyecto todas las personas tituladas que suelen ejercer funciones idénticas o similares.

Tras la adaptación de las titulaciones universitarias al espacio Europeo de Educación Superior, la situación se hace aún más compleja. Todos los grados pasan a tener una duración de cuatro cursos (o tres, desde la reciente reforma), desapareciendo las diplomaturas, por lo que se hace más difícil justificar las diferencias entre ingeniería e ingeniería técnica. Este problema no afecta a la profesión de arquitecto, que sigue manteniendo su anterior estructura con una duración superior. Además, la denominación de los grados responde a la voluntad de la Universidad que los propone, siendo ANECA la encargada de verificarlo y comprobar si la denominación se corresponde con los contenidos. Esto ha supuesto, especialmente en el ámbito de la ingeniería, que surjan nuevos grados que no siempre se corresponden con las denominaciones anteriores, y que para contenidos similares, existan en España distintos grados con diferentes denominacio-

nes, lo que hace más complicado aún determinar cuáles de ellas entran o no en el ámbito de una reserva de actividad. Así, existen actualmente en España 17 ramas de ingeniería con 171 denominaciones distintas para grados en ingeniería y resulta difícil delimitar las actividades de cada uno, lo que da lugar a solapamientos e incertidumbre legal.

Estas nuevas realidades han roto el equilibrio o reparto de mercado que regía anteriormente, puesto que no son claras las equiparaciones entre titulaciones anteriores y las nuevas, ni tampoco entre las diferentes especialidades o denominaciones. Ni siquiera las que se denominan de forma similar tienen que tener un núcleo sustancialmente común, a diferencia de lo que sucedía antes. No existe en la actualidad un listado de titulaciones elaborado por el Ministerio con un tronco común a todas ellas, sino que cada Universidad realiza su propuesta, con los contenidos que estime convenientes según sus recursos, y con la denominación que piensa resulte más adecuada. Será ANECA la que verifique o no la propuesta en función de la estructura de la titulación, su planificación y los recursos que para su implantación posea la Universidad. La falta de equivalencias ha reabierto la guerra entre los distintos colegios profesionales de Arquitectos e Ingenieros para atribuirse la equivalencia de las distintas reservas de actividad. Un repaso a la jurisprudencia da cuenta de ello, al abundar recursos ante los Tribunales de Corporaciones de arquitectos e ingenieros sobre planes de estudios, por entender que están invadiendo competencias exclusivas propias. Especialmente beligerante han sido los arquitectos técnicos contra determinadas titulaciones de in-

geniería en las que se pretendía adquirir competencias relacionadas con la edificación que hasta ahora se concedían en exclusiva a aquéllos (19).

En definitiva, si ya la situación anterior era compleja, la reforma universitaria ha introducido mayor nivel de incertidumbre, puesto que ante la lucha desatada entre colegios, el legislador no se ha atrevido aún a actuar y renovar o adaptar las reservas de actividad a la nueva realidad universitaria (20). El CSES (2012) señala que uno de los problemas en España es que incluso no está claro cuáles son las reservas de actividad de las profesiones. En el caso de las ingenierías las reservas de actividad están redactadas de una manera muy general, lo que da lugar a disputas legales con respecto a la delimitación de las reservas de actividad entre diferentes especialidades (21). La falta de claridad de la legislación española en este punto es incluso reconocida por el Ministerio de Economía (22). Urge, por tanto, una clarificación al respecto.

Mientras tanto, con el régimen vigente, el criterio determinante para saber si los profesionales que han cursado una titulación del Espacio Europeo de Educación Superior pueden realizar o no una determinada actividad, será el de las competencias que los egresados se supone adquieren en la misma, que presumiblemente han sido comprobadas y verificadas por ANECA, independientemente de la denominación de la titulación. Si en la memoria se asegura que adquieren cierta competencia, tendrán la puerta abierta al ejercicio de esa actividad; si no es así, en cambio, no, por más que su denominación oficial pueda indicar lo contrario (23). Por otro lado, la jurisprudencia también

ha concluido con razón, que si bien las universidades disponen de libertad para elegir la denominación de sus títulos, estas no pueden inducir a engaño o generar confusión. Esto es, que si en la denominación se menciona la palabra edificación, pero el título no garantiza que sus egresados adquieran competencias relacionadas con la misma, no podrá incluirse la palabra «edificación». La razón es proteger tanto a las y los estudiantes que pueden elegirla pensando que les va a preparar para el ejercicio de ciertas actividades que no podrán desempeñar; así como al propio cliente que va a solicitar sus servicios pensando que la persona tiene unas capacidades para las que en realidad el título no habilita (24).

VII. EVALUACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESERVAS DE ACTIVIDAD EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA

Del epígrafe anterior queda claro que urge una simplificación y racionalización del sistema de reservas de actividad en nuestro país. Este no responde a los criterios de imperioso interés general y proporcionalidad que exige la Directiva de Servicios ni las más elementales razones de eficiencia. Como consecuencia, se reduce el número de competidores y se compartimentan los mercados de ingeniería y arquitectura sin que en la gran mayoría de ocasiones se obtenga una mayor seguridad a cambio y sí un aumento de precios. En definitiva, en muchas ocasiones las reservas o bien no responden directamente a un interés público, o bien no son proporcionales para la consecución del que se invoca, al existir medios mucho menos restrictivos y nocivos para obtener

idéntico resultado. La conclusión resulta sencilla si comparamos nuestro sistema con los de otros países de nuestro entorno. El número de grados, másteres o titulaciones y especialidades es muy superior en España, lo que ha generado que haya un reparto de funciones entre distintos titulados cuando en ocasiones la práctica no requiere dicha especialización. La estabilidad de los edificios e infraestructuras no resulta peor en otros países que sin embargo no tienen ese grado de especialización, o al menos, no ese número tan elevado de reservas de actividad. Si la seguridad o el interés público no están amenazados en esos países, queda probado que muchas de las reservas de actividad vigentes en España son innecesarias y por tanto ineficientes y perjudiciales para el interés público.

De hecho, personas que han estudiado en nuestro país una titulación universitaria en ingeniería o arquitectura similar o equiparable a la de otro país de la UE, no podrán legalmente realizar las mismas funciones que estos últimos, puesto que las reservas de actividad vigentes en España se lo impiden, por más que sea discutible que carezcan de preparación para ellas. Y no olvidemos que en aplicación de la Directiva de Servicios, cuando nuestros profesionales deseen establecerse o circular libremente por otro país comunitario, solo podrán realizar las actividades que en España se le permiten y no el resto. En cambio, cuando a nuestro país acuden esas personas que han recibido una formación similar, se les deberá reconocer capacidad para realizar todas las actividades que la titulación obtenida les permite en su país, que son más de las que pueden realizar los españoles. Esto es, no cabe negar a un profesional comunitario que pue-

da realizar una determinada actividad en su país, la posibilidad de ejercerla en España bajo la excusa de que tampoco los titulados en un grado equivalente en España puedan realizarla (25). Esto coloca a nuestros egresados en una posición de evidente inferioridad al competir con los de otros países comunitarios, lo que constituye un argumento adicional para tomar como modelo el del resto de países europeos cuando el legislador se decida a reformar el sistema de reservas (26).

Parece precisamente que el APLSCP pretendía esta simplificación y racionalización. En las dos primeras versiones del mismo, la intención era constituir dos comisiones diferentes. Una primera más genérica de reforma de las profesiones, con el objetivo de revisar todas las reservas de actividad, en la que iban a estar los ministerios afectados, ANECA y la CNMC. La segunda, más específica, sobre profesiones relacionadas con la arquitectura e ingeniería, al objeto de abordar la especial complejidad de las reservas de actividad en estas profesiones, y que debía elevar un informe y una propuesta a la Comisión de Reforma de las Profesiones después de escuchar a todas las corporaciones que quisieran realizar alegaciones. Dado que en este proceso de revisión participarían todos los agentes implicados, y que en última instancia iban a decidir tanto los ministerios, como ANECA y la CNMC, defensores todos del interés público y del mercado eficiente, se podría pensar que el nuevo sistema podría tener un resultado positivo si nos atenemos a los parámetros de necesidad, eficiencia y proporcionalidad exigidos en la Directiva de Servicios y la Ley Paraguas. Y ese buen resultado podría llevarnos a una convergencia con Europa que beneficiase tanto a los usuarios como a la propia

capacidad de competir de nuestros profesionales con respecto a otros comunitarios. Sin duda, esta vía de trabajo es la adecuada para el futuro.

En cambio, debe criticarse que en la última versión del APLSCP se haya atendido a una de las mayores reivindicaciones de los colegios de Arquitectos y Arquitectos Técnicos, cual es la de mantener sus reservas de actividad establecidas en la Ley de Edificación dejando en cualquier caso al margen a cualquier especialidad de la ingeniería. Efectivamente, de la Comisión específica inicialmente prevista para ingeniería y arquitectura, se han suprimido las profesiones relacionadas con la arquitectura y se han mantenido las reservas de la Ley de Edificación, lo que no resulta justificable desde el punto de vista del interés público. Esto nos aleja de muchos países europeos, en los que determinadas funciones relacionadas con la edificación pueden ser realizadas por algunos ingenieros. De hecho, desempeñan actividades similares en otras edificaciones que en ocasiones son más complejas aún, lo que prueba la ausencia de necesidad de la reserva. De igual modo, nos aleja del modelo europeo y sitúa a muchos profesionales de la ingeniería en inferioridad de condiciones al competir con sus colegas europeos, que en cualquier caso, no se olvide, podrán realizar tales actividades en España siempre que las puedan realizar en su país de origen.

Finalmente, no estaría de más que cuando ANECA revise, en su caso, las titulaciones de Ingeniería y Arquitectura, ponga especial énfasis en la comprobación y definición de las competencias que los egresados van a adquirir, en la medida en que será eso lo determinante para concluir si pueden

acceder o no a una actividad concreta. Y que las universidades, al presentar sus propuestas tengan igualmente presente la especial relevancia de la definición de las mismas en estos ámbitos y se aseguren que la planificación del título garantiza su consecución, huyendo de la excesiva atomización y especialización, especialmente a nivel de Grado.

VIII. CONCLUSIONES

El sector de servicios profesionales se caracteriza por un exceso de regulación y una gran atomización de la estructura productiva, siendo España uno de los países europeos con indicadores de regulación más elevados y con mayor peso de las microempresas. Por ello parece urgente tomar medidas que reduzcan las restricciones al ejercicio y al acceso a los servicios profesionales, dado que la reducción en los indicadores de regulación está asociada a mayor empleo y productividad en el sector. Por otra parte, eliminar las restricciones al tamaño empresarial aumentaría la eficiencia facilitando el aprovechamiento de las economías de escala.

Aunque la transposición de la Directiva de Servicios ha supuesto un paso importante en la mejora de la regulación de los servicios profesionales tanto en restricciones al acceso como en el ejercicio, quedan importantes cuestiones a mejorar. Una de las más preocupantes es, sin duda, las reservas de actividad, siendo España uno de los países de la UE que presenta unos índices más altos. Su imposición elimina el aprovechamiento de las economías de alcance, que permitirían a las empresas del sector aumentar su actividad ofreciendo sus servicios en actividades re-

lacionadas. Esta fragmentación de mercados otorga a los profesionales ya instalados un poder de monopolio sin amenaza de entrada proveniente de profesionales con conocimientos similares, lo que desincentiva la innovación, baja la productividad y sube los precios. Es por esto que deben justificarse por necesidades de protección a la persona consumidora, salud pública o seguridad, o bien por el carácter de servicio público de la propia actividad, lo que en el caso español no se da en muchas ocasiones. Efectivamente, en nuestro país el sistema de reservas de actividad es complejo y confuso, y son habituales las prácticas profesionales, especialmente impulsadas por los Colegios, de pretender ampliar el ámbito de esas reservas más allá del propio tenor literal de la ley, lo que debe evitarse por tratarse de una norma restrictiva o excepcional. Idéntica práctica sigue en ocasiones la Administración Pública cuando saca a concurso público la prestación de determinados servicios.

El problema es particularmente grave en las actividades relacionadas con la ingeniería y arquitectura. La excesiva atomización de titulaciones universitarias en comparación con otros países ha provocado que cada una de ellas pretenda tener asignadas en exclusiva determinadas funciones, lo que ha sido consentido por el legislador fragmentándose tales actividades en distintos mercados que no se corresponden con lo regulado en otros países de la UE. El cambio del sistema de titulaciones universitarias que se ha producido recientemente ha agravado el problema y generado una elevada confusión por no quedar claras las equiparaciones. Además, el sistema perjudica a nuestros titulados. Efectivamente,

personas que han estudiado en nuestro país una titulación universitaria en ingeniería o arquitectura similar o equiparable a la de otro país de la UE, no podrán legalmente realizar las mismas funciones que estos últimos ni en España ni en otro país de la UE, puesto que las reservas de actividad vigentes en España se lo impiden, por más que sea discutible que carezcan de preparación para ellas. En cambio, cuando a nuestro país acuden esas personas que han recibido una formación similar, se les deberá reconocer capacidad para realizar todas las actividades que la titulación obtenida les permite en su país, que son más de las que pueden realizar los españoles.

NOTAS

(*) Agradecemos la ayuda financiera del Ministerio (ECO2012-35820), el Gobierno Vasco (DEUI, IT783-13 y IT862-13), Funcas y la UPV/EHU (UFI 11/46 BETS).

(1) En 2011, el sector de servicios profesionales en Estados Unidos agrupaba a 760.000 empresas con ingresos de 1,3 billones de dólares y empleaba a 7,8 millones de personas.

(2) La productividad del trabajo se define como el cociente entre el valor añadido a coste de los factores y el personal ocupado. La productividad ajustada del trabajo (porcentaje) es el cociente entre la productividad del trabajo y el coste salarial medio, multiplicado por 100.

(3) Para más detalles sobre la construcción de los IRA véase CSES (2012).

(4) Véase ARRUÑADA (1992).

(5) *Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales*: 16.

(6) Véase el *Informe CNC sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios*, p. 19, 54-55; *Informe de la CNMC realizado al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales*, p. 10; *Informe UE sobre reservas de actividad*: 8-9.

(7) Problema que evidencia la *Memoria del Análisis del Impacto Normativo del*

Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales: 11-12 y 66-67.

(8) Así, por ejemplo, en 2009 una Decisión de la Comisión rechazó una petición de la República Checa que pretendía, para autorizar el acceso al mercado, establecer pruebas que acreditaran si existían diferencias entre la formación de otros profesionales comunitarios y los de dicho país.

(9) EP Resolution – 2011/2014 (INI).

(10) Expediente 01/2010 del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

(11) Al respecto, CIARRETA/ESPINOSA/ZURIMENDI, *Servicios profesionales en España: ¿Reforma imposible?*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 92 y ss.

(12) *Informe CNC sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios*, p. 54.

(13) Así, por ejemplo, en la Resolución TDC 4-3-1998 (Expediente 415/97, Abogados Pamplona), se conoce de un caso en el que el Colegio de Abogados de Pamplona apercibió por carta a una economista por dedicarse a asesorar sobre la impugnación de multas, publicitando tal actividad, acusándola de intrusismo profesional.

(14) *Informe CNC sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios*, p. 52-53. Por otra parte, hay que valorar positivamente el art. 41.2.b del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, que en materia de competencia desleal y de intrusismo profesional, obliga a los Estatutos Generales de la organización colegial a remitirse a la legislación aplicable. Debemos entender que también los particulares o específicos de cada Colegio deben hacerlo.

(15) Expediente CNC S/0002/07, Consejo de Arquitectos.

(16) *Memoria del análisis del impacto normativo del APLSCP*, p. 65-66. Si bien se comparten las reflexiones realizadas por la Memoria en esas páginas, hay que matizar que la revisión de la normativa de reservas de actividad sí que era requerida en la Directiva de Servicios para el libre establecimiento, permitiéndose eso sí utilizar el procedimiento de reconocimiento de titulaciones de la Directiva 2005/36. Únicamente se excluía de la Directiva de Servicios para las reservas de actividad los preceptos relativos a la libre circulación, lo que por cierto, se sigue haciendo en el artículo 14.4 del APLSCP por razones de reciprocidad.

(17) *Memoria del análisis del impacto normativo del APLSCP*, p. 67 a 69.

(18) Hay además algunas reservas de actividad compartidas con otros profesionales como los topógrafos.

(19) Véanse, por ejemplo, STS 9-3-2010, STS 11-7-2011, 17-9-2012, STS 16-1-2013, STS 11-10-2013, STS 24-9-2014, STSJ Galicia 7-2-2013.

(20) Con razón el *Informe UE sobre reservas de actividad* califica al español como muy confuso: 8-9.

(21) Véase, por ejemplo, la STS 20-2-2012, en cuyo fundamento de derecho se proclama que «con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad» continua «la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad», basándose en la existencia de base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas.

(22) En la propia redacción del APLSCP se indica «La ausencia de una ley que estableciera un marco general de los servicios profesionales ha llevado a una copiosa regulación, fragmentaria, obsoleta, excesiva y que no ha evitado la conflictividad entre profesionales».

(23) STS 16-1-2013, STSJ Galicia 7-2-2013.

(24) STS 11-12-2012, STS 28-1-2014, STS 24-9-2014.

(25) STJUE 21-2-2013.

(26) Así lo reivindica, por ejemplo, la Asociación de Jóvenes Ingenieros Industriales en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales*, 28-2-2011, pp. 9 y ss.

REFERENCIAS

ASOCIACIÓN DE JÓVENES INGENIEROS INDUSTRIALES, «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales», 2011.

ARRUÑADA, B., (1992), «Profesionales del Monopolio», *Revista de Economía*, 14.

COMISIÓN EUROPEA, *Providing the inventory of reserves of activities linked to professional qualifications in 13 Member States and assessing their economic impact*, DG Internal Market and Services. Centre for Strategy and Evaluation Services, 2012.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe de la CNC sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Europea de Servicios*: 1-107, 2008.

<p>COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, <i>Informe de la CNMC realizado al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales</i>: 1-35, 2013.</p> <p>EP RESOLUTION – 2011/2014 (INI).</p> <p>EUROSTAT (2008), <i>Structural Business Statistics – legal Services</i>, http://ec.europa.eu/eurostat/web/structural-business-statistics/data/main-tables.</p>	<p>EUROSTAT (2013), <i>Professional, scientific and technical activity statistics - NACE Rev. 2</i>.</p> <p>INE (2010), <i>Indicadores de actividad del sector servicios (IAS)</i>, base 2010, nota metodológica, marzo.</p> <p>MEMORIA DEL ANÁLISIS DEL IMPACTO NORMATIVO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE SERVICIOS Y COLEGIOS PROFESIONALES DE 20 DE DICIEMBRE DE 2013, p. 16.</p>	<p>ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS, OCDE (2013), <i>Indicators of Product Market Regulation</i>, http://www.oecd.org/eco/pmr</p> <p>ZURIMENDI, A.; ESPINOSA, M.P., y CIARRETA, A. (2015), «Servicios Profesionales en España ¿Reforma Imposible?» Ed. Thomson Reuters Aranzadi.</p>
---	---	--

Resumen

El despliegue de las redes de nueva generación (denominadas NGA por sus siglas en inglés) que permiten conexiones ultrarrápidas a Internet está revolucionando el sector de las telecomunicaciones y teniendo un impacto importante en el crecimiento económico de algunos países. El artículo tiene como objetivo realizar un diagnóstico de la situación del despliegue de fibra en España utilizando los datos de la CNMC. La principal conclusión es que los operadores tradicionales han realizado importantes inversiones en NGA en los últimos años que han compensado el retraso que tenía España con respecto al resto de los países europeos. Sin embargo existe un riesgo de que el ritmo de despliegue de la fibra se ralentice cuando se haya completado el despliegue de las NGA en las zonas más pobladas. El análisis de la regulación existente no despeja la incertidumbre sobre los incentivos que tienen los operadores a mantener el ritmo actual de las inversiones. Por último, el artículo reflexiona sobre los aspectos que tendría que tener un nuevo marco regulatorio que no solo intentase mantener los incentivos a la inversión, sino aumentar la competencia en el sector, teniendo en cuenta el impacto sobre los contenidos *premium* y el empaquetamiento con otros servicios (telefonía móvil, TV, etc.).

Palabras clave: redes de nueva generación, regulación y contenidos *premium*.

Abstract

The deployment of next generation networks (NGA called by its acronym in English) that enable ultra-fast Internet connections is changing the telecommunication market completely and playing an important role in the economic growth of some countries. The article aims to make a diagnosis of the situation of the deployment of fiber in Spain using data from the CNMC (the regulator). The main conclusion is that traditional telecom firms have made significant investments in NGA in recent years. This investment effort has reduced the gap that Spain had with the rest of European countries. However, there is a risk that this investment effort in the deployment of fiber slows down when firms have completed the deployment of NGAs in the most populated areas. We analyze the current regulation and conclude that such underinvestment risk exists. Finally, the paper sheds lights over the main points that a new regulation should address. This regulation, besides to keep the investment incentives, should consider how firms' strategies over premium contents and the packaging with others services (mobile telephony, TV, etc.) affect market's competitiveness.

Key words: next generation networks, regulation, premium content.

JEL classification: D70, K20, L40, O40.

RETOS REGULATORIOS EN EL DESPLIEGUE DE LAS REDES DE NUEVA GENERACIÓN EN ESPAÑA

Juan-José GANUZA (*)

Universitat Pompeu Fabra

María Fernanda VIECENS (**)

Universidad de San Andrés

I. INTRODUCCIÓN

COREA del Sur es un buen ejemplo del peso de la nueva economía digital en los modelos de crecimiento económico del futuro (1). La economía de Corea del Sur depende en gran parte de grandes conglomerados industriales en sectores maduros (electrónica, naval, etc...) cuyas tasas de crecimiento empiezan a decrecer. Conscientes de ello, las autoridades surcoreanas han diseñado una estrategia de largo plazo que pretende convertir a este país asiático en el Silicon Valley del sureste asiático. La clave es el fomento de las *startups* centradas fundamentalmente en el desarrollo de aplicaciones, contenidos y servicios para el mundo digital. La estrategia que parece estar dando éxito (se ha multiplicado por más de 15 el número de *startups* en los últimos años, pasando de menos de 2.000 a más de 30.000) tiene dos pilares básicos, la educación y el acceso de la población a Internet. Corea del Sur es uno de los líderes mundiales en el despliegue de redes de acceso de nueva generación (NGAs por sus siglas en inglés), lo que permite que su población tenga uno de los accesos de Internet más veloces del mundo.

Este no es un ejemplo aislado, en mayor o menor medida todos los países han lanzado planes

(como nuestra agenda digital), para fomentar el despliegue de las redes de nueva generación, conscientes de que el acceso a Internet puede ser una variable clave para adquirir ventajas competitivas en la nueva economía digital y en general para el crecimiento y bienestar económico en el futuro. Son muchos los trabajos que corroboran la contribución positiva de Internet al crecimiento económico. Por ejemplo, con un panel de países de la OCDE para el período 1996-2007, Czernich *et al.* (2011) encuentran que la contribución de la banda ancha al crecimiento ha estado entre los 0.9 y 1.5 puntos porcentuales del crecimiento del PBI per capita por cada 10 puntos de crecimiento de la penetración de la banda ancha (2). Con menores niveles de agregación, Atasoy (2013) y Forman *et al.* (2012) analizan el efecto de la banda ancha en el mercado laboral de Estados Unidos entre 1995 y 2000. Los resultados muestran que los efectos son importantes en condados con grandes poblaciones, con fuerza laboral de alto nivel educativo y una participación alta de industrias intensivas en tecnología de la información. Por su parte, Atasoy (2013) advierte que la disponibilidad de la banda ancha podría estar compensando el aislamiento geográfico, ya que encuentra que el efecto positivo del empleo es

significativamente mayor en los condados rurales. Otros trabajos identifican efectos positivos vinculados a cuestiones más puntuales como productividad en pequeñas y medianas empresas (Colombo *et al.*, 2012), reducción en la dispersión de precios de productos agrícolas en países en desarrollo (Goyal, 2010), eficiencias en los procesos de búsqueda de empleo (Kuhn y Mansour, 2011; Mang, 2012) y castigo a gobiernos corruptos (Andersen, *et al.*, 2011; Ferraz y Finan, 2008).

Además del impacto en el crecimiento económico las nuevas redes pueden aumentar el bienestar por las nuevas oportunidades que ofrecen para mejorar los servicios públicos, como la telemedicina, la educación a distancia y otras aplicaciones que requieren niveles de capacidad y velocidad superiores a los tradicionales. El impacto económico del despliegue de las NGA en sí mismo tiene un impacto muy positivo, dado que aproximadamente el 70 por 100 de la inversión es obra civil y por lo tanto es una actividad muy intensiva en mano de obra. Pero además de los efectos externos sobre otros sectores de la economía, las NGA suponen una revolución para el sector de las telecomunicaciones. Las inversiones y oportunidades de negocio asociadas a las NGA son inmensas, pero habrá ganadores y perdedores. Las NGA transformarán completamente la cadena de valor del mercado, y gran parte del excedente generado en la economía digital irá a parar a los generadores de contenidos. Además, las altas velocidades y capacidades de las redes han posibilitado e impulsado la entrada de los operadores *over-the-top* (OTT), cuyos representantes más conocidos son Skype, Whatsapp

y Netflix. Estos operadores OTT necesitan y dan valor a estas redes, pero al mismo tiempo generan servicios substitutivos a los prestados por los operadores tradicionales, compitiendo directamente con ellos. Por lo tanto, los beneficios futuros de las inversiones en NGA para los operadores tradicionales son altamente impredecibles (Inderst y Peitz, 2014) (3). El retorno es incierto pero además, el despliegue de las NGA requiere una inversión muy importante, seguramente la mayor acometida por el sector en las últimas décadas. Por lo tanto, las decisiones de inversión de los operadores son difíciles, pero rezagarse y perder la posición competitiva en las NGA en el momento del despliegue, puede condicionar irreversiblemente su rentabilidad en el largo plazo.

¿Cuál debería ser el marco regulatorio de las NGA? Existe un conjunto de literatura dedicada a analizar las ventajas y desventajas de la regulación del acceso a las redes de telecomunicaciones y enfatizar un *trade-off* entre incentivos estáticos y dinámicos (Valletti, 2003). La regulación del acceso conllevaría un uso más eficiente de la infraestructura al impulsar la entrada de competidores, pero tendría el peligro potencial de desalentar la inversión (4). Sin embargo, este cuerpo de literatura fue escrito esencialmente para un mundo de redes de cobre heredadas por los incumbentes (5). Las redes de acceso de nueva generación, a diferencia del bucle local de cobre que fue heredado y representa un coste hundido para los operadores, requieren nuevos e importantes niveles de inversión para ser desplegados. Esto implica que los operadores necesitan contar con los incentivos adecuados para hacer las inversiones (Cave, 2010) y que

la regulación de acceso que funcionaba con las redes heredadas podría no funcionar con las NGA (CERRE, 2014) (6). En definitiva, tenemos que repensar el diseño de la regulación para impulsar el despliegue de las NGA y garantizar a su vez que el nuevo mercado sea competitivo, y las futuras ganancias de bienestar lleguen a los consumidores.

El objetivo de este artículo es doble. Primero, utilizando datos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se pretende realizar un diagnóstico de la situación de España en relación al despliegue, accesos y uso de las redes de nueva generación en los últimos años. Como veremos más adelante, la conclusión fundamental del diagnóstico es que si bien España tenía un considerable retraso en el pasado, las operadoras han realizado un importante esfuerzo estos últimos años y como consecuencia de ello, se ha recuperado un importante terreno con respecto a nuestros vecinos europeos. Siendo esto cierto, el diagnóstico no puede ser complaciente dado que no ocupamos un lugar destacado en Europa, ni Europa en su conjunto es un líder mundial en NGA. Esto nos lleva al segundo objetivo del artículo que intenta analizar los incentivos de las operadoras a invertir y competir en NGA, y partiendo de ese análisis, discutir los principales desafíos regulatorios que se deberían acometer en el futuro, en este mercado tan dinámico.

El artículo está estructurado como sigue. En la siguiente sección describimos brevemente las características técnicas de lo que se conoce como una red de nueva generación. En la sección III, presentamos un diagnóstico de la situación española. En la sección IV

discutimos los que serán, a nuestro juicio, los principales desafíos regulatorios de los próximos años. Concluimos en la sección V.

II. DESCRIPCIÓN DE UNA RED DE ACCESO DE NUEVA GENERACIÓN

La Comisión Europea ha definido a las redes de nueva generación como «redes de acceso cableadas que consisten total o parcialmente en elementos ópticos y son capaces de prestar servicios de acceso de banda ancha con características mejoradas en comparación con los servicios prestados a través de las redes de cobre existentes» (7). Es decir, las redes de acceso de nueva generación representan un salto más allá de la evolución de una tecnología sustentada sobre las redes tradicionales de cobre y acercan la fibra óptica a los usuarios finales. Esto permite básicamente llevar velocidades muy superiores a las que se podían alcanzar mediante el tradicional ADSL sustentado en la red de cobre. En la actualidad dos tipos de accesos son considerados de nueva generación, las redes FTTH y los desplegados por los operadores de cable con la tecnología DOCSIS 3.0:

— *Fibre-to-the-Home* (FTTH): la fibra óptica llega hasta la vivienda del usuario, lo que permite alcanzar velocidades superiores a los 100 Mbps. Si la fibra óptica llega solo hasta el exterior del edificio se denomina *Fibre-to-the-Building* (FTTB). Se conoce como *Fibre-to-the-Node* (FTTN) o *Fiber to the Cabinet* (FTTC) cuando la fibra llega hasta un nodo cercano al usuario final. En estos dos casos, el último tramo es de cobre, lo que permite alcanzar velocidades inferiores a las correspondientes a FTTH.

— Redes de cable HFC (Híbrido de Fibra y Coaxial) con actualización DOCSIS 3.0: esta tecnología ha hecho posible que las redes de cable sean capaces de ofrecer velocidades de 100 Mbps.

Nótese que el proceso de actualización a DOCSIS 3.0 tiene un coste muy bajo si se lo compara con el que deben afrontar las empresas que cuentan con la infraestructura de ADSL y desean desplegar FTTH. Los operadores de cable no necesitan desplegar una nueva red, mientras que el acceso FTTH requiere nuevos despliegues de fibra óptica.

La infraestructura involucrada en estos accesos es de dos tipos: pasiva y activa. La infraestructura pasiva está comprendida por los conductos, terrenos, postes, elementos de red y fibra oscura. Cuando hablamos de obra civil, hacemos referencia principalmente a la infraestructura pasiva. La infraestructura activa corresponde a equipos electrónicos, antenas y todo equipamiento técnico que permite iluminar

la fibra. La regulación, como veremos más adelante, suele establecer diferencias en función de cada tipo de infraestructura.

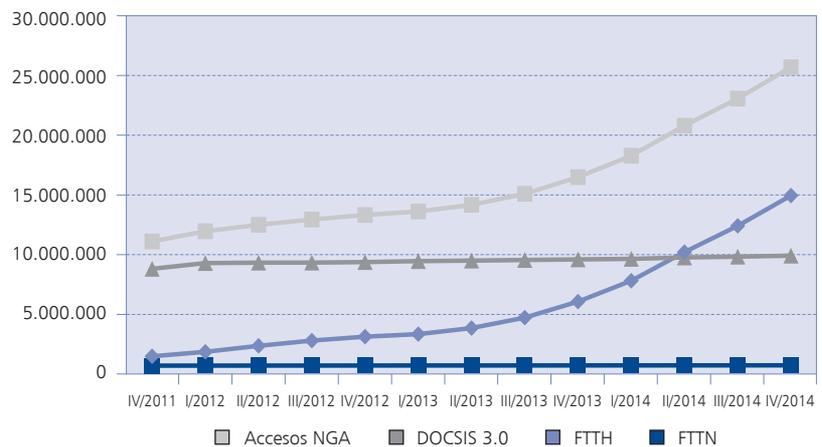
III. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

1. Análisis a nivel nacional

El gráfico 1 muestra el crecimiento de la infraestructura NGA en España en los últimos años por tipo de soporte o tecnología. Destaca el hecho de que a partir del primer trimestre de 2013 el número de accesos instalados comenzó a crecer, yendo desde los 13.711.742 a los casi 26 millones.

Se observa que, desde 2011 los accesos NGA fueron liderados por la tecnología del cable con actualización DOCSIS 3.0, pero que desde el segundo trimestre de 2014 el número de accesos FTTH supera el número de los del cable. En particular, la tendencia creciente del total de accesos desde mediados de 2013 ha sido

GRÁFICO 1
ACCESOS INSTALADOS POR TIPO DE TECNOLOGÍA



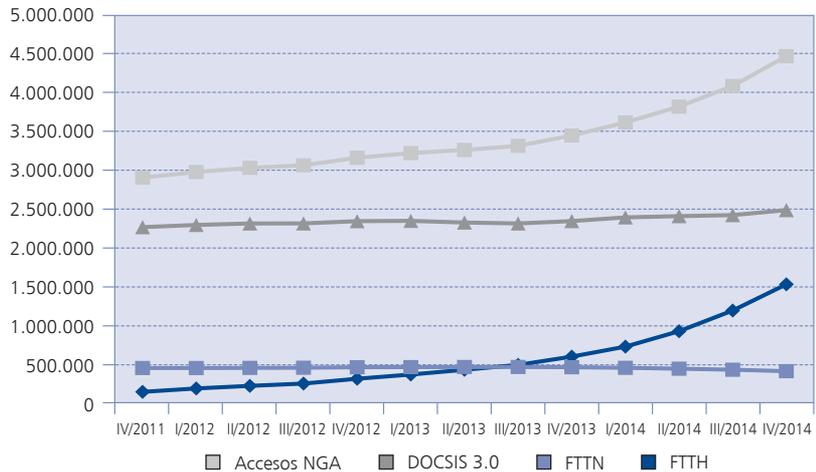
Fuente: Elaboración propia con datos de la CNMC.

determinada básicamente por los accesos FTTH.

Sin embargo, se observa también un nivel de uso muy bajo de estos accesos instalados. Es decir, hay una alta capacidad instalada de accesos NGA pero la demanda de la misma es todavía muy reducida. El gráfico 2 presenta un indicador de uso de la capacidad instalada por tipos de accesos. El indicador se muestra relativamente estable para los accesos DOCSIS y FTTH a lo largo de los trimestres de los últimos dos años. En el caso de los accesos FTTH el nivel de uso ronda el 10 por 100 mientras que el de los accesos DOCSIS es cercano al 25 por 100.

El indicador muestra un nivel bastante más alto pero decreciente para los accesos FTTN, lo que lleva a pensar que los mismos están siendo reemplazados por el uso de los accesos DOCSIS 3.0 y FTTH. Esto se deduce también del gráfico 3 donde se muestra la evolución del uso de los accesos instalados por tipo de tecnología.

GRÁFICO 3
ACCESOS EN SERVICIO POR TIPO DE TECNOLOGÍA



Fuente: Elaboración propia con datos de la CNMC.

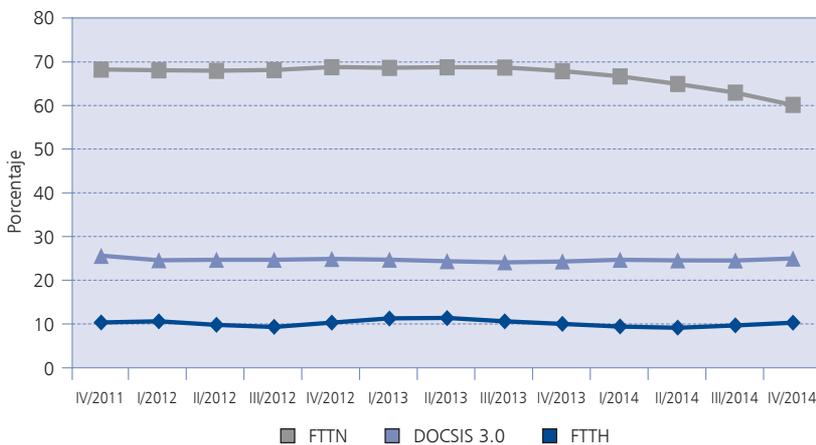
Mientras que los accesos instalados casi se duplicaron, el uso de los mismos (accesos en servicio) creció solo un 38 por 100. A diferencia de la oferta de accesos, el cable con actualización 3.0 es el que cuenta con mayor número de usuarios lo que se explica por el hecho de que el cable

lleva más tiempo en el mercado. Sin embargo, el crecimiento total a partir del tercer trimestre del 2013 parece explicado por el crecimiento del uso de los accesos FTTH. A continuación, en el gráfico 4 se detallan estos accesos en uso por operador.

El panel de la izquierda presenta los líderes en despliegue de accesos DOCSIS y FTTH, es decir, ONO y Telefónica respectivamente. Mientras que el número de líneas de ONO se ha mantenido relativamente estable, el de Telefónica muestra una tendencia creciente. El panel de la derecha presenta a los operadores regionales de cable, como Euskaltel y R, y a los operadores entrantes con FTTH. Esto muestra que el cuarto trimestre del año 2013 ha sido un punto de inflexión para los operadores entrantes que están desplegando redes.

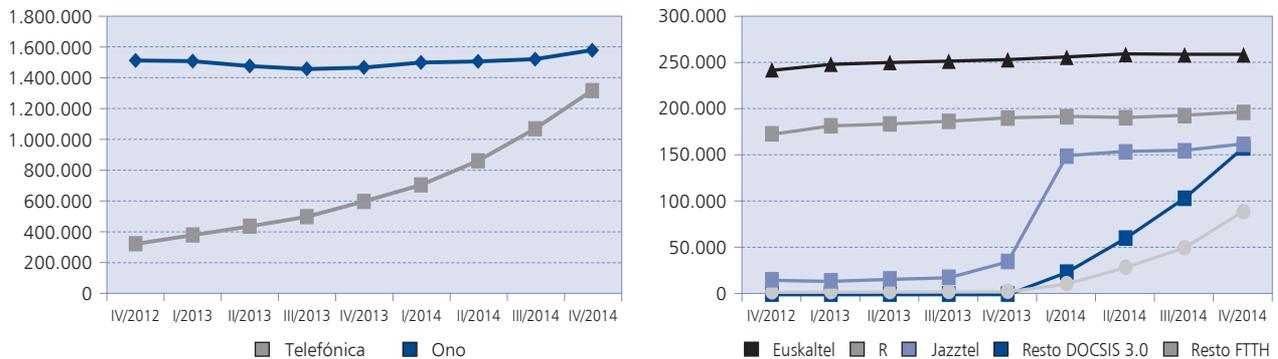
El gráfico 5 muestra el porcentaje de líneas NGA por operador relativo al total de líneas con las que cuenta (cuarto trimestre de 2014). Se deduce que los ope-

GRÁFICO 2
PORCENTAJE DE USO DE ACCESOS INSTALADOS*



Nota: (*) El número de accesos en servicio como porcentaje del número de accesos instalados.
Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC.

**GRÁFICO 4
NÚMERO DE LÍNEAS DOCSIS Y FTTH POR OPERADOR***



Nota: (*) Operadores de cable con DOCSIS: ONO, Euskaltel, R. Operadores de FTTH: Telefónica, Jazztel.
Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC.

radadores de cable han actualizado a DOCSIS 3.0 un porcentaje muy alto de sus redes.

2. Análisis a nivel de provincias

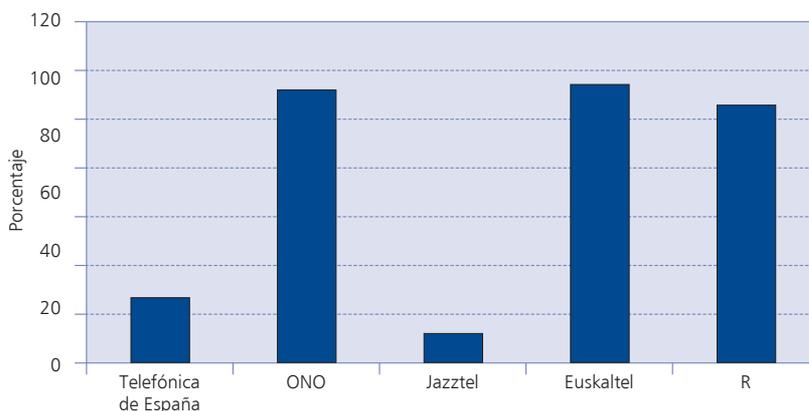
Comprender y analizar la situación del mercado español de accesos requiere una revisión de los datos con mayores niveles de desagregación geográfica, a los fines de poder evaluar disparidades

regionales y reconocer zonas que escapan de la situación optimista que se deduce de los datos agregados a nivel nacional. Al respecto, la CNMC ofrece un buen detalle a nivel provincial aunque estos datos llegan solo hasta el año 2013, por lo que no permiten capturar el impacto del crecimiento durante el año 2014 de los accesos FTTH. De cualquier manera, la información disponible permite obtener algunas conclusiones. Los mapas que aparecen en el gráfico 6

muestran los accesos instalados de cable con actualización DOCSIS 3.0 y con FTTH y FTTN por provincia en el año 2013.

Nótese que en el noroeste, donde están presentes las cableas regionales R y Euskaltel, los accesos FTTH y FTTN eran prácticamente inexistentes en el año 2013. Con algunas provincias como excepción, en aquellas hacia el sur de Madrid sucedía algo similar. Al mismo tiempo, la comparativa permite deducir cuáles eran las zonas que en el 2013 ya contaban con cierto nivel de competencia en infraestructura (más de una red, cable y FTTH/FTTN). Por ejemplo, Madrid, Barcelona y Valencia ya ofrecían accesos de ambos tipos y en números considerables. Al mismo tiempo, las provincias de Castilla, Extremadura, como así también Lleida y Huesca, mostraban niveles de accesos muy bajos y prácticamente inexistentes de cualquier tipo.

**GRÁFICO 5
LÍNEAS NGA/LÍNEAS BANDA ANCHA – IV 2014**



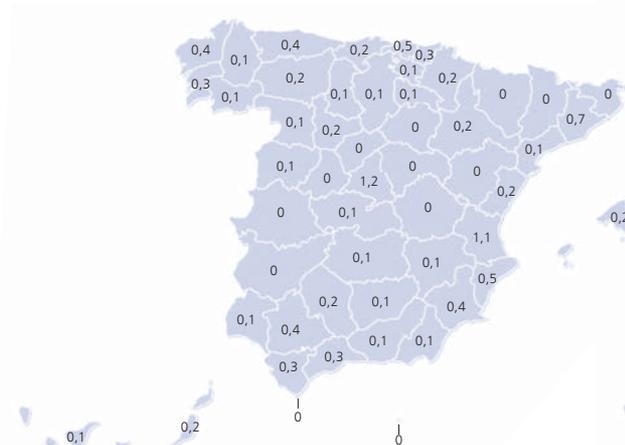
Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC.

3. Discusión y conclusiones sobre la situación

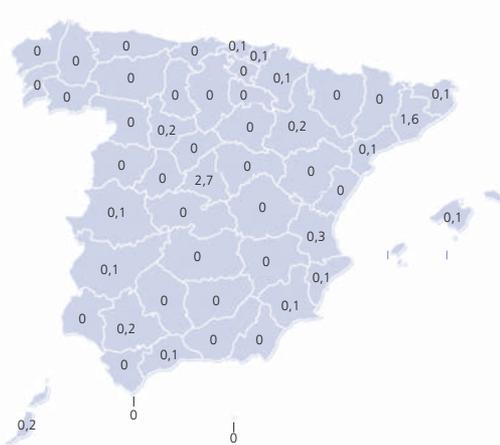
De todo lo observado en los datos proporcionados por los grá-

GRÁFICO 6
ACCESOS NGA INSTALADOS POR PROVINCIA – 2013

Accesos instalados HFC DOCSIS 3.0 - 2013
(número de accesos, en millones)



Accesos instalados FTTH y FTTN - 2013
(número de accesos, en millones)



Fuente: CNMC.

ficos podemos concluir lo siguiente en relación al mercado de redes de acceso de nueva generación en España:

— El número de accesos disponibles ha crecido de manera importante en los últimos años.

— Hasta el año 2013, los operadores de cable lideraron esta tendencia actualizando sus redes con DOCSIS 3.0. Hoy, casi el total de sus redes cuenta con la actualización.

— Desde el año 2013 las inversiones de Telefónica y operadores entrantes han cambiado radicalmente la situación de los accesos FTTH en España, que prácticamente se triplicaron.

— El nivel de uso de los accesos NGA es aún muy bajo, lo que lleva a pensar que se trata de inversiones con poca certidumbre de demanda. Puede que los usuarios no hayan encontrado aún una utilidad que justifique el precio a pagar por ellas. Sin em-

bargo, la tendencia parece indicar que los usuarios están de a poco aumentando la contratación de accesos NGA. Mientras que a fines del año 2012 las líneas de cable y FTTH representaban el 22 por 100 del total de líneas de banda ancha (19 por 100 de cable y 3 por 100 de FTTH), a fines del año 2014 ese porcentaje llegó a 39 por 100 (17 por 100 de cable y 12 por 100 de FTTH) (8).

— Las disparidades regionales en cuanto a posibilidades de acceso son marcadas. Mientras algunas provincias cuentan con accesos DOCSIS 3.0 y FTTH, otras casi no ofrecen ninguno de los tipos.

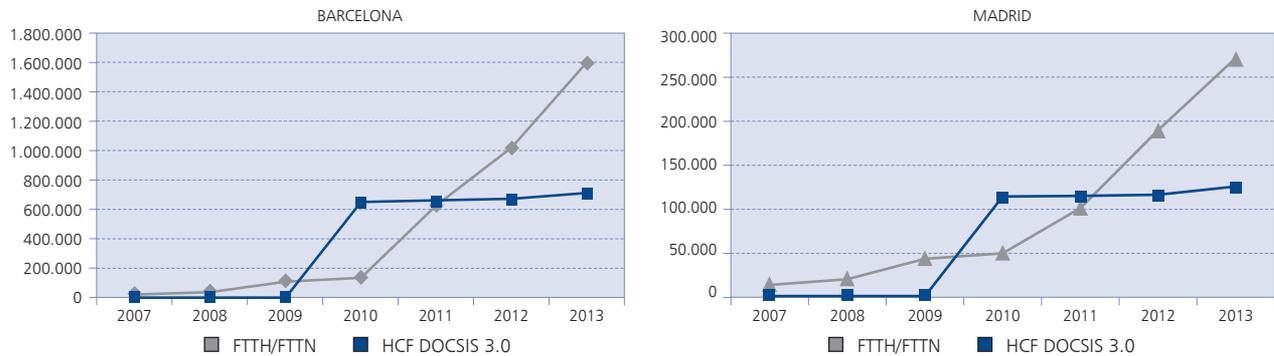
De cara al futuro es interesante tener en cuenta que:

— Mientras que en el mercado de banda ancha la cuota de mercado de ONO llega solo al 13 por 100, en el caso de accesos NGA, Ono cuenta con una cuota del 42 por 100 (9). Esto podría implicar que cuando los usuarios modifiquen su consumo, migran-

do de la banda ancha tradicional a los accesos NGA, el panorama competitivo de España podría cambiar de manera importante, con un papel más fuerte y dinámico por parte de los operadores de cable. Veamos por ejemplo en el gráfico 7 la dinámica competitiva entre ONO y Telefónica en la provisión de accesos NGA en Barcelona y Madrid los últimos años. De manera llamativa, los patrones de despliegue en ambas ciudades han sido los mismos. En el 2007 comienzan a verse de manera incipiente despliegues FTTH y FTTH, mientras que no había actualizaciones del cable a DOCSIS 3.0. En el año 2009 comienzan a llevarse a cabo estas actualizaciones y superan ampliamente en número a los accesos FTTH y FTTH. Esto se mantiene hasta el año 2011 en que los accesos FTTH y FTTH superan a los accesos DOCSIS 3.0 y desde entonces la brecha se ha mantenido creciente.

— En la mayoría de las provincias las perspectivas de competencia son menos optimistas.

GRÁFICO 7
EVOLUCIÓN DE ACCESOS NGA EN BARCELONA Y MADRID



Nota: Operadores de cable con DOCSIS: ONO, Euskaltel, R. Operadores de FTTH: Telefónica, Jazztel.
Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC.

En aquellas donde se cuenta con las cableras regionales podría esperarse la entrada de Telefónica con FTTH, sin embargo, en zonas de baja densidad poblacional y menores niveles de ingresos, es muy difícil confiar en la entrada de más de un operador, e incluso de uno solo.

IV. RETOS REGULATORIOS DE LAS NGA

Las NGA han cambiado y transformarán totalmente en un futuro próximo la estructura del mercado de telecomunicaciones en España. La elevada inversión llevada a cabo por los operadores en los últimos años, ha posicionado a España por encima de la media en Europa en lo referente al despliegue de redes de nueva generación (10).

¿A qué se debe este aumento considerable del esfuerzo inversor? La respuesta a esta pregunta no parece encontrarse en el marco regulatorio. La CNMC ha impulsado un marco regulatorio, coherente con las directrices europeas de 2010 (11), que tiene como objetivo buscar un equilibrio entre garantizar la com-

petencia entre todos los operadores y generar los incentivos al despliegue de las redes de nueva generación. Más adelante discutiremos en detalle la regulación, pero se puede adelantar que es un marco regulatorio prudente, y efectivamente equilibrado, pero precisamente por ello, no excesivamente generoso en dar incentivos a la inversión en NGA. Por lo tanto, difícilmente explica el esfuerzo inversor de los operadores privados los últimos años.

Una posible razón del cambio de estrategia de los operadores es que la inversión en redes en NGA es la respuesta óptima a una serie de cambios estructurales en el mercado:

i) *Las posibilidades de diferenciación recaen en el mercado de contenidos.* La nueva configuración de los mercados digitales basados en la transmisión de paquetes de datos, homogenizan la calidad y el servicio de los operados de telecomunicaciones tradicionales. Por tanto, la obtención de beneficio recae exclusivamente en aprovechar en el futuro el poder de mercado que puede crearse si no existe competencia en infraestructuras,

y en adquirir ventajas competitivas en el mercado de contenidos. La primera vía es incierta porque tal como discutiremos con posterioridad, ese poder de mercado debería limitarse con una eficaz regulación. Por lo tanto, las futuras ventajas competitivas dependen en gran parte del posicionamiento en el mercado de contenidos *premium* (compra de derechos de fútbol y plataformas de TV privadas, alianzas con distribuidores de contenidos audiovisuales, etc). El mercado de contenidos está sujeto a importantes economías de escala por lo que una ventaja competitiva requiere el acceso a una base de clientes amplia. De forma paralela, los contenidos *premium* son una de las razones fundamentales para el futuro incremento de demanda de las NGA, por las ventajas que aporta la fibra para el consumo de contenidos audiovisuales. Esta complementariedad estratégica, lleva consigo que la decisión estratégica de apostar por inversiones en el mercado de contenidos, sea seguida por un esfuerzo inversor en el despliegue de las NGA.

ii) *Empaquetamiento de servicios.* La venta conjunta de los

distintos servicios de telecomunicaciones, internet, líneas fijas y móviles, TV y contenidos, permite trasladar posiciones de dominio de mercado de unos servicios a otros. Por la misma razón, el empaquetamiento de servicios es una eficaz estrategia competitiva para responder al aumento de competencia en un particular mercado. La rivalidad competitiva en el mercado de móviles, que suponía una parte importante de los beneficios de los operadores tradicionales, aumentó significativamente cuando el crecimiento de la demanda se ralentizó, y además aparecieron nuevos operadores fundamentalmente virtuales. Una forma eficaz de defender la cuota de mercado en este servicio de gran presión competitiva, es vender de forma conjunta este servicio con otros, de los que se disfruta de una posición de dominio de mercado. Por lo tanto, el empaquetamiento de servicios es otra razón adicional para explicar la inversión en NGA y contenidos.

iii) Compartición de infraestructuras. El alto coste de las redes NGA, hace difícil que en muchas áreas haya competencia en infraestructuras. Por ello, la competencia en el mercado dependerá en última instancia de la regulación de acceso a las redes NGA, pero también de soluciones privadas, como son los acuerdos de compartición de infraestructuras. Los operadores encontrarán beneficioso darse accesos ventajosos mutuos a sus infraestructuras en diferentes partes del territorio. Los términos de dichas negociaciones dependerán de los poderes de negociación del que disfruten los operadores, y estos a su vez de la posición que dichos operadores tengan en el despliegue de las NGA. En otras palabras, la inversión en NGA es probable

que se traslade en una ventaja en costes no solo con respecto a los consumidores de la propia red del operador, sino del conjunto de las redes. Esto genera incentivos a que los operadores dominantes en las redes tradicionales persigan preservar esa posición de dominio en las NGA, intentando consolidar una cuota de mercado importante en la primera etapa del despliegue de las NGA.

En resumen, España ha dado un paso adelante importante en el despliegue de las redes NGA, que no era previsible cinco años atrás, y este esfuerzo inversor se puede explicar en gran parte por razones de índole estratégica. No obstante, este esfuerzo inversor es muy probable que se vaya reduciendo cuando la fibra se haya desplegado en las zonas de mayor densidad y nivel adquisitivo. Por lo tanto, el *primer reto regulatorio* es preguntarse si el marco regulatorio actual garantiza incentivos para el despliegue de las NGA en zonas menos densamente pobladas.

El problema de fomentar la implantación de una nueva tecnología como las NGA es muy similar a la relación entre innovación y patentes. Una vez obtenida una innovación, sería deseable desde el punto de vista del bienestar social que la innovación estuviera disponible para todas las empresas del mercado. Las patentes garantizan un poder de monopolio a la empresa innovadora que distorsiona la competencia a posteriori, pero que da incentivos ex-ante para invertir en obtener dicha innovación.

Las redes de nueva generación requieren una fuerte inversión inicial para alcanzar al consumidor final. Una vez que se ha llevado a cabo dicha inversión, sería deseable incrementar la competencia en ser-

vicios permitiendo el acceso de otras empresas en condiciones equitativas al consumidor final. No obstante, una regulación de precios y condiciones de acceso demasiado favorable a los entrantes, reduciría o eliminaría los incentivos a invertir en primer lugar. Además en el caso de las redes de nueva generación también debemos considerar dentro del análisis general de bienestar, que dado el tamaño de la inversión, tampoco sería deseable dar incentivos a que se duplicasen muchas infraestructuras, y hubiese un exceso de capacidad.

Las líneas generales de la regulación actual se pueden resumir en dos ideas fundamentales. La primera es que se obliga a las empresas a que faciliten a las competidoras el acceso a las infraestructuras de obra civil y el acceso vertical a los edificios (acceso desde el portal del edificio a cada uno de los consumidores). Aunque es difícil calibrar las condiciones de acceso que garantizan una retribución justa de los costes incurridos por las empresas establecidas y no suponen una barrera para la entrada de nuevos competidores, estas regulaciones de acceso son difícilmente rebatibles. Carecería de sentido duplicar el acceso a los abonados dentro de los edificios y tiene sentido explotar las economías de escala en obra civil que suponen una gran parte del coste total de la infraestructura.

La segunda idea es distinguir entre zonas donde la densidad de población permite que exista competencia en infraestructuras, y otras donde no se espera que vaya a haber dicha competencia. En las primeras no impone condiciones de acceso, mientras que en las segundas si se establecen condiciones de acceso que permitan competencia en servicios, aunque ésta no se de en infraestructuras.

En particular, la CNMC ha identificado nueve municipios españoles (Madrid, Barcelona, Alcalá de Henares, Badalona, Coslada, Málaga, Móstoles, Sevilla y Valencia) en los que hay evidencia de que existe competencia en infraestructuras porque existen al menos dos redes de fibra óptica y una red de cable. En estos municipios no existirían restricciones regulatorias de acceso a las redes de fibra óptica más allá de los accesos a la obra civil y accesos verticales. Sin embargo, en el resto de las zonas si se obliga a facilitar un acceso «virtual» a los competidores (12).

Esta es una regulación valiente que apuesta por la existencia de competencia efectiva en servicios a través de NGA en todo el territorio. Sin embargo, la regulación genera dudas de que sea suficientemente incentivadora para que se produzca el despliegue de las NGA en zonas no densamente pobladas. Podríamos tener la paradoja de que la regulación protegiese la competencia sobre una infraestructura que la propia regulación no incentiva a desplegar. No obstante, si el ritmo de despliegue de las NGA se redujese y hubiera amplias zonas del territorio sin cobertura, además de modificar las condiciones de acceso y dar más poder de mercado a las empresas inversoras en NGA, se podrían explorar otras formas alternativas de aumentar el despliegue de las redes de NGA, por ejemplo:

— NGA públicas. En las últimas décadas del pasado siglo el patrón común de los países desarrollados fue privatizar los antiguos monopolios públicos (telecomunicaciones, electricidad, etc.), para liberalizar los mercados e introducir competencia. Sin embargo, existen grandes proyectos públicos de despliegue de redes de nueva generación. En Australia el Gobierno ha asumido

la responsabilidad del despliegue de las NGA en todo el territorio, y países como EE.UU. han anunciado planes, que aunque son menos ambiciosos apuntan en esta dirección (13). La inversión pública en NGA tiene ventajas objetivas. Se calcula que cerca del 70 por 100 de la inversión necesaria para el despliegue de redes corresponde a obra civil (14), por lo tanto, el aprovechamiento de otro tipo de canalizaciones (agua, electricidad, etc.) y la coordinación con las autoridades locales, pueden ser determinantes en la minimización de costes (15). Nótese que en estas dimensiones el sector público puede tener una ventaja competitiva. Además, la intervención pública puede garantizar que el despliegue se haga de forma equitativa, sin que las zonas menos pobladas o con menos recursos queden relegadas de las potenciales ganancias de productividad que pueden venir asociadas a las NGA. El sector público puede garantizar un acceso no discriminatorio a las NGA para las empresas que ofrecen servicios de telecomunicaciones, lo que puede promover la entrada de nuevos operadores en otros segmentos del mercado, y en general un mayor nivel de competencia. Dado el tamaño de la inversión, los costes de financiación son claves, y el sector público puede tener acceso a condiciones de financiación más ventajosas que el sector privado. La propiedad pública de las redes puede ser transitoria, el sector público puede privatizar las redes en un futuro o adjudicar su gestión a empresas privadas, cuando los objetivos de un despliegue equitativo se hayan producido. Por último, la intervención pública se puede producir a diferentes escalas, por ejemplo, el sector público puede limitarse a promover una red que conecte los

centros públicos (escuelas, hospitales, juzgados, etc.) y poner a disposición del sector privado la capacidad excedentaria de dicha red. Un tipo de inversión de estas características garantizaría además el acceso equitativo de la población a las NGA en aspectos fundamentales (educación, salud, seguridad), dejando a las operadoras el negocio vinculado a la demanda privada de servicios de las telecomunicaciones (16).

— Incentivar la aparición de operadores que no ofrezcan servicios al consumidor final. Dos elementos claves de las redes de NGA son: 1) el 70 por 100 de la inversión es obra civil y 2) las posibilidades de diferenciación recaen en otras dimensiones diferentes a la propia infraestructura (empaquetamiento con otros servicios y contenidos audiovisuales, fundamentalmente). Esto nos lleva a preguntarnos si los operadores tradicionales de telecomunicaciones son los que están mejor posicionados para acometer el despliegue o sería deseable la implicación de empresas de construcción de infraestructuras con más experiencia en obra civil. Las sinergias entre el despliegue y la prestación de servicios, más allá del uso del poder de mercado no son obvias. Por el contrario, una ventaja adicional de estos operadores «neutros» es que no ofrecerían servicios finales de telecomunicaciones, con lo que la regulación sería más sencilla dado que *a priori* la preocupación por una posible discriminación entre los operadores de servicios debería ser menor. ¿Cómo se fomenta la participación de estos operadores «neutros»? Existen diversos mecanismos, el más radical es obligar a los operadores tradicionales a alguna forma de desintegración vertical (19). Otra posibilidad que conecta con el anterior punto es el establecimiento de concesiones sobre territorios o

servicios, adjudicadas competitivamente donde el factor de neutralidad sea tenido en consideración.

El *segundo reto importante de la regulación* debe ser establecer una efectiva competencia de servicios en las NGA. Las razones estratégicas para el despliegue de las redes de nueva generación que hemos discutido con anterioridad, son un primer indicio de la complejidad del modelo competitivo de este mercado. Los tres elementos que determinan el futuro competitivo de los servicios en las NGA son complejos desde el punto de vista de la regulación:

i) Acceso a las NGA. Las condiciones de acceso que ofrecían las empresas incumbentes a los nuevos operadores suponían la mayor preocupación de los reguladores en las redes de cobre. Con un objetivo final de conseguir competencia en infraestructuras, los reguladores siguieron en parte la estrategia de la escalera de inversión (18), obligando a las empresas establecidas a dar acceso a las infraestructuras de forma progresiva a los nuevos competidores, con la idea que estos irían desarrollando sus propias infraestructuras con el paso del tiempo, cuando ganasen clientes, y experiencia en el sector (Cave, 2006). La efectividad de esta estrategia ha sido objeto de debate académico, pero en todo caso, la regulación del acceso debería ser diferente para el caso de las NGA ya que las redes en su mayor parte tienen que ser desplegadas aún (Cave, 2010; Valletti and Peitz, 2014). Además, dado el coste de la inversión, la competencia en infraestructuras puede no ser deseable, por el coste social de la duplicación de activos.

ii) Acceso a los contenidos *premium*. Hemos discutido con anterioridad la complementariedad

que existe entre el mercado de contenidos y las NGA, por ello, conseguir una regulación que garantice la competencia efectiva entre los operadores que ofrecen servicios de Internet requiere un acceso no discriminatorio a los contenidos *premium*. Por otra parte, las posibilidades de diferenciación de los operadores dependen al menos en parte de su posicionamiento en el mercado de contenidos, por lo que la regulación debe permitir que las empresas compitan en esta dimensión y obtengan ventajas competitivas. El equilibrio entre ambos objetivos no es sencillo.

iii) Empaquetamiento de servicios. El empaquetamiento de servicios es una importante variable competitiva para las operadoras, porque les permite trasladar poder de mercado de unos servicios a otros, pero también porque puede generar ganancias de eficiencia que permiten dar un mejor servicio a los consumidores. Es indudable, que las economías de alcance existen en el sector de las telecomunicaciones, y por ello, el empaquetamiento de los servicios puede ser deseable para los consumidores. Por lo tanto, el diseño de la regulación debe responder al doble reto de limitar el uso de poder de mercado, pero al mismo tiempo permitir que las empresas exploten las potenciales sinergias entre los distintos servicios. Finalmente, la regulación debería contemplar estas tres variables de forma conjunta, dado que existe interacción estratégica entre ellas.

V. CONCLUSIONES

El despliegue de las NGA en España presenta claros y oscuros. Por un lado, se ha invertido mucho en fibra los últimos años, reduciendo la brecha que existía con

el resto de los países europeos. La cobertura de accesos FTTH y cable con actualización DOCSIS 3.0 es por tanto razonablemente amplia. Sin embargo, existe el riesgo de que la inversión en NGA se ralentice cuando el despliegue de las zonas más densamente pobladas se haya realizado. Además, el número de conexiones en activo es todavía muy modesto.

Esto genera dos importantes retos regulatorios. Por un lado, diseñar una regulación que prolongue el esfuerzo inversor actual en las NGA, y por otro, conseguir un nivel de competencia suficiente que genere además ofertas comerciales atractivas a los consumidores, que aumenten la tasa de uso de las NGA, y ayuden a aprovechar la capacidad instalada en NGA. La regulación actual, coherente con las directrices europeas, hereda en cierta forma la filosofía que se aplicaba en la regulación de las redes de cobre, y distingue entre zonas donde existe competencia en infraestructuras y donde no existe. La principal conclusión del artículo es que hay que repensar dicho marco regulatorio no solo para promover más incentivos a la inversión en las zonas menos densamente pobladas, sino porque la competencia en infraestructuras no siempre será factible y deseable dado el tamaño de la inversión. Por último, este nuevo marco regulatorio debería tener en consideración que los incentivos de las empresas a invertir en redes de NGA y su comportamiento competitivo en el mercado depende en gran medida, de su posicionamiento en el mercado de contenidos y las posibilidades de empaquetamiento de servicios.

NOTAS

(*) Universitat Pompeu Fabra, Carrer Ramon Trias Fargas 25-271, and Barcelona Graduate School. juanjo.ganuja@upf.edu; tlf: +34 935 4227192.

<p>(**) Universidad de San Andrés y Conicet. Vito Dumas 284, Buenos Aires, fviecents@udesa.edu.ar. Se agradece la financiación del Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad, Gobierno de España (ECO2012-33392).</p> <p>(1) Ver el artículo «Corea del Sur cambia su modelo económico», <i>El País</i>, 11 de julio del 2015.</p> <p>(2) Con metodologías diferentes KOUTROUMPIS (2009) encuentra resultados similares.</p> <p>(3) La entrada de los OTT comienza a generar también una nueva discusión vinculada a la necesidad de redefinir los mercados frente a la presencia de agentes que generan nuevas presiones competitivas (PEITZ y VALLETTI, 2014).</p> <p>(4) La «teoría de la escalera de la inversión» (CAVE, 2006) pareció resolver en parte dicho conflicto, aunque recibió también críticas que cuestionan la validez de sus supuestos (BOURREAU, DOGAN and MANANT, 2010).</p> <p>(5) Véase CAMBINI y JIANG (2009) para una revisión de esta literatura. Para estudios empíricos más recientes véase GRAKEJ and ROLLER (2012) y NARDOTTO, VALLETTI and VERBOVEN (2015).</p> <p>(6) En este sentido, la teoría de la escalera de la inversión también debería ser revisada ya que los productos de acceso que posibilita la fibra son diferentes a los que ofrecía el cobre (CAVE, 2010).</p> <p>(7) Comisión Europea (2009).</p> <p>(8) Datos calculados por los autores con datos trimestrales provistos por la CNMC.</p> <p>(9) Datos del cuarto trimestre del 2014 calculados por los autores con datos provistos por la CNMC.</p> <p>(10) De acuerdo con las estadísticas de banda ancha de la OCDE (oecd.org/sti/ict/broadband), España ha sido el cuarto país en crecimiento anual, entre junio 2013 y junio 2014, en suscripciones de fibra, con un crecimiento del 109,24 por 100.</p> <p>(11) Recomendación 2010/572/UE de la Comisión, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación.</p> <p>(12) Véase Consulta Pública de la CNMC relativa a la definición y análisis del mercado de acceso local y de banda ancha al por mayor (Expediente ANME/D TSA/2154/14/ Mercados 3a 3b 4) de diciembre de 2014.</p> <p>(13) España ya cuenta con experiencias de despliegues NGA a nivel local. Véase GANUZA y VIECENS (2011) y GANUZA, PERCA y VIECENS (2011) para descripción y análisis de algunos de estos casos.</p> <p>(14) Véase ANALYSIS MASON (2008).</p> <p>(15) En MARISCAL, PASTOR y VIECENS (2014) se describen los mecanismos de compartición que habilitan el aprovechamiento de estas canalizaciones y redes alternativas, como así</p>	<p>también la importancia del rol facilitador de los gobiernos en cuestiones de coordinación y simplificación de procesos administrativos.</p> <p>(16) Para un análisis de intervenciones de este tipo véase GANUZA y VIECENS (2011), donde se discute el caso Xarxa Oberta de Cataluña.</p> <p>(17) Como la desintegración funcional llevada a cabo en el Reino Unido, que obliga a que internamente la empresa segregue contable y funcionalmente la unidad de negocio dedicada al despliegue y gestión de las NGA.</p> <p>(18) Fundamentalmente en Europa, EE.UU por su parte la abandonó rápidamente.</p> <p>BIBLIOGRAFÍA</p> <p>ANALYSIS MASON (2008), <i>The costs of deploying fibre-based next-generation broadband infrastructure</i>.</p> <p>ANDERSEN T.; BENTZEN J.; DALGAARD C.J., y SELAYA P. (2011), «Does the Internet Reduce Corruption? Evidence From U.S. States and Across Countries», <i>World Bank Economic Review</i>, 25: 387-417.</p> <p>ATASOY, H. (2013), «The Effects of Broadband Internet Expansion on Labor Market Outcomes», <i>Industrial and Labor Relations Review</i>, 66: 315-345.</p> <p>BOURREAU, M.; DOGAN, P., y MANANT, M. (2010). «A critical review of the "ladder of investment" approach», <i>Telecommunications Policy</i>, 34: 683-696.</p> <p>CAMBINI, C., y JIANG, Y. (2009). «Broadband investment and regulation: A literature review», <i>Telecommunications Policy</i>, 33: 559-574.</p> <p>CAVE, M. (2006). «Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment», <i>Telecommunications Policy</i>, 30: 223-237.</p> <p>— (2010). «Snakes and ladders: Unbundling in a next generation world», <i>Telecommunications Policy</i>, 34: 80 - 85.</p> <p>CERRE (2014). Network industries: efficient regulation, affordable & adequate services - CERRE Regulation Dossier for the Incoming European Commission 2014-2018. www.cerre.eu.</p> <p>COLOMBO, M.; CROCE, A., y GRILLI, L. (2012), «ICT Services and Small Businesses' Productivity Gains: An Analysis of the Adoption of Broadband Internet Technology», <i>Information Economics and Policy</i>, 25: 171-189.</p> <p>COMISIÓN EUROPEA (2009), Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, Diario Oficial de la Unión Europea, 2009 / C235 / 04.</p> <p>CZERNICH, N.; FALCK, O.; KRETSCHMER, T., y WOESSMANN, L. (2011), «Broadband Infrastructure and Economic Growth», <i>The Economic Journal</i>, 121: 505-532.</p>	<p>FERRAZ, C., y FINAN, F. (2008), «Exposing Corrupt Politicians: The Effect of Brazil's Publicly Released Audits on Electoral Outcomes», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 123: 703-745.</p> <p>FORMAN, C.; GOLDFARB, A., y GREENSTEIN, S. (2012), «The Internet and Local Wages: A Puzzle». <i>American Economic Review</i>, 102: 556-575.</p> <p>GANUZA, J.J., y VIECENS, M.F. (2011), «Deployment of high-speed broadband infrastructures during the economic crisis». <i>The case of Xarxa Oberta, Telecommunications Policy</i>, 35: 855-870.</p> <p>GANUZA, J.J.; PERCA, K., y VIECENS, M. F. (2011), «Las Redes de Nueva Generación: ¿un nuevo modelo para las telecomunicaciones en España?», <i>Cuadernos Económicos de Información Comercial Española (ICE)</i>, Nº 81: 243-265.</p> <p>GOYAL, A. (2010), «Information, Direct Access to Farmers, and Rural Market Performance in Central India». <i>American Economic Journal: Applied Economics</i>, 2: 22-45.</p> <p>GRAKEJ, M., y ROLLER, L.H. (2012), «Regulation and Investment in Network Industries: Evidence from European Telecoms», <i>Journal of Law and Economics</i>, 55: 189-216.</p> <p>INDERST, R., y PEITZ, M. (2014), «Investment under uncertainty and regulation of new access networks», <i>Information Economics and Policy, Elsevier</i>, 26: 28-41.</p> <p>KOUTROUMPIS, P. (2009), «The economic impact of broadband on growth: A simultaneous approach», <i>Telecommunications Policy</i>, 33: 471-485</p> <p>KUHN, P. J., y MANSOUR, H. (2011), «Is Internet Job Search Still Ineffective?», <i>Bonn: Discussion Paper 5955</i>, IZA.</p> <p>MANG, C. (2012), «Online Job Search and Matching Quality», Berlin: <i>Working Paper 147</i>, Ifo.</p> <p>MARISCAL, J.; PASTOR, P., y VIECENS, M.F. (2014), «Identificación de mecanismos de compartición. Definición de un modelo técnico y económico para la compartición de infraestructuras». Reporte de <i>Analysis Mason para la Corporación Andina de Fomento (CAF)</i>.</p> <p>NARDOTTO, M.; VALLETTI, T., y VERBOVEN, F. (2015), «Unbundling the incumbent: evidence from UK broadband», <i>Journal of the European Economic Association</i>, 13: 330-362.</p> <p>PEITZ, M., y VALLETTI, T. (2014). <i>Reassessing Competition Concerns in Electronic Communications Markets</i>, ZEW DP 14-101.</p> <p>VALLETTI, T. (2003), «The theory of access pricing and its linkage with investment incentives», <i>Telecommunications Policy</i>, 27: 659-675.</p>
--	---	--

Resumen

Este trabajo resume parte de la literatura reciente sobre los medios de comunicación, poniendo especial énfasis en el papel de los agregadores de noticias y su efecto sobre los periódicos electrónicos y la conveniencia o no de aprobar una regulación que fije una remuneración por sus contenidos. Los resultados empíricos indican que aunque los agregadores aumentan la competencia entre periódicos y pueden atraer parte de las visitas que obtendrían de otra manera, también aumentan su visibilidad, incrementando su demanda, particularmente si proporcionan contenidos de alta calidad. Este efecto puede ser beneficioso tanto para los periódicos mismos como para sus lectores.

Palabras clave: medios de comunicación, agregadores de noticias, provisión de noticias.

Abstract

In this work I summarize part of the recent literature about the media, placing special emphasis in the role of news aggregators and their effect on existing digital newspapers. I discuss whether it is convenient to pass regulations that determine the remuneration that these newspapers must receive for their content. The existing empirical results indicate that, although aggregators increase competition among newspapers, they also attract visitors that would not be accessible otherwise. This can increase newspaper visibility, expanding demand particularly for those that provide high quality content. This effect might be beneficial both for newspapers as well as for their readers.

Key words: media, news aggregations, news provision.

JEL classification: D40, L50, L82, O30.

LOS AGREGADORES DE NOTICIAS Y LA PRENSA ESCRITA EN LA ERA DE INTERNET

Gerard LLOBET

CEMFI

I. INTRODUCCIÓN

La realidad de los medios de comunicación ha cambiado substancialmente en los últimos años en gran parte debido a la creciente importancia de Internet. En muchos casos, los medios tradicionales están teniendo que competir por el tiempo y la atención con otras actividades como las redes sociales o el correo electrónico. Por el otro, Internet ha aumentado la competencia al reducir el coste de que emerjan nuevos medios de comunicación que se benefician de la distribución electrónica de su contenido y que, por tanto, requieren inversiones mucho más modestas. De entre todos, el medio de comunicación que sin duda se ha visto más afectado por esta revolución es la prensa escrita, cuyas ventas se han reducido en los últimos años de manera alarmante. Un informe de la OCDE calculaba que solo entre 2007 y 2009 la circulación en España había disminuido un 16 por 100. En países como EE.UU. esta reducción podría haber sido de cerca del 30% (1). Este desplome junto con la crisis económica ha tenido efectos devastadores sobre los ingresos por publicidad, siendo España un país especialmente afectado (2). Según los datos proporcionados por Infoadex, entre 2007 y 2013 los ingresos de los periódicos por publicidad se redujeron cerca del 65 por 100 (3).

En muchos aspectos el efecto de Internet sobre la prensa se

puede comparar al que ha tenido sobre la música, que ha enfrentado una mayor competencia (en ese caso debido a la piratería) y que como consecuencia ha necesitado reinventarse, con resultados aún impredecibles, después de más de diez años. En el caso de los periódicos, la disminución de la circulación ha obligado a reducciones de costes, habitualmente mediante recortes de plantilla y la explotación de nuevas fuentes de recursos. La importancia de los ingresos provenientes del periódico en papel ha disminuido en comparación con la edición electrónica, que genera nuevos ingresos por publicidad y por el pago para el acceso a contenidos extra, implementados habitualmente como una barrera de pago o *paywall*.

Esta nueva fuente de recursos proveniente de Internet ha sido lugar de controversia en los últimos tiempos debido al papel de nuevos agentes en el mercado, los agregadores de noticias que han ganado importancia al ordenar los contenidos de los periódicos facilitando el acceso a los lectores que estarían destinando cada vez una mayor parte de su tiempo en ellos en detrimento de los periódicos, limitando así sus ingresos por publicidad en la red.

Los diferentes frentes en los que se encuentran actualmente los periódicos hace muy difícil atribuir su declive a una causa en particular. Sin embargo, las autoridades en muchos países han

asignado parte de la culpa de la precaria situación de la prensa a la presencia de los agregadores y han presionado para que estos, y en particular Google News, compensaran a los periódicos por sus contenidos. Esta compensación en la práctica raramente ha tomado la forma de un pago explícito por el uso de contenidos. Así, en el caso francés Google accedió a contribuir con 60 millones de euros a un fondo para ayudar a los periódicos a adaptar su presencia a Internet.

Este tipo de acuerdos ha demostrado ser más efectivo para los periódicos que imponer la obligación a los agregadores de realizar pagos por el uso de contenidos. Esto es, por ejemplo, lo que buscaba en España la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 2014. Esta ley otorgaba derecho a los periódicos a fijar una compensación irrenunciable por el uso de sus contenidos. Es decir, los periódicos no podían negociar una disminución de la misma, por ejemplo, si pensaran que de otra manera el agregador no estaría interesado en ofrecer su contenido. El resultado de esta regulación es bien conocido. En diciembre de 2014 Google News anunció que dejaba de indexar contenido de periódicos españoles. Con ello, los periódicos han perdido una potencial fuente de ingresos pero además, y aunque aún es pronto, los datos de la Encuesta General de Medios de marzo de 2015 indican que las visitas de muchos de ellos se han podido ver reducidas notablemente (4).

En este trabajo hago un repaso somero de la literatura reciente sobre el mercado de la prensa, repasando sus decisiones de precios, posicionamiento ideológico y el papel de las nuevas tecnologías, lo que nos permitirá

entender algunos de los fenómenos mencionados anteriormente. Pondré especial énfasis en la evidencia tanto teórica como empírica acerca del efecto de los agregadores y, en particular, sobre si regulaciones como la mencionada anteriormente para el caso de España son consistentes con los datos disponibles.

II. EL PERIÓDICO COMO PLATAFORMA IDEOLÓGICA

El modelo de negocio de los periódicos tradicionalmente ha partido de complacer a dos colectivos distintos involucrados en su funcionamiento. Por un lado, están los lectores, interesados en el contenido del periódico y, por ello, dispuestos a pagar por su compra. Por el otro, los anunciantes tienen un interés limitado en el contenido del periódico, pero su disponibilidad a pagar por poner anuncios en el mismo depende de la cantidad de lectores a los que llegue y sus características socioeconómicas. Esto significa que el precio del periódico y de los anuncios está relacionado y no se puede analizar uno sin tener en cuenta el otro.

Aunque la interacción entre anunciantes y lectores ha sido discutida extensamente en la literatura su estudio sistemático ha recibido impulso en los últimos años a raíz del desarrollo de la literatura acerca de los mercados con dos lados. De manera general, esta literatura estudia las decisiones de una empresa cuyo valor está relacionado con la demanda que reciba de diferentes tipos de clientes interesados en la interacción entre ellos. Las empresas en este contexto serían plataformas que permitirían que los agentes interactuaran entre ellos. Así, para los anunciantes

un periódico sería una plataforma que les permitiría acceder a sus lectores. Otros ejemplos serían las tarjetas de crédito que facilitan los pagos entre sus titulares y los comercios, o los sistemas operativos que permiten la interacción entre desarrolladores de *software* y los usuarios finales.

La contribución básica de esta literatura es entender cómo se deben fijar los precios en cada uno de los lados del mercado teniendo en cuenta que estos precios afectarán la interacción entre los diferentes clientes. Así, un lado puede pagar un precio bajo si eso incrementa las ventas en ese lado con el objetivo de que aumente la demanda del otro tipo de cliente y así poder cobrar a este un precio mayor. Estos resultados tomaron especial relevancia a principios de este siglo en el contexto de una investigación de las autoridades de competencia europeas acerca del mercado de las tarjetas de crédito, donde este tipo de comportamiento es especialmente acusado. Así, muchos titulares de tarjetas de crédito están subsidiados (a veces reciben incluso una bonificación por utilizar la tarjeta) mientras que las tiendas pagan notables comisiones cada vez que una transacción se lleva a cabo con esa tarjeta. Esta literatura mostró que ese subsidio no debía ser interpretado necesariamente como síntoma de prácticas anticompetitivas. En realidad, la regulación óptima de estos mercados probablemente también daría lugar a subsidios aunque, naturalmente, de un monto distinto (Rochet y Tirole, 2002 y 2003).

La aplicación de este tipo de resultados a los periódicos es bastante natural. Los lectores compran el periódico a un precio subsidiado porque así incre-

mentan su circulación y con ello el atractivo para los anunciantes. Este fenómeno explica la existencia de periódicos gratuitos, por ejemplo. En este sentido, proporcionar contenido de mayor calidad y cobrar un precio menor por el periódico serían estrategias alternativas para atraer a los lectores. En este contexto, Anderson y Coate (2005) estudian las ineficiencias que pueden aparecer en este mercado.

En las últimas décadas la literatura también ha analizado las consecuencias de la competencia entre periódicos. Uno de los trabajos más influyentes es Mullainathan y Shleifer (2005), que estudia cómo la competencia entre periódicos afecta a las decisiones de precios de los mismos además de su posicionamiento ideológico. Este posicionamiento es un componente de los periódicos que ha sido tratado extensamente en la literatura (no necesariamente económica) y se puede originar tanto a partir del sesgo de los gestores del periódico como de los lectores del mismo. Mullainathan y Shleifer (2005) estudian el segundo motivo y consideran el caso de periódicos que intentan maximizar sus beneficios ofreciendo las noticias con una versión que atraiga a lectores que buscan noticias que reafirmen sus propios sesgos. Su modelo es parecido al de la ciudad lineal (ver Tirole, 1988) en el que dos empresas (en este caso dos periódicos) deben escoger donde localizarse dados unos consumidores que están uniformemente situados en ese intervalo. Como en ese modelo, sus resultados apuntan a que los periódicos tienen tendencia a sesgar las noticias con el objetivo de diferenciarse entre ellos. El motivo es que así se relaja la competencia en precios que pueden ejercer entre ellos mismos al

atender a audiencias muy segregadas. Como resultado, los autores muestran que un aumento en el número de periódicos reduce precios pero no mejora la calidad de la información que los lectores reciben. Ocurre más bien lo contrario. Cuando solo existe un periódico en el mercado su motivación para sesgar la presentación de las noticias es menos acusada.

Esta segregación de los lectores ha aumentado con la llegada de Internet, tal y como muestra Gentzkow y Shapiro (2011). Su medida de segregación se basa en hasta qué punto los lectores contrastan la información con medios de comunicación de diferentes signos ideológicos. Así, un mercado más segregado se correspondería con un mercado en el que los lectores acceden a la información desde medios políticamente más parecidos. Este incremento en la segregación asociada a los medios de comunicación electrónicos se podría explicar como resultado de tomar posiciones más extremas, lo que podría ser consistente con el incremento en la competencia que las menores barreras a la entrada existentes en la actualidad ha generado. Sin embargo, los autores no encuentran un incremento en la segregación entre los medios de comunicación electrónicos en el intervalo de tiempo que estudian (2004-2008), a pesar del incremento en el número de participantes en el mercado.

III. LOS AGREGADORES DE NOTICIAS

En los últimos años los periódicos se han visto también afectados por la aparición de agregadores de noticias. De la misma manera que, como mencionaba

anteriormente, los periódicos son un plataforma que relaciona lectores y anunciantes, los agregadores de noticias también toman la forma de una plataforma. En este caso, los agregadores son páginas que seleccionan noticias de numerosos medios de comunicación de acuerdo con criterios como su relevancia o su popularidad con el objetivo de adaptarse a las preferencias de los lectores. El mecanismo con el que esto se lleva a cabo depende del agregador. Algunos, como Google News, se basan en un algoritmo relacionado con el sistema de búsqueda del navegador para seleccionar contenidos. Otros, como Menéame (5), muy popular en España, se basa en la selección que sus mismos usuarios hacen de noticias relevantes. Los votos que los lectores otorgan a cada artículo condiciona su posición en el agregador y, por tanto, su popularidad. En la página web de estos agregadores el lector observa el título de la noticia, la fuente y habitualmente algunas líneas (las primeras) del artículo, con el objetivo de poder determinar mejor si le interesa visitar la página del periódico y ver así el contenido completo (6).

Al igual que en otras plataformas, el modelo de negocio de los agregadores consiste en generar valor en la interacción entre los dos lados del mercado, lectores y periódicos. Sin embargo, a diferencia del caso de otras plataformas, como los periódicos mismos, el modelo con el que se financian los agregadores es aún poco claro y ha dado lugar ya a muchos conflictos. Es poco habitual que los lectores de estos agregadores paguen por su uso o que los periódicos reciban remuneración por proporcionar sus contenidos. Así, aunque no existe un modelo estándar de negocio para estas plataformas,

es probable que en el futuro su financiación se base en la publicidad que la página web muestre o en casos como Google News mediante la monetización de la información que acumule sobre los lectores a través de anuncios más cercanos a sus preferencias en otros de sus servicios o en páginas de terceras partes.

La aparición de los agregadores ha generado presiones por parte de los periódicos para que las autoridades intervengan y regulen su comportamiento, que recuerda a la presión que en su momento llevó a las autoridades de competencia a la investigación en el mercado de las tarjetas de crédito. En ese caso, los negocios, se quejaban de las altas comisiones que pagaban a cambio de subsidiar a los consumidores. Con los agregadores la polémica en la mayor parte de los países se ha centrado en las quejas de los periódicos, que consideran que los extractos de las noticias (en inglés los *snippets*) que los agregadores publican en sus páginas constituyen una expropiación de sus contenidos, restando visitas a su página web y consecuentemente ingresos publicitarios o vía suscripción. Es por ello que en muchos países las asociaciones de periódicos han solicitado que la nueva legislación garantice una remuneración «adecuada» por su inversión en proporcionar información.

Un ejemplo de esta regulación es el caso español (7). En diciembre de 2014 se aprobó la nueva Ley de Propiedad Intelectual que en el apartado 2 del artículo 32 regulaba esta remuneración al decir:

«La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos

de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización.»

Sin embargo, a pesar de las quejas de los periódicos, aún existe poca evidencia sobre el perjuicio que podrían generar los agregadores. La incipiente literatura sobre el tema argumenta que podrían existir dos efectos contrapuestos sobre el tráfico de los periódicos como resultado de la presencia de un agregador. Por un lado, habría un efecto negativo. En la medida en que exponen pequeños extractos de las noticias, habrá lectores que no decidan leer la noticia completa en la página web del periódico, reduciendo sus visitas y con ello sus ingresos publicitarios. Este efecto recibe el nombre de «robo de negocio» (en inglés *business-stealing effect*). Por otro lado, la presencia de los agregadores puede tener también efectos positivos para los periódicos. Se aumenta la visibilidad de las noticias que pueden originar más interés, incrementando así el tráfico de lectores que de otra ma-

nera no las conocerían. Este es el efecto *expansión de mercado* (en inglés *market-expansion effect*). Cuál de los dos efectos predomina y, como resultado, cuál es el efecto de los agregadores de noticias sobre los beneficios de los periódicos es un tema puramente empírico que hasta ahora ha sido analizado por muy pocos trabajos, algunos de los cuales discuto a continuación.

Calin *et al.* (2013) analizan el efecto robo de negocio y, en particular, cómo la longitud de los extractos que un agregador muestra afectan las visitas a los periódicos. Para ello, utilizan un lector de noticias suizo, llamado Newscron (8). En la aplicación de este agregador para Ipad e Iphone analizan el efecto de variar la longitud de los extractos de noticias alrededor de los 245 caracteres, que es la longitud típica de los extractos de Google News. En particular, su estudio mide el efecto de la longitud de los extractos en el número de clicks a los periódicos utilizando una muestra de unos 2.000 usuarios de la aplicación. Sus resultados muestran que las visitas a los periódicos a partir de los extractos caen a medida que estos son más largos. Además, este efecto se extiende entre periódicos. Es decir, un extracto más largo de un periódico no solo disminuye el número de visitas que recibe esa noticia sino también noticias parecidas de otros periódicos.

Para analizar en que medida el segundo efecto (la expansión de mercado) es en la práctica relevante, Chiou y Tucker (2013) estudian un experimento natural relacionado con Associated Press, una cooperativa que incluye periódicos, radios y cadenas de televisión en Estados Unidos. En diciembre de 2009 vencía el acuerdo entre Associated Press y

Google por el cual se autorizaba a la segunda a publicar extractos de las noticias de la primera. La negociación de un nuevo acuerdo se demoró hasta mediados de febrero de 2010. Durante ese periodo Google dejó de publicar noticias de periódicos pertenecientes a Associated Press. Por tanto, la disminución del número de visitas en los periódicos entre diciembre de 2009 y enero de 2010 se podría atribuir a la no presencia de Associated Press en Google News.

Para llevar a cabo el análisis, los autores analizan los datos de visitas de Internet que la empresa Experian Hitwise recoge. El estudio se basa en comparar el cambio en el comportamiento de los visitantes de Google News comparados con los que visitaban Yahoo! News, plataforma que durante el periodo de estudio no sufrió ningún cambio contractual. El estudio mide el efecto de los agregadores en el tráfico de algunas de las 1.500 páginas web más importantes de Estados Unidos y muestra que para aquellos periódicos relacionados con Associated Press el número de visitas se redujo en un 0,006 por 100 durante el periodo de la renegociación. Esto significa, partiendo de una cuota promedio de los periódicos del 0,029 por 100, una disminución del tráfico de los periódicos de cerca del 20 por 100, que los autores estiman que podría implicar una pérdida de cerca de 80 millones de visitas mensuales.

Cuando desagregan por tipo de periódico obtienen que los efectos son mayores en dos segmentos del mercado. Por un lado, los periódicos locales se benefician más de los agregadores, al poder tener acceso a una audiencia global que de otra manera no les conocería. Por el otro, los periódicos con contenidos de

mayor calidad (medidos como los que tienen mayor número de ganadores de premios Pulitzer) salen más beneficiados de la presencia en el agregador.

Finalmente, el estudio de Athey y Mobius (2012) permite medir el efecto agregado de ambas fuerzas y, en especial, cómo operan a largo plazo. Para ello, se concentra en una muestra de 2.000 consumidores franceses en 2009 y observa el efecto de que proporcionen su código postal en el uso de Google News y, en especial, en su consumo de noticias locales (comparado con consumidores que no lo proporcionan). Sus resultados muestran que proporcionar un contenido personalizado incrementa las visitas a periódicos locales a corto plazo en casi un 26 por 100, que se estabiliza al 16 por 100 al cabo de ocho semanas. Un 5 por 100 del incremento se debe a la navegación directa, es decir, a consumidores que aprenden de la calidad de un medio y deciden leerlo directamente. Se observa además un incremento del 12 por 100 en el número de periódicos que los usuarios visitan. Los patrones de visitas a los periódicos, sin embargo, cambian, con una reducción de las visitas a la página principal debido a que Google News apunta directamente a la noticia.

La literatura teórica es también bastante incipiente. Entre los trabajos existentes destaca Jeon y Nasr (2013), que estudia la interacción entre los dos efectos mencionados anteriormente en el contexto en que un agregador utiliza noticias de dos periódicos. Como en Mullainathan y Shleifer (2005) los periódicos tienen un posicionamiento ideológico que atrae a lectores en función de su sesgo. Su decisión se basa en los temas a los que quieran proporcionar una bue-

na cobertura. En su modelo la calidad del periódico crece si el periódico cubre bien un mayor número de temas y esto conlleva, por supuesto, un mayor coste para el mismo. Los periódicos pueden escoger además a cuáles de estos temas quieren proporcionar mayor cobertura y si, en particular, quieren distinguir sus temas de los que su competidor cubre. Los periódicos se benefician de ofrecer mayor calidad porque al hacerlo los lectores dedican más tiempo a su página web y como consecuencia se ven más expuestos a los anuncios que en ella se muestran.

Los autores muestran que cuando no existen agregadores el solapamiento en la cobertura de las noticias no es relevante puesto que los lectores solo escogen un periódico dependiendo de su calidad y de su proximidad ideológica. En este contexto los autores muestran que las decisiones de calidad de los periódicos son substitutos estratégicos, usando la terminología de Bulow *et al.* (1985). Es decir, cuando un periódico decide aumentar su calidad el otro prefiere reducirla. El motivo es que cuando un periódico aumenta su calidad aumenta su cuota de mercado y disminuye la de su competidor, al que no le sale tan a cuenta invertir en calidad.

En este contexto los efectos de un agregador sobre el comportamiento de los lectores refleja de manera directa los efectos robo de negocio y expansión del mercado. Por un lado, el agregador reduce la atención de los lectores hacia los periódicos, que solo acceden a estos después de comprobar que las noticias son de alta calidad. Por el otro, el agregador permite comparar las noticias de diferentes medios según su calidad y dirigir el tráfi-

co a aquel que proporcione una mejor cobertura de las noticias de cada tema, expandiendo su cuota de mercado con las subsiguientes visitas.

Los autores muestran que, como resultado de estos dos efectos, las decisiones de las empresas pueden cambiar con la aparición del agregador. Así, el solapamiento entre las noticias a las que los diferentes periódicos dan gran cobertura ahora importa y los autores muestran que en equilibrio, dependiendo del efecto que domine, los periódicos o bien se intentan diferenciar lo máximo posible o cubren exactamente las mismas noticias. Así, cuando el efecto robo de mercado es relevante, los periódicos optan por la máxima diferenciación posible en las noticias a las que dan cobertura. Este resultado, sin embargo, tiene una interpretación distinta de la que aparecía en el modelo de Mullainathan y Shleifer (2005), discutido anteriormente. Menor solapamiento implica aquí un menor interés del lector por el agregador, puesto que no le permite contrastar diferentes versiones y leer aquel artículo cuyo contenido es más cercano a sus preferencias. Al debilitar al agregador la competencia se diluye.

En cambio, cuando el efecto de expansión del mercado es importante obtenemos el resultado contrario. Los periódicos cubren las mismas noticias. Como resultado, el interés de los lectores por el agregador aumenta porque anticipan que la misma noticia la podrán encontrar tratada de distinta manera según el periódico y, por tanto, es probable que encuentren una versión más cercana a sus preferencias personales. En ese caso, los autores muestran que las decisiones

de calidad de los periódicos deja de ser substitutos estratégicos y se convierten en complementos estratégicos. El motivo es que cuando un periódico proporciona una mayor calidad aumenta la cuota de mercado del agregador, lo que da incentivos al otro periódico a aumentar su calidad y así atraer al mayor número de lectores posibles del agregador con un sesgo parecido al suyo. Este efecto conlleva una mayor inversión en calidad.

Esta predicción de mayor solapamiento, sin embargo, no es general, tal y como muestra Dellaroca *et al.* (2013). Este trabajo estudia la decisión de los periódicos de beneficiarse de la información proporcionada por otros medios a través de hipervínculos y aumentar así su relevancia para los lectores. En general, sus resultados muestran que cuando las páginas que se relacionan de esta manera tienen características parecidas existe una profusión de hipervínculos entre ellas que aumentan sus beneficios y son también positivas desde el punto de vista social. El motivo es que las páginas tienen menos incentivos a producir contenido redundante y en su lugar es óptimo que cada una dedique sus esfuerzos a áreas distintas y luego vincule los contenidos de calidad del resto de las páginas (y reciba también vínculos a sus contenidos del resto de competidores). Este resultado, sin embargo, no se da si las páginas son muy distintas en términos de sus costes de ofrecer contenido de calidad. En ese caso, las que tienen un mayor coste optan por proporcionar poco contenido propio y ofrecer vínculos a las páginas cuyo coste es bajo. Este efecto del «viajero sin billete» reduce los incentivos de las páginas a proporcionar calidad y con ello el bienestar social.

En ese contexto los autores analizan el papel de un agregador como un caso extremo en el que la página no proporciona contenido de ningún tipo y el efecto «viajero sin billete» es máximo. Esto les permite identificar una tercera fuerza que complementa el efecto robo de negocio y expansión de mercado. El agregador aumenta la competencia entre periódicos que proporcionan contenido parecido. Como resultado, los periódicos optan por especializarse en la provisión de algunos contenidos y utilizar vínculos que apunten a contenidos de otros medios que sean complementarios. Este efecto aumenta la eficiencia en la medida en que los periódicos sean parecidos en términos de su eficiencia a la hora de proporcionar contenido y el efecto del «viajero sin billete» se mitigue.

El agregador también puede ser útil como vía para que los periódicos puedan discriminar entre diferentes lectores. Este es el punto de vista de Calzada y Ordóñez (2012), que interpretan la presencia de un agregador como la oportunidad de que un periódico pueda ofrecer distintas versiones de la misma noticia a diferentes audiencias. Así, habría una versión abreviada, o de baja calidad, que los consumidores con poco interés en la noticia podrían leer y otra de mayor calidad orientada a los consumidores que visitaran la página web del periódico. Al poder separar a las audiencias a través del canal al que acceden a las noticias la discriminación de precios podría ser más útil para el periódico, en la medida en que recibiera como compensación una parte de los ingresos que sus contenidos generaran para el agregador.

Otro aspecto importante de la relación entre los periódicos

que se ve afectado por la presencia de un agregador es la decisión de precios. El paso del modelo de papel a un modelo digital ha supuesto un cambio en la tarificación de los contenidos de los periódicos. Mientras antes se vendían las noticias como parte de un paquete a un precio fijo (es decir, el periódico), en el mundo digital se cobra por el acceso y el precio puede depender, por ejemplo, del número de noticias al que se accede. Por ejemplo, algunos periódicos ofrecen el acceso gratuito a un cierto número de artículos mensuales y a partir de ahí un pago por noticia. En otros casos, convive el pago de una suscripción electrónica, otra en papel y un pago por acceso. En este contexto el agregador incrementa la competencia entre los periódicos, que buscan capturar a consumidores que no son leales al mismo (no son suscriptores, por ejemplo) y que para cada noticia se informan a través del medio que consideran que proporciona una mejor relación calidad-precio. Esto es lo que estudia el trabajo de Rutt (2011). Su modelo parte del caso en que cada periódico recibe ingresos a través de la publicidad y del pago que los lectores hacen por acceder a las noticias *online*. Algunos lectores son fieles a un periódico mientras que otros acuden al agregador. Sus resultados muestran que pueden coexistir periódicos con diferentes modelos de negocio. Por un lado, puede haber periódicos gratuitos que atraigan mucho tráfico a través del agregador y, consecuentemente, grandes ingresos por publicidad, mientras que a la vez podemos observar a otros con un mayor precio para su acceso, mayor calidad y un menor número de lectores. Esta segunda estrategia conlleva menores beneficios por el lado de la publicidad que se pueden compensar por los

mayores ingresos derivados de los lectores.

En ese contexto, el trabajo permite analizar el efecto de incrementar la proporción de usuarios que hacen uso del agregador. Sus resultados muestran que los lectores están en general mejor, al aumentar la competencia entre periódicos y, por tanto, su necesidad de ofrecer alta calidad a menores precios. De manera sorprendente, también muestra que esta competencia puede conllevar mayores niveles de calidad de los periódicos, ofreciendo un argumento en dirección contraria al habitualmente esgrimido en contra de los agregadores. En particular, mientras que es cierto que un agregador puede captar parte de las visitas que los periódicos ya recibirían de otra manera, la competencia entre periódicos que origina puede proporcionar incentivos para que éstos aumenten su calidad. Este resultado reforzaría el obtenido por Jeon y Nasr (2013).

Otro efecto positivo de los agregadores aparece precisamente al permitir a los lectores verificar la calidad de la información que los periódicos proporcionan. Huang (2015) estudia este efecto. Los lectores al visitar la página de un periódico pueden sufrir la desutilidad de los anuncios que observan (o el precio por acceder a las noticias) sin saber si la información que se proporciona tiene una calidad que compense ese coste. Los agregadores al mostrar una parte de la noticia permiten al lector obtener una mejor idea sobre su calidad y solo visitar el periódico cuando esta es alta. Esta interacción puede tener un efecto positivo sobre el bienestar social al reducir el problema de riesgo moral. El efecto negativo es que algunos lectores, aquellos que valoran menos la noticia, pueden

no querer visitar la página web del periódico, reduciendo los ingresos por publicidad del mismo. Estas dos fuerzas son, de nuevo, la manifestación del efecto de expansión de mercado y robo de negocio, respectivamente. En este caso, estas dos fuerzas afectan la longitud óptima del extracto que escogería el agregador. Así, el estudio muestra que a diferencia de lo que habitualmente se presupone, el agregador no tiene incentivos a reproducir la mayor parte del texto sino solamente un extracto de longitud limitada. El motivo es que el agregador anticipa que si el periódico recibe poco tráfico y no se beneficia suficientemente de su inversión en calidad de la información decidirá no hacerlo, perjudicando también al agregador.

Este trabajo es también uno de los primeros que analiza la regulación óptima de los pagos entre el agregador y los periódicos y se concentra en mecanismos como pagos por visita. Los resultados muestran que a veces es beneficioso para la sociedad que el periódico reciba un pago por parte del agregador. El motivo es que eso permite aumentar la longitud de los extractos sin disminuir los incentivos del periódico a proporcionar contenidos de calidad. Estos extractos más largos benefician a aquellos lectores que no visitarían de otra manera el periódico. Sin embargo, este no es un resultado general y se muestra que a veces el pago óptimo puede ser en dirección contraria en la medida en que el agregador ayuda a difundir noticias que de otra manera los lectores no recibirían.

IV. CONCLUSIONES

En los últimos veinte años la literatura sobre los medios de co-

municación ha vivido una notable expansión de la mano de desarrollos teóricos como la teoría de mercados en dos lados. También, nos ha permitido profundizar sobre los determinantes y los efectos de su posicionamiento ideológico tanto desde el punto de vista teórico como empírico.

Irónicamente, esta expansión ha coincidido con una importante crisis de su modelo tradicional de negocio con la creciente competencia de Internet a través de los nuevos medios electrónicos, así como por la presencia de agregadores de noticias, que han reducido la capacidad de diferenciación que los periódicos habían conseguido en parte mediante su posicionamiento ideológico. Esta crisis ha creado una demanda para que las autoridades regulen el funcionamiento de esta nueva competencia. Sin embargo, aunque la literatura económica no es aún muy extensa, los trabajos apuntan a que no existe una evidencia clara acerca del efecto negativo de estos nuevos competidores no ya sobre el bienestar social sino tampoco sobre los periódicos mismos.

NOTAS

(1) OCDE (2010), disponible en <http://www.oecd.org/sti/oecdexaminesfutureofnewsandtheinternet.htm>

(2) De acuerdo con el mismo informe de la OCDE, la publicidad representaba en España el 53 por 100 de los ingresos de los periódicos en 2008.

(3) Ver <http://nadaesgratis.es/visual/neg-visual-y-basico-el-desplome-de-la-inversion-en-publicidad-y-la-crisis-de-los-medios-de-comunicacion>

(4) Ver <http://www.aimc.es/-Datos-EGM-Resumen-General-.html> .

(5) Ver <http://www.meneame.net> .

(6) Este no es el modelo de funcionamiento de todos los agregadores. Algunos, como Yahoo! News compran las noticias de los medios de comunicación y las publican en su propia página de manera completa.

(7) El mismo tipo de debate existe en otros países europeos como Francia o Alemania aunque a veces se ha optado por los acuerdos entre periódicos y agregadores, principalmente Google News.

(8) Ver <http://www.newscron.com>.

REFERENCIAS

- ANDERSON, S., y COATE, S. (2005), «Market Provision of Broadcasting: A Welfare Analysis», *The Review of Economic Studies*, 72(4): 947-972.
- ATHEY, S., y MOBIUS, M. (2012), «The Impact of News Aggregators on Internet News Consumption: The Case of Localization», *Documento de trabajo*.
- BULOW, J.; GEANAKOPOLOS, J., y KLEMPERER, P. (1985), «Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements», *Journal of Political Economy*, 93: 488-511.
- CALIN, M.; DELLAROCAS, C.; PALME, E., y SUTANTO, J. (2013), «Attention Allocation in Information-Rich Environments», *Documento de trabajo*.

CALZADA, J., y ORDOÑEZ, G. (2012), «Competition in the News Industry: Fighting Aggregators with Versions and Links», *Documento de trabajo*.

CHIOU, L., y TUCKER, C. (2013), «Digitalization and Aggregation», *Documento de trabajo*.

DELLAROCAS, C.; KATONA, Z., y RAND, W. (2013), «Media, Aggregators and the Link Economy: Strategic Hyperlink Formation in Content Networks», *Management Science*, 59(10): 2360-2379.

GENTZKOW, M., y SHAPIRO, J.M. (2011), «Ideological Segregation Online and Offline», *Quarterly Journal of Economics*, 126: 1799-1839.

HUANG, J. (2015), «Should Google Profit like a Taxi Driver?», *Documento de trabajo*.

JEON, D-S., y NIKROOZ (2013), «News Aggregators and Competition Among Newspapers on the Internet», *Documento de trabajo*.

MULLAINATHAN, S., y SHLEIFER, A. (2005), «The Market for News», *The American Economic Review*, 95(4): 1031-1053.

OECD (2010), «The Future of news and the Internet».

ROCHET, J.-C., y TIROLE, J. (2002), «Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations», *The RAND Journal of Economics*, 33(4): 549-570.

— (2003), «Platform Competition in Two-sided Markets», *Journal of the European Economic Association*, 1(4): 990-1029.

RUTT, J. (2011) «Aggregators and the News Industry: Charging for Access to Content», *Documento de trabajo* 11-19, NET Institute.

TIROLE, J. (1988), *The theory of industrial organization*, Massachusetts Institute of Technology.

EL IMPACTO DE LA NUEVA REGULACIÓN AEROPORTUARIA SOBRE LAS TASAS AÉREAS Y EL CONFLICTO ENTRE LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA (CNMC) Y AENA A CUENTA DE LA MISMA

Juan SANTALÓ

IE Business School

Resumen

En este artículo analizo el cambio en la regulación aeroportuaria en España aprobado en el año 2014 centrándome en la transformación de un sistema regulatorio de *single till* a uno de *dual till*. En primer lugar documento la importancia cuantitativa de este cambio, así como sus repercusiones a largo plazo en las tarifas aéreas. Encuentro que en el largo plazo las tarifas aéreas hubieran sido un 31 por 100 más bajas con una regulación *single till*. En segundo lugar analizo el conflicto entre AENA y el regulador español (la CNMC) sobre la manera correcta de asignar los costes de explotación aeroportuarios entre las actividades reguladas y las no reguladas. Esta asignación tiene una importancia capital en el nuevo régimen regulatorio de *dual till*. Argumento que hay importantes deficiencias en la metodología propuesta por la CNMC para estimar los costes que las actividades comerciales generan en los gastos de explotación de las actividades reguladas. Estas deficiencias invalidan el mandato de la CNMC de reducir en 69,8 millones de euros los gastos de explotación asignados a las actividades reguladas. Propongo una metodología alternativa que implemento utilizando una muestra de aeropuertos norteamericanos y una muestra de aeropuertos españoles. Desafortunadamente, la falta de acceso a información confidencial de AENA hace imposible la comparación de la metodología propuesta con la asignación actual de costes entre actividades comerciales y las actividades reguladas. Sin embargo, algunos estimadores sugieren que el impacto de las actividades comerciales sobre los gastos de explotación de las actividades reguladas es tenue.

Palabras clave: regulación aeroportuaria, *dual till*, coste de explotación.

Abstract

In this paper I analyze the change in Spanish airport regulation approved in 2014. I focus in the switch from a single till to a dual till regulatory regime. First I document the quantitative importance of this change and its long term repercussions on higher landing fees. I find that in the long term landing fees would be 31% lower with a single till regulation. Second I analyze the conflict between AENA and the Spanish regulator (CNMC) about the proper way to allocate the airport operating costs between regulated and unregulated airport activities. This cost allocation is critical in the new dual till regulatory regime. I find important deficiencies in the methodology proposed by the CNMC to estimate the costs that commercial activities cause to the operating cost of the regulated airport activities. These deficiencies invalidate the CNMC mandate of decreasing by 69.8 million euros the operating costs assigned to the regulated activities. I propose an alternative methodology to estimate the impact of commercial activities on airport operating costs that I implement using a sample of both US and Spanish airports. Unfortunately since I lack access to the confidential information of AENA I cannot compare the results I obtained with the current allocation of costs between regulated and unregulated activities. However some estimates suggest a weak link between airport operating costs and the intensity of its commercial activities.

Key words: airport regulation, dual till, cost allocation.

JEL classification: L50, L93.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) (1) no solo ha venido de la mano con la privatización parcial de Aena, sino que además ha introducido cambios de profundo calado en la regulación de la estructura tarifaria aeronáutica en España. El cambio fundamental que se ha introducido en el nuevo marco regulatorio consiste en el tránsito de un sistema de regulación de *single till* a uno de *dual till*. En este artículo discuto las consecuencias que dicho cambio pueden tener sobre la evolución de las tasas aeronáuticas en España

y sus consecuencias sobre la industria del turismo en términos del número de pasajeros. Este artículo también analiza el conflicto entre la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) y Aena sobre la asignación de costes entre las actividades aeroportuarias y no aeroportuarias. Este conflicto es una consecuencia directa de los retos regulatorios que conlleva un régimen de *dual till*. La estructura del artículo es como sigue. En primer lugar describo sucintamente las principales fuentes de ingresos de Aena, así como su régimen regulatorio. A continuación realizo una simulación acerca del impacto que tendrá una regulación de *dual till* sobre las tasas

aeroportuarias por pasajero. Una vez establecido la cuantía de dicho impacto analizo el conflicto entre la CNMC y Aena acerca de la correcta asignación de los costes de las actividades comerciales. Expongo varios puntos débiles de la argumentación de la CNMC y acabo proponiendo una metodología alternativa, que sin ser perfecta, no tiene las importantes deficiencias inherentes a la estimación econométrica de la CNMC. El artículo acaba con unas breves conclusiones.

II. PRINCIPALES FUENTES DE INGRESOS DE AENA Y BREVE DESCRIPCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS TARIFAS

España constituye una excepción entre los países de nuestro entorno al ser el único país europeo de gran tamaño que gestiona conjuntamente la inmensa mayoría de sus aeropuertos a través de un único ente (Bell y Fageda, 2008). Aena administra de manera centralizada e integrada 46 aeropuertos y dos helipuertos. Al igual que en cualquier otro ente aeroportuario, los ingresos de Aena se pueden clasificar entre ingresos aeronáuticos e ingresos no aeronáuticos. Los ingresos aeronáuticos representan todos aquellos ingresos relacionados directamente con los servicios a las aerolíneas, mientras que los ingresos no aeronáuticos son el resto de ingresos por otras actividades que desempeñan los aeropuertos a pasajeros y otras compañías. En estos últimos se diferencian dos tipos, los ingresos en la terminal y fuera de la misma. El cuadro n.º 1 muestra la distribución de dichos ingresos para Aena durante los años 2013-2014.

El cuadro n.º 1 muestra como los ingresos por la actividad aeronáutica constituyen el grueso de los

CUADRO N.º 1

DISTRIBUCIÓN DE GASTOS E INGRESOS DE AENA 2013-2014

	2013	2014
Ingresos actividad aeronáutica miles (€)	2.217.517	2.304.823
Gastos actividad aeronáutica (€)	(1.849.845)	(1.769.658)
EBITDA actividad aeronáutica (€)	1.067.541	1.219.736
Ingresos actividad comercial (€)	557.805	642.656
Gastos actividad comercial (€)	(199.399)	(176.943)
EBITDA actividad comercial (€).....	424.398	532.784
Ingresos actividades fuera de terminal (€)	149.723	172.331
Gastos actividades fuera de terminal (€)	(135.574)	(120.790)
EBITDA actividades fuera de terminal (€)	65.456	101.180

Fuente: Memoria de AENA, 2014.

ingresos de AENA. Sin embargo, hay que destacar que las actividades comerciales en la terminal son mucho más rentables. Mientras que la ratio de EBITDA sobre ingresos en el año 2014 es de cerca de un 83 por 100 para las actividades comerciales en la terminal, la misma ratio baja al 53 por 100 para las actividades aeronáuticas y al 58 por 100 para las actividades de fuera de la terminal. Como veremos más adelante, esta amplia diferencia en los márgenes tiene un impacto relevante para entender las consecuencias de la transición hacia un modelo regulatorio de *dual till*.

El DORA establece un marco regulatorio con un sistema de precios máximos para las denominadas actividades aeroportuarias básicas. Más concretamente el DORA especifica unos ingresos máximos por pasajero para las siguientes prestaciones aeroportuarias:

- Prestaciones por aterrizaje y servicios de tránsito de aeródromo.
- Prestaciones por salida de pasajeros, servicio a pasajeros con movilidad reducida y seguridad.
- Prestaciones por suministro de combustibles y lubricantes.
- Prestaciones por el uso de pasarelas.
- Prestaciones por servicio de asistencia en tierra
- Prestación por servicios meteorológicos.

Todas estas actividades se consideran prestaciones patrimoniales públicas y sus tarifas máximas se determinan de manera precisa por el regulador. Por el contrario, el resto de fuente de ingresos aeroportuarios no está sujeto a ninguna regulación *ex ante*. Ello no solo quiere decir que Aena tiene plena libertad para negociar las contraprestaciones por el alquiler para uso comercial de la superficie en la terminal como tiendas *duty free*, otras tiendas, restaurantes, publicidad o alquiler de vehículos; además hay una serie de actividades aeronáuticas para los que el regulador deja a Aena libertad para determinar precios privados según la lógica de mercado por considerarse servicios aeronáuticos no básicos. Las actividades que libremente pueden compensarse con este sistema de precios privados son:

- Sistema de energía a 400 Hz a las aeronaves.
- Alquiler de los mostradores de facturación.

- Acuerdo de servicios con otras empresas del grupo (básicamente ENAIRE) (2).
- Canon fijo por el almacenamiento y distribución de combustible en el recinto aeroportuario.
- Atención de pasajeros por una vía *fast-track*.
- Otros servicios aeroportuarios.

El DORA fija una fórmula para calcular la evolución de ingresos máximos por pasajeros en las actividades aeronáuticas básicas mencionadas más arriba, más concretamente el incremento máximo de dichas partidas ha de satisfacer la fórmula:

Incremento máximo ingresos por pasajero,

$$= \left(\frac{\text{Ingresos regulados requeridos por pasajero}_t}{\text{Ingresos regulados por pasajero}_{t-1}} - 1 \right) * 100$$

Donde los ingresos requeridos viene determinados por:

$$\text{Ingresos Requeridos}_t = \text{Gastos de explotación}_t + \text{Coste de capital}_t + \text{Ajustes}_t$$

Como muestran estas fórmulas, la idea es que básicamente los ingresos por las actividades aeronáuticas básicas compensen los gastos de los servicios incluyendo el coste de capital de Aena y las amortizaciones. Además, la regulación permite ciertos ajustes tanto para evitar saltos bruscos en los precios como para evitar deterioros en la calidad del servicio.

III. ANÁLISIS DEL IMPACTO EN LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS DE LA TRANSICIÓN DE UN SISTEMA DE SINGLE TILL A UNO DE DUAL TILL

Como ya he anticipado más arriba, la gran novedad introducida en el DORA consiste en pasar de un sistema de *single till* a uno de *dual till*. En un sistema de *single till* todos los ingresos comerciales obtenidos en la terminal aeroportuaria se sustraen de los gastos de explotación para calcular los ingresos requeridos regulados. Es decir, que mayores ingresos comerciales se corresponden con menores tarifas por los servicios aeronáuticos básicos. Por el contrario, en un sistema de *dual till* puro estos ingresos comerciales no se sustraen de los gastos de explotación y por ende los ingresos comerciales

no pueden contribuir a menores tarifas reguladas. Hasta la entrada en vigor del DORA, en España los ingresos comerciales se sustraían de los gastos de explotación para computar los ingresos regulados requeridos, es decir, se utilizaba un sistema de *single till*. En cambio, el DORA excluye la deducción de los ingresos comerciales de los gastos de explotación y por ello adopta un sistema de *dual till*.

Dado que los ingresos comerciales (incluyendo los precios privados) representaron en el 2013 cerca del 20 por 100 de los ingresos totales de Aena no hace falta hacer demasiados cálculos matemáticos para anticipar que este nuevo régimen regulatorio va a tener un impacto relevante al alza sobre las tasas aéreas a pagar por las aerolíneas sobre los servicios aeronáuticos básicos. Quizás por este motivo el DORA instaura dos mecanismos que de manera conjunta aplazan en el tiempo este incremento tarifario:

1) El DORA establece que hasta el año 2025 el incremento anual de las prestaciones reguladas no puede superar el 0 por 100. Es decir, el DORA decreta *de facto* una congelación de las tarifas reguladas durante un período de diez años. Si los ingresos obtenidos son menores a los ingresos regulados requeridos, el DORA permite la acumulación de un déficit de tarifa que eventualmente será debidamente compensado a una tasa igual a la el coste de capital de Aena.

2) El DORA crea un período de transición mediante el cual no se cambia repentinamente de un sistema de *single till* a un sistema de *dual till*. En este período de transición el DORA mantiene un sistema de *single till* para el año 2013 en el que todavía la totalidad de los ingresos comerciales se han sustraído de los gastos de explotación para estimar los ingresos regulados requeridos para paulatinamente ir decreciendo el porcentaje de ingresos comerciales que se sustraen a los gastos de explotación. Más concretamente para el año 2014, el DORA decreta que se deduzcan de los gastos de explotación el 80 por 100 de los ingresos comerciales. Este mismo porcentaje se irá reduciendo a un 60 por 100 en el 2015, un 40 por 100 en el 2016, un 20 por 100 en el 2017 para llegar en el año 2018 a un sistema de *dual till* puro en el que el 0 por 100 de los ingresos comerciales se deducirán de los gastos de explotación.

La combinación de los puntos 1) y 2) implica que a corto y medio plazo el impacto de pasar de un régimen de *single till* a un régimen de *dual till* no se verá reflejado en las tasas aeroportuarias. Sin

embargo, por mucho que el regulador lo quiera aplazar en el tiempo, la realidad es que en el largo plazo las tarifas reguladas de los servicios aeronáuticos en España necesariamente serán más altas de lo que hubieran sido con un régimen regulatorio de *single till*. El cuadro n.º 2 realiza una simple simulación sobre el impacto que tendrá en las tasas aeronáuticas por pasajero la transición a un sistema de *dual till*. Bajo ciertos supuestos de evolución del tráfico y de los ingresos comerciales detallados en la nota al pie, el cuadro n.º 2 muestra como para el año 2018 las tasas reguladas requeridas por pasajero serían 4,07 euros por pasajero más altos de lo que hubieran sido si se hubiera optado por un marco regulatorio con *single till*. En comparación hay que destacar que en el año 2013 los ingresos regulados por pasajero eran de 12,96, por lo que un impacto de 4,07 euros equivale a un incremento del 31 por 100 en las tasas aéreas por pasajero. Llegados a este punto hay que destacar que esos mayores ingresos requeridos no se traducirían automáticamente en mayores tasas cobradas a las aerolíneas. Por un lado, como he señalado más arriba, el DORA establece que no se pueden elevar las mismas hasta el 2025, con lo cual dicha subida puede diferir en el tiempo hasta que el Gobierno autorice a Aena a cobrar el déficit de tarifa que se genere. Por otro lado, quizás la evolución del coste de capital o la obtención de eficiencias en la gestión que redujeran los costes de explotación hubieran permitido una bajada de las tarifas reguladas. En este caso el impacto de la adopción de un régimen de *dual till* consiste en evitar las bajadas en las tarifas aéreas que se hubieran obtenido con otro régimen regulatorio.

IV. IMPORTANCIA DE LA ASIGNACIÓN DE COSTES ENTRE LAS DISTINTAS ACTIVIDADES EN UN SISTEMA DE *DUAL TILL* Y EL CONFLICTO ENTRE AENA Y LA CNMC

Como he descrito más arriba, un régimen de *dual till* implica que los ingresos obtenidos por las actividades comerciales en los aeropuertos no se sustraen de los gastos de explotación aeroportuarios para reducir los ingresos regulados requeridos. Al establecer dos tipos de ingresos con implicaciones diferentes en el nivel de ingresos regulados requeridos, cobra una capital importancia el mecanismo de asignación costes entre las actividades reguladas y las no reguladas. Si los costes de la actividad comercial se imputan de manera errónea a los costes de las actividades aeronáuticas reguladas, ello implicará que automáticamente se incrementen los ingresos regulados requeridos. Hay que resaltar que este impacto de la asignación de costes entre actividades no ocurriría en un sistema de *single till* donde al considerar todos los ingresos y gastos del aeropuerto de manera conjunta, la asignación de costes entre un tipo u otro de actividad no influiría en la cuantía de las prestaciones públicas requeridas como compensación por las actividades aeronáuticas básicas. Por tanto, en un régimen de *single till* no existe la conexión entre la asignación de costes entre una actividad u otra y el eventual incremento en los ingresos regulados requeridos por pasajero que sí existe en un sistema de *dual till*.

Tal como explica la CNMC (2014), la contabilidad analítica de Aena asigna los costes en función de las actividades y más concretamente reparte los

CUADRO N.º 2

IMPACTO SOBRE EL PRECIO DE LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS DEL PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA UNA REGULACIÓN DE *DUAL TILL*

% DUAL TILL	0	20	40	60	80	100
Ingresos aeronáuticos no sujetos al <i>price cap</i> (millones de €)	76,491	60,332	60,332	60,332	60,332	60,332
Ingresos por servicios comerciales (millones de €)	552,709	629,418	695,608	777,098	847,106	898,912
Total ingresos sin <i>price cap</i> (millones de €)*:	630,48	689,75	755,940	777,098	847,106	898,912
Disminución de la contribución al servicio aeroportuario básico (millones de €)**	0	137,95	302,376	466,259	677,684	898,12
Número de pasajeros (millones)	187,405	195,861	201,737	207,789	214,023	220,443
Menor contribución al servicio aeroportuario por pasajero *** (€)	0	0,70	1,50	2,24	3,17	4,07

Fuente: Los datos de los años 2013 y 2014 son datos reales provenientes de Aena. Los ingresos aeronáuticos no sujetos al *Price cap* se suponen constantes a partir del año 2015. El total de ingresos sin *price cap* para el año 2015 se toma de la página 43 del INF/DTSP/0002/14, documento elaborado por la CNMC. A partir del año 2015 se supone que los ingresos comerciales de Aena se incrementarán en el mismo porcentaje que aumentarán los retornos mínimos garantizados en el *Duty Free* según el folleto de emisión de las acciones de Aena. Se toma la tasa de incremento del *Duty Free* porque el folleto especifica que la duración del contrato con World Duty Freees tiene vigencia hasta el 2020 mientras que las rentas mínimas garantizadas de otras partidas no tienen contratos de tan larga duración. Por último se supone un incremento anual del volumen de pasajero del 3 por 100.

Notas: (*) Representa la suma de las dos filas anteriores (Ingresos aeronáuticos no sujetos al *Price cap* más los ingresos comerciales en la terminal).

(**) Representa el resultado de aplicar el % de *dual till* de la primera fila al total de ingresos sin *price cap* de la fila cuarta.

(***) Representa el resultado de dividir la menor contribución al servicio aeroportuario básico por el número de pasajeros.

costes de la terminal aeroportuaria en función de la superficie que ocupa cada actividad operativa. Pues bien, la CNMC considera que este criterio de adjudicación de costes subestima el impacto que tiene la actividad comercial en los gastos de explotación de las actividades aeronáuticas básicas y por este motivo la CNMC argumenta que los gastos de explotación de las actividades reguladas (las prestaciones patrimoniales públicas) están sesgados hacia arriba. Es decir, según la CNMC, la contabilidad de costes de Aena ocasiona un incremento no justificado de los ingresos regulados requeridos.

La CNMC expone varios ejemplos concretos de cómo las actividades comerciales pueden tener una influencia positiva en los costes de las actividades aeroportuarias reguladas. En primer lugar, siempre según la CNMC, las actividades comerciales pueden llevar a un sobredimensionamiento de la terminal. Los costes de este sobredimensionamiento deberían ser atribuidos en exclusiva a las actividades comerciales y no considerarse costes de explotación de las actividades aeronáuticas básicas. La CNMC también expone que las terminales se diseñan para maximizar los ingresos comerciales en lugar de ser diseñadas para minimizar los gastos de explotación y que este diseño diferente del óptimo repercute en unos mayores gastos de explotación del aeropuerto. Por último la CNMC argumenta que las actividades comerciales condicionan la elección de los elementos decorativos de la terminal, así como la localización de otros elementos clave como las salas de recogida de equipaje o los mostradores de facturación y que todo ello debería aumentar los gastos de explotación del aeropuerto. La CNMC considera que todos estos incrementos en costes no están debidamente asignados a las actividades comerciales cuando Aena reparte el coste de la terminal en función de la superficie utilizada por cada tipo de actividad. Dado que cualquier decremento en la contabilidad de los costes de las actividades reguladas implica un decremento en una relación de uno a uno en los ingresos regulados de Aena, no es sorprendente que el Consejo de Administración de Aena haya reaccionado de manera muy negativa ante este posicionamiento de la CNMC

Descripción de la metodología de la CNMC para obtener una mejor estimación los gastos de explotación de las actividades aeronáuticas básicas

Para atribuir el incremento en costes que soporta la actividad aeroportuaria debido a la actividad comercial, la CNMC recurre a una estimación econométrica que implica estimar la siguiente ecuación lineal:

$$\frac{IC_i}{PAX_i} = \delta_0 + \delta_1 \frac{ESPCOM_i}{PAX_i} + \delta_2 LOW\ COST_i + \delta_3 \frac{IC_i}{IT_i} + \delta_4 PAX_i + u_i \quad [1]$$

Donde IC_i representa los ingresos comerciales del aeropuerto i , PAX_i representa el número de pasajeros del aeropuerto i ; $ESPCOM_i$ representa el espacio dedicado a uso comercial en la terminal del aeropuerto i ; $LOW\ COST_i$ representa el porcentaje de viajeros que utilizan aerolíneas de bajo coste en el aeropuerto i ; mientras IT_i representan el total de los ingresos del aeropuerto i .

La CNMC atribuye el encontrar un δ_4 positivo y estadísticamente significativo como evidencia del impacto extra que tiene en los ingresos comerciales por pasajeros un mayor volumen de tráfico, y emplea esta estimación para atribuir los costes extras que debiera soportar las actividades comerciales. Mínimos cuadrados ordinarios (MCO) utilizando una muestra de 40 aeropuertos españoles. La CNMC estima la ecuación [1] empleando una metodología econométrica de Mínimos cuadrados ordinarios (MCO) utilizando una muestra de 40 aeropuertos españoles en la que el valor de las variables se corresponde con la media del valor obtenido para cada aeropuerto en el período 2011-2013.

Con este procedimiento, la CNMC (3) obtiene una estimación de δ_4 por igual a $4,45 \cdot 10^{-8}$. Según esta coeficiente, por cada millón de pasajeros, los ingresos comerciales por pasajero aumentan en 0,0445 céntimos de euro. Con este número, la CNMC supone –sin explicar muy bien por qué– que el impacto en los ingresos de los aeropuertos regionales es cero y utiliza el incremento extra de tráfico en el resto de aeropuertos para obtener una estimación de los ingresos comerciales extra obtenidos por los aeropuertos españoles aplicando la siguiente fórmula para cada aeropuerto i :

$$\Delta Ingresos_i = (PAX_i - PAX_{aeropuerto\ regional}) * 4,45 * 10^{-8} * PAX_i \quad [2]$$

Utilizando [2] la CNMC encuentra unos ingresos comerciales extra de 143,6 millones de euros. A continuación estima una relación entre los ingresos extra y los costes extra que genera la actividad comercial considerando que la relación de la ratio ingresos y costes de Aena ha de ser una constante, si la relación entre ingresos y costes de Aena es

constante unos mayores ingresos de 143,6 millones de euros implican mayores costes de explotación de 69,8 millones de euros. La CNMC no explica cuál es la lógica que le lleva a suponer esta relación constante entre Ingresos comerciales y costes de explotación que le permite obtener la estimación de que Aena ha de aumentar los costes de explotación de las actividades reguladas en 69,8 millones de euros.

Deficiencias en la metodología empleada por la CNMC

Tal como he señalado más arriba la CNMC tendría que haber justificado con mucho más rigor varios supuestos claves de su análisis. En primer lugar no parece bien fundamentado porque el aumento de ingresos comerciales en los aeropuertos se calcula teniendo en cuenta solo el incremento sobre el tráfico en los aeropuertos regionales. Además la CNMC no fundamenta por qué la relación entre ingresos y costes debiera mantener una ratio constante. Los costes fundamentales de un área comercial tales como el mantenimiento de áreas comunes, el coste de oportunidad del espacio, el acondicionamiento del mismo o la iluminación son costes fijos de producción que apenas deberían variar cuando se incrementaran los ingresos comerciales. Un mayor número de ventas no debería llevar aparejado un aumento significativo en los costes por lo que la naturaleza de la actividad comercial aeroportuaria sugeriría que la ratio ingresos sobre costes debería ser creciente con una mayor actividad y/ una mayor cuantía de ingresos. Este argumento implica que el aumento de costes estimado por la CNMC en 69,8 millones de euros (mayores costes por los ingresos extra de 143,6 millones de euros) está severamente sobrevalorado.

Dejando a un lado y sin querer incidir más en esta falta de explicación de la lógica que le lleva a la estimación de un incremento extra de los 69,8 millones de euros en los costes de explotación de las actividades reguladas, la metodología econométrica de Aena adolece de importantes limitaciones que hacen dudar seriamente de que la estimación del coeficiente de δ_4 como igual a $4,45 \cdot 10^{-8}$ sea correcta. Dada la enorme importancia que tiene para la metodología de la CNMC la estimación apropiada de este coeficiente, la existencia de estas deficiencias compromete seriamente la validez y rigurosidad de los argumentos de la CNMC.

A continuación demostramos de manera técnica como la estimación de la CNMC está sesgada en su misma construcción, ya que la inclusión del

término IC_t a ambos lados de la ecuación [1] crea sesgos no solo en la estimación del coeficiente δ_3 sino en el resto de coeficientes. Dada la importancia que supone en la metodología de la CNMC δ_4 nos centraremos en analizar el sesgo en la estimación de δ_4 que supone incluir en la regresión lineal el término $\frac{IC_i}{IT_i}$.

Para verlo de la manera más sencilla posible supongamos que tanto los ingresos comerciales como los ingresos aeronáuticos son una función lineal del número de pasajeros sin considerar ninguna otra variable, es decir:

$$\frac{IC_i}{PAX_i} = \bar{\alpha}_0 + \alpha_1 PAX_i + \epsilon_i \quad [3]$$

Donde ϵ_i mide cualquier idiosincrasia no observable del aeropuerto i que le hace tener unos ingresos comerciales por pasajeros mayores o menores que el que le correspondería en función de su volumen de pasajeros. Supondremos que esta variable sigue una distribución normal de media cero y desviación estándar σ_ϵ y que es independiente del número de pasajeros. De la misma manera supongamos para simplificar que los ingresos aeronáuticos siguen otra relación lineal con el número de pasajeros:

$$\frac{IA_i}{PAX_i} = \hat{\alpha}_0 + \alpha_2 PAX_i + v_i \quad [4]$$

Donde IA_i representa los Ingresos aeronáuticos del aeropuerto i y v_i mide el efecto de variables no observables del aeropuerto i sobre los ingresos aeronáuticos. También supondremos que v_i sigue una distribución normal de media cero y desviación estándar σ_v y que es independiente del número de pasajeros.

Además supondremos que los ingresos totales del aeropuerto, IT son la suma de los ingresos comerciales y los ingresos aeronáuticos:

$$IT_i = IC_i + IA_i \quad [5]$$

Con estos supuestos simplificadores, resaltar que la CNMC está interesada en estimar α_1 . En [3] que se corresponde con δ_4 en [1]. Pasamos a analizar el sesgo en dicha estimación de introducir el término

$\frac{IC_i}{IT_i}$. Manipulando [2] obtenemos:

$$\frac{IC_i}{PAX_i} = \alpha_0 + \alpha_1 PAX_i + \frac{IC_i}{IT_i} + \epsilon_i - \frac{IC_i}{IT_i} \quad [6]$$

Donde $\alpha_0 = \hat{\alpha}_0 + \bar{\alpha}_0$, podemos reescribir [5] como:

$$\frac{IC_i}{PAX_i} = \alpha_0 + \alpha_1 PAX_i + \frac{IC_i}{IT_i} + u_i \quad [7]$$

donde $u_i = \epsilon_i - \frac{IC_i}{IT_i}$. Si estimamos [5] con una metodología de mínimos cuadrados ordinarios tal como efectúa la CNMC vemos que la esperanza matemática de los coeficientes estimados, $\hat{\alpha}_1$, $\hat{\alpha}_2$ sería

$$\begin{pmatrix} E[\hat{\alpha}_1] \\ E[\hat{\alpha}_2] \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} Var[PAX] & Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] \\ Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] & Var[\frac{IC}{IT}] \end{pmatrix}^{-1} \begin{pmatrix} E[(PAX - E[PAX]) (\epsilon - (\frac{IC}{IT} - E[\frac{IC}{IT}]))] \\ E[(\frac{IC}{IT} - E[\frac{IC}{IT}]) (\epsilon - (\frac{IC}{IT} - E[\frac{IC}{IT}]))] \end{pmatrix} + \begin{pmatrix} \alpha_1 \\ 1 \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} Var[PAX] & Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] \\ Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] & Var[\frac{IC}{IT}] \end{pmatrix}^{-1} \quad [8]$$

$$\begin{pmatrix} E[(PAX - E[PAX]) \epsilon] - Cov(PAX, \frac{IC}{IT}) \\ E[(\frac{IC}{IT} - E[\frac{IC}{IT}]) \epsilon] - Var(\frac{IC}{IT}) \end{pmatrix} + \begin{pmatrix} \alpha_1 \\ 1 \end{pmatrix}$$

Dado PAX and ϵ son independientes entonces:

$$\begin{pmatrix} E[\hat{\alpha}_1] \\ E[\hat{\alpha}_2] \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} Var[PAX] & Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] \\ Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] & Var[\frac{IC}{IT}] \end{pmatrix}^{-1} \begin{pmatrix} -Cov(PAX, \frac{IC}{IT}) \\ E[(\frac{IC}{IT} \epsilon)] - Var(\frac{IC}{IT}) \end{pmatrix} + \begin{pmatrix} \alpha_1 \\ 1 \end{pmatrix} \quad [9]$$

Dado que ϵ sigue una distribución normal su tercer momento es igual a cero y utilizando una aproximación a la esperanza matemática del ratio de dos variables aleatorias podemos obtener que:

$$E\left[\frac{IC}{IT}(\epsilon)\right] = E\left[\frac{\alpha_1 PAX_i \epsilon_i + \epsilon_i^2}{(\alpha_1 + \alpha_2) PAX_i + \epsilon_i + v_i}\right] = \quad [10]$$

$$= -\frac{\alpha_1 \sigma_\epsilon^2}{(\alpha_1 + \alpha_2)^2 E[PAX]} + \frac{\sigma_\epsilon^2}{(\alpha_1 + \alpha_2) E[PAX]} + \frac{\sigma_\epsilon^2 [(\alpha_1 + \alpha_2)^2 E[PAX^2] + \sigma_\epsilon^2 + \sigma_v^2]}{(\alpha_1 + \alpha_2)^3 (E[PAX])^2} = K \quad [10]$$

$$\text{Donde } K = \frac{\alpha_2 \sigma_\epsilon^2}{(\alpha_1 + \alpha_2)^2 E[PAX]} + \frac{\sigma_\epsilon^2 [(\alpha_1 + \alpha_2)^2 E[PAX^2] + \sigma_\epsilon^2 + \sigma_v^2]}{(\alpha_1 + \alpha_2)^3 (E[PAX])^2} > 0$$

Después de esta elaboración podemos reescribir [9] como

$$\begin{pmatrix} E[\hat{\alpha}_1] \\ E[\hat{\alpha}_2] \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} Var[PAX] & Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] \\ Cov[PAX, \frac{IC}{IT}] & Var[\frac{IC}{IT}] \end{pmatrix}^{-1} \begin{pmatrix} -Cov(PAX, \frac{IC}{IT}) \\ K - Var(\frac{IC}{IT}) \end{pmatrix} + \begin{pmatrix} \alpha_1 \\ 1 \end{pmatrix} \quad [11]$$

[11] implica que:

$$E[\hat{\alpha}_2] = \frac{KE[PAX^2]}{Var[PAX] Var[\frac{IC}{IT}] - [Cov[PAX, \frac{IC}{IT}]]^2} \quad [12]$$

Donde $E[\hat{\alpha}_2] > 0$ porque el numerador es positivo y el denominador ha de ser no negativo debido a la desigualdad de Cauchy-Schwarz. Esto implica que

aunque en la realidad la ratio $\frac{IC}{IT}$ no tuviera ningún

impacto sobre los ingresos comerciales por pasajero una estimación de [5] por MCO podría reportar un coeficiente positivo y significativo, tal como reporta la CNMC, debido al sesgo originado por tener los Ingresos comerciales a ambos lados de la ecuación. Además, y de manera más relevante para los objetivos de la CNMC, existe un sesgo en la estimación de α_1 . Más concretamente:

$$E[\hat{\alpha}_1] = \frac{-Kcov(PAX, \frac{IC}{IT})}{Var[PAX]Var[\frac{IC}{IT}] - [cov[PAX, \frac{IC}{IT}]]^2} + [13]$$

[13] implica que la estimación de α_1 en [6] por MCO tiene un sesgo que viene determinado por el signo de $cov[PAX, (\frac{IC}{IT})]$ dado que K es positivo. Utilizando una expansión de Taylor de segundo orden de $\frac{IC}{IT}$ alrededor de la media de PAX, ϵ_i y v_i se puede demostrar que

$$cov(PAX, \frac{IC}{IT}) = \frac{-\alpha_2 \sigma_\epsilon^2 + \sigma_v^2 \alpha_1}{(\alpha_1 + \alpha_2)^3 E[PAX]} [14]$$

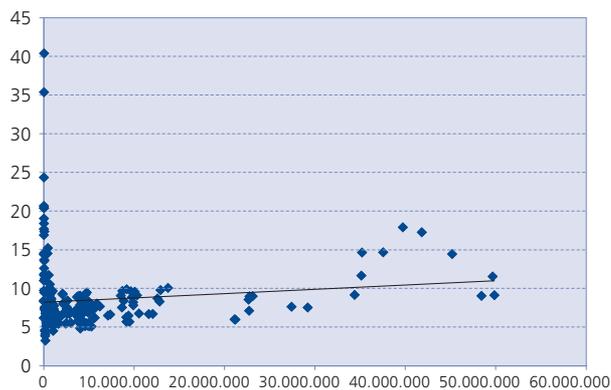
[14] implica que si $-\alpha_2 \sigma_\epsilon^2 + \sigma_v^2 \alpha_1 < 0$ entonces las estimaciones de la CNMC están sesgadas hacia arriba y por tanto habrían encontrado una sensibilidad de los ingresos comerciales por pasajero con respecto al número de pasajeros más elevada que la que se corresponde en la realidad. Dada la importancia que este número tiene para la estimación de los costes aeroportuarios que han de deducirse para calcular los ingresos regulados requeridos este sesgo compromete potencialmente todos los cálculos del informe regulatorio de la CNMC por el que afirma que Aena S.A sobrestima los gastos de explotación de las actividades aeronáuticas básicas en 69,8 millones de euros .

Hay que resaltar que el argumento previo no implica necesariamente que no existe una relación positiva entre el número de pasajeros y los ingresos comerciales por pasajero. Los gráficos 1 y 2 sugieren que no es descabellado pensar que efectivamente existe esta relación positiva. El punto esencial del razonamiento algebraico de más arriba reside en que el procedimiento econométrico empleado por la CNMC puede sesgar hacia arriba dicha estimación encontrando una relación con un valor que es mucho más elevado del real.

Discusión de por qué el mecanismo de corrección de la endogeneidad empleada por la CNMC es insuficiente y erróneo

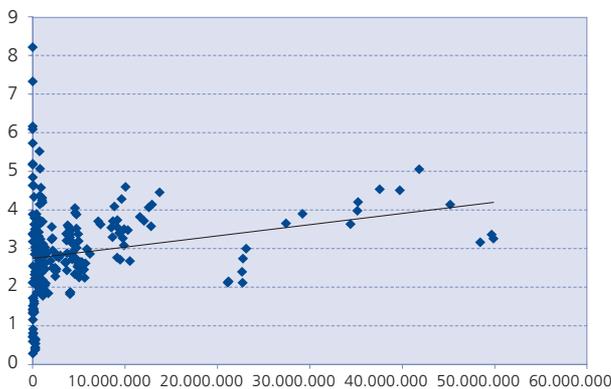
Para acabar esta sección sobre las deficiencias de la metodología empleada por la CNMC es necesario

GRÁFICO 1
INGRESOS NO COMERCIALES POR PASAJEROS EN FUNCIÓN DEL NÚMERO DE PASAJEROS



Fuentes: Elaboración propia con datos de las Memorias de AENA 2009-2014 incluyendo todos los aeropuertos de la red Aena con más de 10.000 pasajeros por año.

GRÁFICO 2
INGRESOS COMERCIALES POR PASAJERO EN FUNCIÓN DEL NÚMERO DE PASAJEROS



Fuentes: Elaboración propia con datos de las Memorias de AENA 2009-2014 incluyendo todos los aeropuertos de la red Aena con más de 10.000 pasajeros por año.

resaltar que la corrección por endogeneidad realizada por la CNMC y explicada en la página 60 de CNMC (2014) no corrige los sesgos recién señaladas. La estrategia de la CNMC para afirmar que sus estimaciones no están sesgadas por la endogeneidad consiste en utilizar una estimación por variables instrumentales. Para que este tipo de estimación proporcione estimaciones no sesgadas se necesita una variable instrumental que esté relacionado con la variable explicativa, en este caso el volumen de

pasajeros, y no relacionado con el término de error en la ecuación [1]. La CNMC escoge como variable instrumental el movimiento de aeronaves por aeropuerto. Parece razonable pensar que el movimiento de aeronaves estará correlacionado con el movimiento de pasajeros y en este sentido es una buena variable instrumental. Sin embargo, no parece en absoluto justificado el pensar que el movimiento de aeronaves no estará relacionado con el término de error en [1]. Cualquier variable no observada a nivel de aeropuerto de forma individual que esté relacionada con el número de pasajeros es igualmente probable que esté relacionada con el movimiento de aeronaves. Por ejemplo si un atentado terrorista en el Norte de África aumenta el número de pasajeros y los ingresos comerciales en algún(os) aeropuertos, es igualmente probable que aumente el número de movimientos aeronave en ese (esos) aeropuertos. Por ello el movimiento de aeronaves por aeropuerto tiene los mismos problemas de endogeneidad que el volumen de pasajeros y ello invalida su uso como variable instrumental.

Esto significa que las estimaciones de la CNMC tienen un sesgo positivo y como tal están sobrestimando el impacto del número de pasajeros sobre los ingresos comerciales por pasajero. Teóricamente, incluso podría darse el caso que los ingresos por pasajero no dependieran del número de pasajeros, es decir que α_i fuera igual a cero, y la metodología de la CNMC proporcionará un estimador MCO que fuera positivo y estadísticamente significativo. Dada la relevancia que da la CNMC al coeficiente estimado de $\hat{\alpha}_i$, para calcular el aumento de los costes aeroportuarios ocasionados por la actividad comercial, es necesario resaltar que el proceso de estimación de este coeficiente seguido por la CNMC está sesgado hacia arriba.

V. PROPUESTA DE UNA ESTIMACIÓN ALTERNATIVA PARA ESTIMAR EL IMPACTO DE LAS ACTIVIDADES COMERCIALES SOBRE LOS GASTOS DE EXPLOTACIÓN AEROPORTUARIOS

Para estimar el impacto de las actividades comerciales en los costes de explotación aeroportuarios para hacer una mejor asignación de costes sería muy útil que la literatura académica especializada ya hubiera llevado a cabo dicha estimación aunque fuera en algún otro país dadas las similitudes entre la manera de operar de los aeropuertos a nivel internacional. Sin embargo, no he podido encontrar ningún estudio publicado que responda a esta pregunta. Lo más parecido es McCarthy (2014) estima

la función de costes de los aeropuertos en dos escenarios diferentes, uno teniendo en cuenta las actividades no aeronáuticas y otra función de costes sin tenerlas en cuenta. El problema es que de manera crucial para el objetivo del presente informe, debido a la falta de datos no incluyó una función de costes que tuviera en cuenta *retailing* y comida. Así, las únicas variables de las actividades no aeronáuticas del aeropuerto que incluyen son: infraestructuras (terminal y terreno), parking y alquiler de coches. Teniendo en cuenta estas limitaciones, McCarthy (2014) reporta los siguientes hallazgos que expongo en los cuadros n.º 3 y 4:

CUADRO N.º 3

ESTIMACIÓN DE COSTE MEDIO Y COSTE MARGINAL POR PASAJERO EN LOS AEROPUERTOS AMERICANOS SEGÚN MCCARTHY (2014) EN MILLONES DE DÓLARES POR MILLÓN DE PASAJEROS. ESTIMACIÓN SIN TENER EN CUENTA DIFERENCIAS EN ACTIVIDADES NO AERONÁUTICAS

	COSTE MEDIO	COSTE MARGINAL
Toda la muestra	11,28	8,02
Hubs grandes	12,66	8,96
Hubs pequeños	9,67	6,91

CUADRO N.º 4

ESTIMACIÓN DE COSTE MEDIO Y COSTE MARGINAL POR PASAJERO EN LOS AEROPUERTOS AMERICANOS SEGÚN MCCARTHY (2014) EN MILLONES DE DÓLARES POR MILLÓN DE PASAJEROS. ESTIMACIÓN CONSIDERANDO LAS DIFERENCIAS EN ACTIVIDADES NO AERONÁUTICAS

	COSTE MEDIO	COSTE MARGINAL
Toda la muestra	11,37	8,53
Hubs grandes	12,76	9,58
Hubs pequeños	9,80	7,34

Como puede deducirse de las estimaciones de los cuadros n.º 3 y 4, McCarthy encuentra que al considerar las actividades no aeronáuticas el coste medio por millón de pasajeros aumenta mínimamente, un 0,80 por 100 (4), mientras que el coste marginal aumenta un 6,35 por 100 (5). Sin embargo, como ya he señalado, el estudio de McCarthy (2014) no tiene en cuenta las tiendas o los restaurantes, que es precisamente las actividades a las que apunta la CNMC cuando advoca por un mayor aumento en los costes de explotación aeroportuarios como consecuencia de las actividades comerciales.

Dado este aparente vacío en la literatura especializada a continuación realizo una estimación directa del impacto de los ingresos comerciales en los gastos de explotación aeroportuarios. Los numerosos problemas señalados en la sección anterior y sobre todo el sesgo de la metodología empleada por la CNMC hacen sorprendente la elección metodológica por parte del organismo regulador. Si el objetivo de la CNMC consiste en estimar el incremento en costes debido a la actividad comercial, una estimación econométrica que parece más natural (aunque tampoco está exenta de problemas) consiste en correr la siguiente regresión:

$$CO_{it} = \beta_0 + \beta_1 C_{it} + \text{controles}_{it} + u_{it} \quad [15]$$

Donde CO_{it} representa el total de costes operativos del aeropuerto i el año t . La idea esencial sería la estimación directa del incremento en los costes debido a las operaciones comerciales en el aeropuerto, es decir el coeficiente β_1 . Tal como en la metodología de la CNMC controlo por el porcentaje de viajeros que viajan en aerolíneas *low cost* y por el volumen total de pasajeros. El motivo de estos controles es asegurarnos que la estimación de β_1 recoge verdaderamente el impacto de las actividades comerciales en costes y no otros factores. Podría darse el caso que los ingresos comerciales estuvieran relacionados con el tipo de pasajeros que utilizan el aeropuerto y los pasajeros que viajan *low cost* gastaran proporcionalmente más que los que vuelan en las aerolíneas tradicionales. Si ese fuera el caso el no introducir esta variable de controlar ocasionaría que estimáramos un β_1 con un valor medio más elevado que el real. De la misma manera, es necesario controlar por el volumen de pasajeros. Un mayor número de pasajeros puede ocasionar a la vez unos mayores costes de explotación del aeropuerto y unos mayores ingresos comerciales. Por ello omitir este control de la regresión llevaría a como en el caso anterior sobrestimar el impacto de los ingresos comerciales sobre los costes.

Además, en las estimaciones que se realizan a continuación es fundamental controlar por los efectos fijos de cada aeropuerto en cuestión. Por ejemplo puede darse el caso que la estructura de la terminal aeropuerto (semicircular, con forma de muelle, con terminal satélite, etc) lleve a la vez a mayores costes de explotación y mayores ingresos comerciales. También podría darse el caso que los aeropuertos con una estrategia más centrada en el tráfico de conexión tengan a la vez costes de explotación mayores e ingresos comerciales más

elevados. En ambos casos ello sesgaría hacia arriba la estimación de β_1 . Por estos motivos, así como para asegurarnos que no estamos obteniendo una estimación sesgada de los coeficientes debido a una característica no observable de los aeropuertos, es imprescindible introducir efectos fijos de aeropuerto. Es decir, suponemos que

$$u_{it} = \mu_i + \varepsilon_{it} \quad [16]$$

y en las regresiones introduzco una variable dummy por cada uno de los aeropuertos existentes en la muestra. Con ello me aseguro que la estimación no está sesgada por la existencia de características no observables del aeropuerto constantes a través del tiempo. Por último, la observación de cada uno de los aeropuertos puede presentar un error ε_{it} que esté correlacionado a través del tiempo y con una varianza diferente para cada aeropuerto. De ser el caso, eso afectaría negativamente a la precisión con la que podemos medir los intervalos de confianza de nuestro estimador y por ello las inferencias que pudiéramos hacer serían erróneas. Por ello en todas las estimaciones los errores estándares que presento están agrupadas (clustered) al nivel de cada aeropuerto individual.

Estimación del impacto de los ingresos comerciales en los gastos de explotación aeroportuarios empleando una muestra de aeropuertos de EE.UU.

Dada la importancia de utilizar efectos fijos de aeropuerto, cuyos motivos he detallado más arriba, resulta necesario estimar la ecuación [15] introduciendo efectos fijos de aeropuerto. Para ello se necesitan el mayor número posible de observaciones por aeropuerto. En el caso español están disponibles observaciones para cinco años. Si bien cinco años son suficientes para estimar [15] he estimado la citada ecuación utilizando también datos de aeropuertos estadounidenses dado que la Federal Aviation Administration (FAA) proporciona en su página web los datos necesarios desagregados a nivel del aeropuerto individual desde hace casi dos décadas. Este alto número de observaciones por aeropuerto me permite correr regresiones con efectos fijos de aeropuerto con más confianza en la fiabilidad de los resultados obtenidos.

Para este fin, empleo los 66 aeropuertos más importantes de EE.UU. (todos los que son *hubs*, grandes o pequeños) con información individualizada desde el año 1996 hasta el año 2011 que son los años disponibles en el momento que se bajaron

los datos. Las variables que he utilizado para estimar la ecuación [15] son las siguientes, todas ellas provenientes de la FAA.

Variables dependientes: diferentes medidas de los costes de explotación del aeropuerto

Como variables dependientes utilizo dos variables. Una son el total de costes de explotación de cada aeropuerto individual. Estos costes incluyen tanto los costes operativos propiamente dichos como los intereses del capital empleado. Además corro todas las regresiones con la variable coste de explotación por pasajero que es simplemente el resultado de dividir el total de los gastos de explotación aeroportuarios por el número de pasajeros.

Variables independientes: diferentes medidas de los ingresos de las actividades comerciales

Dado que el objetivo consiste en estimar el impacto de la actividad comercial en los costes del aeropuerto, empleo dos variables diferentes para medir la importancia de la actividad comercial. En primer lugar utilizo el porcentaje de ingresos no aeronáuticos que obtiene el aeropuerto sobre el total de ingresos del mismo (*porcentaje Ingresos comerciales*). Los ingresos aeronáuticos incluyen tanto los ingresos que obtiene el aeropuerto por las actividades comerciales en la terminal como otros ingresos proveniente por actividades fuera de la terminal como son los ingresos por parking o el alquiler de espacio a las agencias de alquiler de coches. Por otro lado utilizo el logaritmo natural de la ratio correspondiente al importe de los ingresos no aeronáuticos divididos por el número de pasajeros (*Ingresos comerciales por pasajero*).

Además, empleo como medida de la importancia de la actividad comercial el total del espacio dedicado a las ventas minoristas en la terminal. Desafortunadamente este dato no lo proporciona la FAA y lo hemos obtenido de una fuente alternativa, el Airport Revenue News Factbook, pero esta fuente solo proporciona información desde el año 2005. Por ello, en las regresiones en las que utilizo esta variable independiente el tamaño muestral se reduce de 1132 observaciones aeropuerto-año a tan solo 485.

Variables de control

Efectos fijos de aeropuerto. Como he explicado más arriba, es fundamental controlar por efectos

fijos de aeropuerto que eviten que las estimaciones estén sesgadas por la presencia de variables no observadas en cada aeropuerto que estén relacionadas a la vez con los costes de explotación y los ingresos comerciales.

Efectos fijos de año. El tráfico aéreo se caracteriza por tener un comportamiento cíclico importante y está relacionado con la salud de la economía en un momento determinado del tiempo. En años buenos de la economía puede darse un incremento de demanda del tráfico aéreo que repercuta en mayores ingresos comerciales por la mayor renta disponible de los pasajeros y a la vez en un aumento de los costes por un aumento en salarios conducido por mayores tensiones en el mercado laboral. Por ellos en todas las regresiones he incluido efectos fijos por año que capturan diferentes momentos temporales del ciclo económico, así como otras eventos temporales que pueden afectar el conjunto de la industria aeroportuaria como los atentados terrorista del 11 de septiembre del 2001.

Volumen de pasajeros (Pax). Un mayor número de pasajeros repercute tanto en los costes de explotación como en los ingresos comerciales aeroportuarios y por ello es necesario introducirlo como variable de control en nuestras especificaciones econométricas.

Porcentaje de pasajeros low cost (porcentaje lowcost). Los pasajeros que vuelan en aerolíneas *low cost* tienen un comportamiento diferente en términos de ingresos comerciales que difieren de los pasajeros de aerolíneas tradicionales. Más concretamente los pasajeros *low cost* suelen gastar más en el apartado de comida y menos en las otras conexiones comerciales aeroportuarias). Además, la configuración de las actividades aeroportuarias para las aerolíneas *low cost* difieren de la configuración de actividades aeroportuarias para las aerolíneas tradicionales (Graham, 2014) y esta diferencia puede ocasionar diferencias en los costes de explotación de cada aeropuerto individual. Estas circunstancias aconsejan introducir como variable de control en las regresiones el porcentaje de pasajeros que vuelan en aerolíneas *low cost*.

El cuadro n.º 5 muestra las estadísticas descriptivas de las variables que empleo en el análisis econométrico. Destaca que la muestra incluye aeropuertos tan grandes como Atlanta que llega a 88 millones de pasajeros al año y aeropuertos mucho más pequeños como el ANC Ted Stevens con un volumen de pasajeros que oscila entre cuatrocientos mil y poco más de quinientos mil pasajeros durante todo el período

CUADRO N.º 5

ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA MUESTRA DE AEROPUERTOS DE EE.UU. EMPLEADA, 1996-2011

	MEDIA	MEDIANA	DESVIACIÓN TÍPICA	MIN	MAX	N
Pasajeros (millones)	17,32	10,53	16,53	0,42	88,83	1132
Ingresos aeronáuticos (millones de \$)	81,04	39,54	107,20	0,93	78,24	1132
Costes de operación (millones de \$)	105,70	58,31	124,35	4,81	903,23	1132
Ingresos no aeronáuticos (millones de \$)	68,52	41,85	65,46	3,41	39,42	1132
% Pasajeros <i>low cost</i>	9,22	0	19,26	0	100	1132
Ingresos no aeronáuticos por pasajero (\$)...	4,51	4,29	1,99	1,02	14,34	1132
Superficie comercial (pies cuadrados)	66.191	40.193	68.552	0	705.700	485
% Ingresos no aeronáuticos.....	51,65	52,93	13,60	8,76	92,08	1132

muestral (1996-2011). Los ingresos aeronáuticos por pasajero también exhiben un grado de variación considerable. La media es de 4,51 dólares por pasajero, pero el aeropuerto de Cincinnati International tiene unos ingresos no aeronáuticos de poco más de un dólar por pasajero mientras que Huntsville International ha llegado a disfrutar de ingresos no aeronáuticos superiores a catorce dólares por pasajero. El cuadro n.º 5 muestra también la gran diversidad exhibida por los aeropuertos en mi muestra tanto en superficie comercial como en los ingresos aeronáuticos.

Estrategia empírica

Para la identificación de los resultados seguimos la metodología expuesta en McCarthy (2014) y estimamos una función de costes *translog* con la siguiente forma funcional:

$$\begin{aligned} \log OC_{it} = & \beta_0 + \beta_1 (\log_{it} - \log \bar{q}_i) + \beta_2 (\log_{it} - \log \bar{q}_i)^2 + \\ & + \beta_3 (\log com_{it} - \log \bar{com}_i) + \beta_4 (\log_{it} - \log \bar{q}_i) \\ & (\log com_{it} - \log \bar{com}_i) + \text{Controles} + \mu_i + \varepsilon_{it} \end{aligned} \quad [17]$$

Donde \bar{x}_i representa la media de la variable x para el aeropuerto i a través del tiempo (McCarthy, 2014) y como está indicado se emplea el logaritmo natural de todas las variables. Como hemos mencionado anteriormente empleamos efectos fijos de aeropuerto y estimamos los errores estándar de la regresión agrupando los mismos al nivel del aeropuerto individual.

El cuadro n.º 6 muestra los resultados de estimar [17] utilizando el total de los costes de explotación del aeropuerto como variable dependiente y diferentes especificaciones de la importancia de los ingresos comerciales como variable independiente.

El cuadro n.º 6 muestra como en las especificaciones con toda la muestra los costes totales de explotación crecen con el número de pasajeros pero con una elasticidad menor que uno. Ello implica que existen economías de escala y que los costes de explotación por pasajero decrecen con el número de pasajeros. En relación al objetivo del presente artículo, el cuadro n.º 6 nos enseña cómo los efectos comerciales parecen no tener ningún impacto sobre los costes totales de explotación aeroportuarios en dos de las tres especificaciones empleadas. En el único caso en el que parece que efectivamente mayores ingresos comerciales van acompañados de un aumento en los costes de explotación es cuando se emplea los ingresos comerciales por pasajero. Sin embargo, ni la superficie comercial ni el porcentaje de ingresos aeronáuticos sobre el total de ingresos parecen afectar de manera significativa a los costes.

En el cuadro n.º 7 repetimos la estimación de la ecuación [17], pero utilizando los costes de explotación medios por pasajero como variable dependiente.

Los resultados del cuadro n.º 7 van en la misma dirección que los resultados obtenidos en el cuadro n.º 6. Hay que resultar que en las tres especificaciones siempre se obtiene de manera significativa que el volumen de pasajeros esta negativamente relacionado con el coste medio por pasajero. Esto es consistente con la existencia de economías de escala por pasajero en la actividad aeroportuaria. En lo referente al impacto de diferentes medidas de las actividades comerciales sobre los costes, el cuadro n.º 7 nos da el mismo panorama que el ya obtenido con las estimaciones representadas en el cuadro n.º 6. Es decir, en dos de las tres especificaciones no parece que haya ningún impacto de las actividades comerciales sobre los costes del aeropuerto. Es decir, los resultados reflejados en dos de las tres especificaciones del cuadro n.º 7 fallan en encontrar una

CUADRO N.º 6

**IMPACTO DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL SOBRE LOS COSTES TOTALES DE EXPLOTACIÓN AEROPORTUARIOS
CON MUESTRA DE AEROPUERTOS DE EEUU: 1996-2011**

Constante	16,64*** (0,03)	16,77*** (0,05)	17,77*** (0,02)
Pasajeros	0,31*** (0,11)	0,45*** (0,11)	0,01 (0,15)
Pasajeros cuadrado	-0,15 (0,32)	-0,14 (0,21)	-0,04 (0,25)
%Ingresos comerciales	0,16 (0,24)	--	--
%Ingresos comerciales al cuadrado	-0,69 (0,92)	--	--
%Ingresos comerciales x pasajeros.....	-0,05 (0,92)	--	--
Ingresos comerciales por pasajero	--	0,33*** (0,08)	--
Ingresos comerciales por pasajero al cuadrado.....	--	0,02 (0,17)	--
Ingresos comerciales por pasajero x pasajeros.....	--	-0,28 (0,18)	--
Superficie comercial	--	--	-0,03 (0,04)
Superficie comercial al cuadrado	--	--	0,01 (0,02)
Superficie comercial x pasajeros.....	--	--	0,11 (0,20)
%Lowcost	0,07 (0,05)	0,07 (0,05)	-0,04 (0,04)
R ²	0,97	0,98	0,99
Efectos fijos de aeropuerto.....	SI	SI	SI
Efectos fijos de año	SI	SI	SI
N	1132	1132	470

Notas: Todas las variables que no son porcentajes están en logaritmos naturales. Los VIF son siempre inferiores a 5 salvo para el coeficiente de ingresos comerciales por pasajero al cuadrado que tiene un VIF de 12,99. Esto implica que hay que tener precaución al interpretar dicho coeficiente. Los errores estándar del coeficiente estimado están abajo del mismo entre paréntesis. Todos ellos están agrupados (clustered) al nivel del aeropuerto individual. Los asteriscos indican la significación estadística del coeficiente. (*) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,1; (**) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,05; (***) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,01.

relación aparente entre los costes de explotación y la actividad comerciales en el aeropuerto. En otras palabras, no se encuentra evidencia que relacione los costes aeroportuarios con la actividad comercial tal como argumenta en su informe la CNMC.

Al igual que ocurre cuando empleo el total de costes aeroportuarios, solo cuando se utiliza como proxy de la actividad comercial los ingresos no aeronáuticos por pasajero se obtiene que los mismos causan un incremento en los costes aeroportuarios por pasajero.

Aunque estas estimaciones de más arriba son bastante concluyentes y muy robustas dado el uso de efectos fijos de aeropuerto, alguien podría argumentar que los resultados que encontramos en los aeropuertos estadounidenses no son necesariamente extrapolables al caso español. Por ello, pese al bajo número de observaciones por aeropuerto

repetimos la estimación de la ecuación [17] pero utilizando los datos individualizados de los aeropuertos de Aena para el período 2009-2014, que es el periodo en el que Aena reporta en sus memorias anuales los resultados contables desagregados al nivel del aeropuerto individual. La única diferencia con respecto a la especificación empleada con la muestra de aeropuertos estadounidenses consiste en incluir en la regresión una variable de control que indica el activo fijo neto de cada aeropuerto. Es decir estimamos la siguiente ecuación:

$$\log OC_{it} = \beta_0 + \beta_1(\log_{it} - \log \bar{q}_i) + \beta_2(\log_{it} - \log \bar{q}_i)^2 + \beta_3(\text{ingcom}_{it} - \overline{\text{ingcom}}_i) + \beta_4(\log_{it} - \log \bar{q}_i) + \beta_5(\log k_{it} - \log \bar{k}_i) + \text{Controles} + \mu_i + \varepsilon_{it} \quad [18]$$

En el que la variable k_{it} representa el activo dijo neto del aeropuerto i el año t . Introducimos este nue-

CUADRO N.º 7

**IMPACTO DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL SOBRE LOS COSTES TOTALES DE EXPLOTACIÓN MEDIOS POR PASAJERO
CON MUESTRA DE AEROPUERTOS DE EE.UU.: 1996-2011**

Constante	0,90*** (0,03)	1,03*** (0,05)	2,04*** (0,02)
Pasajeros	-0,69*** (0,11)	-0,55*** (0,11)	-0,98*** (0,16)
Pasajeros cuadrado	-0,15 (0,32)	-0,14 (0,21)	-0,04 (0,25)
%Ingresos comerciales	0,16 (0,24)	--	--
%Ingresos comerciales al cuadrado	-0,69 (0,92)	--	--
%Ingresos comerciales x pasajeros.....	-0,05 (0,92)	--	--
Ingresos comerciales por pasajero	--	0,33*** (0,08)	--
Ingresos comerciales por pasajero al cuadrado.....	--	0,02 (0,17)	--
Ingresos comerciales por pasajero x pasajeros.....	--	-0,28 (0,18)	--
Superficie comercial	--	--	-0,03 (0,04)
Superficie comercial al cuadrado	--	--	0,01 (0,02)
Superficie comercial x pasajeros.....	--	--	0,11 (0,20)
%Lowcost	0,07 (0,05)	0,07 (0,05)	-0,04 (0,04)
R ²	0,93	0,94	0,95
Efectos fijos de aeropuerto	SI	SI	SI
Efectos fijos de año	SI	SI	SI
N	1132	1132	470

Notas: Todas las variables que no son porcentajes están en logaritmos naturales. Los VIF son siempre inferiores a 7 salvo para el coeficiente de ingresos comerciales por pasajero al cuadrado que tiene un VIF de 12,99. Esto implica que hay que tener precaución al interpretar dicho coeficiente. Los errores estándar del coeficiente estimado están abajo del mismo entre paréntesis. Todos ellos están agrupados (clustered) al nivel del aeropuerto individual. Los asteriscos indican la significación estadística del coeficiente. (*) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,1; (**) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,05; (***) indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,01.

vo control ante la posibilidad que la dispar política de inversiones seguida por Aena pudiera tener un impacto en los costes de explotación que sesgara las estimaciones. Sin embargo, hay que destacar que todos los resultados que se describen más abajo no cambian si no se introduce esta variable de control en la regresión. Para esta muestra de aeropuertos españoles no he podido obtener ni la superficie por aeropuerto dedicada a uso comercial ni el porcentaje de pasajeros que viajan *low cost*. Por ello en las regresiones cuyos resultados mostramos a continuación no introducimos *low cost* como variable de control ni podemos utilizar el espacio comercial como medida de la intensidad de la actividad comercial.

Descripción de la muestra

Siguiendo la metodología de la CNMC (2014) eliminamos de la muestra todos los aeropuertos

de aviación general, helipuertos, así como aquellos aeropuertos de la red Aena sin apenas actividades comerciales. Es decir, eliminamos los aeropuertos de Cuatro Vientos, Sabadell, Son Bonet, Algeciras, Ceuta, Torrejón, Albacete, Huesca y Córdoba. Por ello nos quedan cuarenta aeropuertos de la red Aena durante los seis años comprendidos en el intervalo 2009-2014. Sin embargo, las cuentas anuales de Aena del año 2014 no proporcionan el activo fijo neto por aeropuerto y por tanto para este año no podemos correr la regresión que estima [18] con lo que nos quedamos con una muestra de 200 observaciones aeropuerto-año en lugar de 240. Sin embargo, quiero destacar que si no se incluye el activo fijo neto como variable de control y estimamos [18] con las 240 observaciones del período 2009-2014 los resultados que describo más abajo no varían cualitativamente. El cuadro n.º 8 muestra las estadísticas descriptivas de las variables que utilizo en la regresión.

CUADRO N.º 8

ESTADÍSTICAS DESCRIPTIVAS DE LA MUESTRA CON AEROPUERTOS ESPAÑOLES

	MEDIA	MEDIANA	DESVIACION TIPICA	MIN	MAX	N
Pasajeros (millones)	4,84	1,09	9,21	0,007	49,86	240
Ingresos aeronáuticos (millones de €)	45,82	7,86	112,40	0,13	772,48	240
Costes de operación (millones de \$)	54,67	1,72	117,55	2,03	704,46	240
Ingresos no aeronáuticos (millones de \$) ...	16,45	3,25	35,14	0,01	211,38	240
Ingresos no aeronáuticos por pasajero (\$)..	4,37	2,81	12,64	0,28	142,79	240
% Ingresos no aeronáuticos.....	25,93	26,92	7,74	2,22	41,30	240

El cuadro n.º 9 muestra el resultado de estimar [18] con el total de los gastos de explotación como variable dependiente y con diferentes medidas de la intensidad de la actividad comercial como varia-

CUADRO N.º 9

ESTIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL TOTAL DE COSTES DE EXPLOTACIÓN UTILIZANDO MUESTRAS DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES 2009-2013

Constante	18,12***	18,16***
	(0,02)	(0,02)
Pasajeros.....	0,14*	0,23*
	(0,08)	(0,13)
Pasajeros cuadrado	-0,01	0,00
	(0,11)	(0,16)
%Ingresos comerciales	0,28	--
	(0,79)	
%Ingresos comerciales al cuadrado	13,62	--
	(13,57)	
%Ingresos comerciales x pasajeros.....	0,97	--
	(2,20)	
Ingresos comerciales por pasajero	--	0,22
		(0,18)
Ingresos comerciales por pasajero al cuadrado	--	0,17*
		(0,10)
Ingresos comerciales por pasajero x pasajeros.	--	0,28
		(0,24)
Activo fijo neto	0,26***	0,26***
	(0,08)	(0,08)
R ²	0,99	0,99
Efectos fijos de aeropuerto	SI	SI
Efectos fijos de año	SI	SI
N	200	200

Notas: Todas las variables que no son porcentajes están en logaritmos naturales. En la regresión cuyos resultados se ofrecen en la primera columna, los VIF son siempre inferiores a 8 salvo para el coeficiente de ingresos comerciales por pasajero multiplicado por el número de pasajeros que tiene un VIF de 8,84. Esto implica que hay que tener precaución al interpretar dicho coeficiente. En la regresión cuyos resultados se muestran en la segunda columna hay severos problemas de multicolinealidad. En particular los coeficientes de todas las variables que incluyen la variable ingreso comercial por pasajero (ingreso comercial por pasajero, ingreso comercial por pasajero al cuadrado y la interacción con el número de pasajeros) tienen VIFs superiores a 8 por lo que hay que interpretar los mismos con mucha precaución. Los errores estándar del coeficiente estimado están abajo del mismo entre paréntesis. Todos ellos están agrupados (clustered) al nivel del aeropuerto individual. Los asteriscos indican la significación estadística del coeficiente. (*) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,1; (**) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,05; (***) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,01.

bles independientes, mientras que el cuadro n.º 10 muestra el resultado de estimar la ecuación [15] utilizando como variable dependiente los gastos de explotación medios por pasajero. Los resultados son muy parecidos a los obtenidos en la muestra de aeropuertos americanos. Es decir, la intensidad de la actividad comercial parece no afectar los costes de explotación aeroportuarios salvo cuando se mide la actividad comercial con los ingresos comerciales por pasajero. Sin embargo, las especificaciones econométricas con esta variable dependiente presenten valores de VIF elevados lo que indica problemas de multicolinealidad que implica que estos últimos resultados no son muy fiables.

Como conclusión de todas estas estimaciones así como de la revisión de la literatura hay que destacar que el vínculo entre los gastos de explotación y la actividad comercial en los aeropuertos parece bastante tenue. En la mayoría de las especificaciones econométrica empleadas no se encuentra una relación estadísticamente significativa entre las mismas sugiriendo que el vínculo entre ambas variables es mucho más sutil de lo que afirma la CNMC. Solo encuentro una relación significativa entre los ingresos comerciales por pasajero y los gastos de explotación aeroportuaria. Con la muestra de aeropuertos americanos el coeficiente obtenido en los cuadros 7 y 8 indica una elasticidad de los costes de explotación aeroportuarios con respecto a los ingresos comerciales por pasajero igual a 0,33. Ello indica que un incremento del 10 en los ingresos comerciales por pasajero debiera estar asociado a un incremento en los costes aeroportuarios debido a las actividades comerciales de tan solo el 3,3 por 100. En la muestra con aeropuertos españoles la relación estimada es un poco más complicada. En los cuadros n.ºs 9 y 10 solo los ingresos comerciales por pasajero al cuadrado son estadísticamente significativos. Por ello la elasticidad de los costes de explotación con respecto a los ingresos comerciales por pasajero no sería constante, sino que cambiaría

CUADRO N.º 10

**ESTIMACIÓN FUNCIÓN DEL TOTAL DE LOS GASTOS DE
EXPLOTACIÓN POR PASAJERO UTILIZANDO MUESTRAS DE
AEROPUERTOS ESPAÑOLES 2009-2013**

Constante	2,06*** (0,02)	2,09*** (0,02)
Pasajeros	-0,86*** (0,09)	-0,77*** (0,13)
Pasajeros cuadrado	-0,01 (0,11)	0,00 (0,16)
%Ingresos comerciales	0,28 (0,78)	--
%Ingresos comerciales al cuadrado	13,62 (13,57)	--
%Ingresos comerciales x pasajeros.....	0,97 (2,20)	--
Ingresos comerciales por pasajero	--	0,22 (0,18)
Ingresos comerciales por pasajero al cuadrado	--	0,17* (0,10)
Ingresos comerciales por pasajero x pasajeros	--	0,28 (0,24)
Activo fijo neto	0,26*** (0,09)	0,25*** (0,08)
R ²	0,99	0,99
Efectos fijos de aeropuerto	SI	SI
Efectos fijos de año	SI	SI
N	200	200

Notas: Todas las variables que no son porcentajes están en logaritmos naturales. En la regresión cuyos resultados se ofrecen en la primera columna, los VIF son siempre inferiores a 8 salvo para el coeficiente de ingresos comerciales por pasajero multiplicado por el número de pasajeros que tiene un VIF de 8,84. Esto implica que hay que tener precaución al interpretar dicho coeficiente. En la regresión cuyos resultados se muestran en la segunda columna hay severos problemas de multicolinealidad. En particular los coeficientes de todas las variables que incluyen la variable ingreso comercial por pasajero (ingreso comercial por pasajero, ingreso comercial por pasajero al cuadrado y la interacción con el número de pasajeros) tienen VIFs superiores a 8 por lo que hay que interpretar los mismos con mucha precaución. Los errores estándar del coeficiente estimado están abajo del mismo entre paréntesis. Todos ellos están agrupados (clustered) al nivel del aeropuerto individual. Los asteriscos indican la significación estadística del coeficiente. (*) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,1; (**) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,05; (***) Indica que el coeficiente es diferente de cero con una probabilidad mayor del 0,01.

con el nivel de los ingresos comerciales por pasajero. En concreto si denominamos a la elasticidad de los gastos de explotación aeroportuarios con respecto a los ingresos comerciales, los coeficientes de la tabla 9 implican que

$$\epsilon = 0,34 * \log \left(\frac{\text{INGRESOS COMERCIALES}}{\text{PAX}} \right). \quad [19]$$

Ello implica que si los ingresos comerciales por pasajero fueran igual a dos euros, un incremento del 10 por 100 de los mismos se correspondería con un incremento del 2,3 por 100 (6) en los gastos de explotación aeroportuarios. Por el contrario si los ingresos comerciales por pasajero fueran igual a cuatro un incremento del 10 por 100 en los ingresos comerciales por pasajero estaría asociado a un aumento del 4,7

por 100 en los costes de explotación aeroportuarios. Desafortunadamente no puedo comparar las implicaciones de ninguna de estas dos estimaciones con las estimaciones de Aena o la CNMC con respecto a la descomposición del total de los costes de explotación entre los costes por las actividades aeronáuticas propiamente dichas y los costes de explotación ocasionados con la actividad comercial. El motivo por el que no puedo realizar la citada comparación reside en que esta desagregación de costes es considerada confidencial y por tanto ni la CNMC la describe en su informe ni Aena la hace pública.

CONCLUSIONES

La adopción de un régimen regulatorio de *dual till* puro implica que los ingresos regulados requeridos para cubrir los gastos de explotación y el coste de capital de Aena van a ser más elevados que lo que hubieran sido si se hubiera mantenido un régimen de *single till*. Una simple simulación a guisa de ilustración sugiere que los ingresos regulados requeridos en el año 2018 podrían ser un 31 por 100 más elevados que lo que serían con un régimen de *single till*. El legislador ha introducido medidas para aplazar en el tiempo el impacto en las tasas aéreas de este nuevo régimen regulatorio. De manera más relevante el DORA prohíbe incrementos positivos en las prestaciones públicas patrimoniales aeroportuarias hasta el año 2025. A cambio todos los incrementos de los ingresos regulatorios requeridos se pueden ir acumulando en un déficit de tarifa que se compensará a una tasa igual al coste de capital de Aena. Sin embargo, dado que el déficit tendrá que eliminarse en algún momento del tiempo la realidad es que o bien las tasas aéreas tendrán que subir para compensar el déficit de tarifa o bien las tasas reguladas no podrán bajar para reflejar una eventual mejora en la eficiencia de la gestión y/o una evolución a la baja del coste de capital de Aena.

La CNMC ha establecido que Aena está imputando de manera incorrecta como gastos de explotación de las actividades aeronáuticas reguladas unos sobrecostes que debieran corresponder a las actividades comerciales. Esta distinción es de capital importancia en un régimen de *dual till* porque de salirse la CNMC con la suya se conseguiría una reducción considerable del déficit de tarifa. Sin embargo la metodología elegida por la CNMC para establecer qué costes de la actividad comercial no tendrían que imputarse a los gastos de explotación de las actividades reguladas adolece de importantes limitaciones. Hay supuestos clave que no están

debidamente argumentados y además la especificación econométrica, por construcción puede estar sesgando hacia arriba las estimaciones de la CNMC.

Este artículo propone una metodología alternativa a la metodología de la CNMC que estima un impacto aparentemente muy tenue de las actividades comerciales sobre los gastos de explotación aeroportuarios.

NOTAS

(1) Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(2) ENAIRE es la entidad pública empresarial encargada de la navegación civil aérea.

(3) Resolución por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria de Aena, S.A. para 2015 y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta INF/DTSP/0002/14.

(4) $0,80 \text{ por } 100 = (11,37 - 11,28) / 11,28$.

(5) $6,35 \text{ por } 100 = (8,53 - 8,02) / 8,02$.

(6) $2,3 \text{ por } 100 = 10\% * 0,34 * \log(2)$.

BIBLIOGRAFÍA

BEL, G., y FAGEDA, X. (2008), «La reforma del modelo de financiación y gestión de los aeropuertos en España: Lecciones de la experiencia internacional», *Revista Econòmica de Catalunya*, 58: 6-22.

CHRISTENSEN, L.R.; GREENE, W.H. (1976), «Economies of Scale in U.S. Electric Power Generation». *The Journal of Political Economy*, Vol. 84 (4).655-676.

CNMC (2014), Acuerdo por el que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de aena, s.a.

GRAHAM, A. (2014), *Managing Airports: An International Perspective*, Roulledge, New York.

McCARTHY, P. (2014), «Airport Costs and Production Technology: A Translog Cost function Analysis with Implications for Economic Development», *Journal of Transport Economics and Policy*, Volume 48, Part 3: 427-447.

Resumen

La política de la competencia en el sector farmacéutico puede promover la innovación y mejorar el acceso a la salud. Las autoridades de competencia han intervenido activamente en el sector en los últimos años en beneficio de pacientes y sistemas nacionales de salud. Han sido especialmente activas en la promoción de la competencia de genéricos, por ejemplo persiguiendo los acuerdos «pay-for-delay», y en la preservación de los incentivos a competir innovando. El presente artículo enfatiza la importancia del vínculo entre competencia e innovación para mejorar el acceso tanto a los fármacos de hoy como a los fármacos del futuro.

Palabras clave: competencia, antitrust, innovación, sector farmacéutico, pay-for-delay.

Abstract

Competition policy in the pharmaceutical sector can foster innovation and improve access to health. Competition authorities have actively intervened in the sector over the last years to the benefit of patients and national health systems. They have been particularly active in the promotion of generic competition, for instance prosecuting 'pay-for-delay' deals, and in the preservation of incentives to compete through innovation. This paper emphasises the importance of the link between competition and innovation to improve access both to medicines today as well as to medicines in the future.

Key words: competition, antitrust, innovation, pharmaceuticals, pay-for-delay.

JEL classification: I11, K21, K41, L40, L41, O34.

(***) El presente artículo refleja meramente las opiniones del autor y no vincula de ningún modo a la Comisión Europea.

DESARROLLOS RECIENTES EN LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR FARMACÉUTICO: MÁS COMPETENCIA PARA UNA MAYOR INVERSIÓN EN INNOVACIÓN Y PARA UN MEJOR ACCESO A LOS FÁRMACOS (*)

Lluís SAURÍ (**)

DG Competencia, Comisión Europea (***)

I. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA ACTIVA EN EL SECTOR FARMACÉUTICO

La política de defensa de la competencia ejerce un papel fundamental en el buen funcionamiento de los mercados farmacéuticos. En los últimos años, las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea, han adoptado decisiones de relieve tanto en relación con infracciones de las leyes en materia de competencia, como en el marco del control de fusiones y adquisiciones de empresas farmacéuticas. La repercusión mediática de dichas decisiones es un buen indicador del interés público que el sector farmacéutico suscita, así como de las expectativas sobre el impacto positivo que la política de defensa de la competencia puede y debe tener para el buen funcionamiento del sector: competencia, innovación, acceso a la salud y sostenibilidad del gasto público van de la mano en el sector farmacéutico.

Los ciudadanos europeos demandan acceso a medicamentos innovadores que den mejor respuesta a necesidades terapéuticas insatisfechas, cuya calidad y

seguridad estén garantizadas, y que estén disponibles a precios asequibles. Las agencias nacionales y europea de medicamentos garantizan la calidad y la seguridad de los fármacos comercializados en los países europeos. Las autoridades de defensa de la competencia pueden, a su vez, ayudar a los demás actores del sector a conjugar los objetivos de innovación y acceso sostenible a la salud en beneficio de los pacientes y los sistemas nacionales de salud. La aportación de la política de defensa de la competencia en términos de eficiencia económica, además, repercute positivamente en la competitividad de la industria farmacéutica y refuerza las políticas de crecimiento económico.

Los objetivos de innovación y acceso sostenible no son contradictorios y la política de defensa de la competencia puede contribuir no solo a promover ambos, sino también a hacer que se refuercen mutuamente. Además de contribuir al acceso a fármacos a precios más bajos, la política de defensa de la competencia puede incentivar el esfuerzo innovador garantizando que las empresas, tanto innovadoras como de genéricos, compiten de manera efectiva con sus productos en el mercado

y, a la vez, puede también preservar la competencia entre empresas en las etapas de investigación y desarrollo de producto.

El propósito de este artículo es poner de relieve la conexión entre competencia e innovación farmacéutica, así como describir las principales líneas de actuación de la política de defensa de la competencia europea en el sector farmacéutico a lo largo de los últimos años. Las autoridades de defensa de la competencia disponen de valiosos instrumentos de intervención, como su capacidad sancionadora de prácticas restrictivas de la competencia o su responsabilidad en el control de fusiones y adquisiciones.

Los desarrollos en Europa se han producido en un contexto de creciente convergencia global en la política de defensa de la competencia. Por ello, si bien el artículo pone el énfasis en la actividad de las autoridades de competencia en Europa, incluye también algunas referencias a desarrollos interesantes observados en los Estados Unidos.

II. COMPETENCIA, INNOVACIÓN Y ACCESO A LA SALUD

El fomento de la innovación farmacéutica y el acceso sostenible a los avances que de ella resultan son objetivos comunes de las normativas en materia de propiedad industrial y de competencia. La competencia tiene un impacto directo en el acceso a la salud a corto plazo, generando precios más bajos que contribuyen a la sostenibilidad del gasto farmacéutico. Pero tiene también un impacto en el acceso a largo plazo en la medida que genera también incentivos a la

innovación, contribuyendo así al acceso en el futuro a nuevos fármacos para necesidades terapéuticas hoy insuficientemente satisfechas. Es importante, pues, que entendamos la relación entre competencia e innovación farmacéutica para conseguir la mayor eficacia posible de la política de la competencia en los mercados farmacéuticos en beneficio de los pacientes y de los sistemas nacionales de salud.

1. La competencia como fuente de incentivos a la innovación farmacéutica

Los derechos de propiedad intelectual contribuyen a incentivar a las empresas a invertir en el desarrollo de fármacos y tecnologías nuevas o mejoradas, llevándolas a competir innovando. La expectativa de obtener beneficios por proporcionar a los pacientes fármacos que satisfagan mejor sus necesidades terapéuticas es un potente incentivo para que las empresas inviertan en investigación y desarrollo de nuevos productos farmacéuticos. Es lo que Shapiro (1) ha llamado el «principio de apropiación»: la capacidad de la empresa de apropiarse de parte del beneficio social generado por su actividad innovadora incentiva el esfuerzo innovador. Las patentes y demás derechos de exclusividad comercial contribuyen a facilitar esta apropiación de rentas, al menos hasta su extinción. Contribuyen, pero no garantizan, dado que la capacidad de apropiación depende también de otros factores, incluida la disponibilidad de productos con características similares compitiendo en el mercado y la existencia de regulaciones de precio que constriñen las estrategias comerciales de las empresas innovadoras.

La competencia entre productos farmacéuticos, tanto innovadores como genéricos, también contribuye a incentivar a las empresas a innovar. La necesidad de proteger los beneficios provenientes de ventas que son o serán disputadas en el futuro por competidores en el mercado constituye un potente incentivo a la innovación. Siguiendo con la terminología de Shapiro, se trata del «principio de la demanda contestable»: la capacidad de las empresas de disputar ventas rentables a sus competidores las incentiva a innovar. Este principio actúa a la vez en dos direcciones: por un lado, cuando una empresa goza de rentas por razón de sus derechos de propiedad intelectual, sus potenciales competidores pueden tratar de disputarle ventas innovando para ofrecer mejores productos; por otro lado, cuando la emergencia de nuevos competidores amenaza con erosionar las rentas de una empresa innovadora, es precisamente un mayor esfuerzo innovador lo que puede ayudarla a preservar su ventaja competitiva (2).

Invertir en innovación y desarrollo es pues una estrategia a disposición de las empresas para obtener ventajas competitivas respecto a sus competidores, disputarles el mercado y generar rentas. Es una estrategia que además crea externalidades positivas en la medida que el beneficio social de la innovación excede las rentas que la empresa innovadora consigue apropiarse en base a sus derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, existen también estrategias que pueden aumentar el beneficio privado de las empresas restringiendo la competencia y generando pérdidas sociales en detrimento del bien-

estar de los pacientes, de la sostenibilidad de los sistemas nacionales de salud y de la eficiencia económica. Las empresas farmacéuticas pueden intentar aumentar su capacidad de apropiación de las rentas de innovación a través de prácticas que extiendan ilegítimamente sus derechos de propiedad intelectual. Pueden también intentar reducir la contestabilidad de la demanda a través de prácticas que dificulten ilegítimamente la capacidad de sus potenciales competidores de desarrollar sus propios productos o de comercializarlos con éxito. Las fusiones y adquisiciones entre empresas farmacéuticas pueden tener el efecto indeseado de reducir los incentivos a la innovación si alivian la presión competitiva a la que están sometidas las empresas concernidas.

2. La competencia de genéricos como sostén del acceso a la salud

El ciclo de vida de un fármaco puede dividirse, de manera simplificada, en tres fases: la fase de desarrollo del fármaco, la fase de comercialización con derechos de patente en vigor y la fase de comercialización tras la expiración de los derechos de patente (3). Las empresas farmacéuticas compiten de modo distinto en cada una de estas fases del ciclo de vida del producto:

a. Durante la fase de desarrollo de nuevos fármacos, las empresas compiten en esfuerzo innovador para obtener fármacos que respondan mejor a las necesidades terapéuticas insuficientemente satisfechas de los pacientes.

b. En la fase inicial de comercialización, con los derechos de patente aún en vigor, el nuevo

fármaco compite con otros fármacos con los que comparte usos terapéuticos a pesar de existir cierta diferenciación, principalmente en base a sus distintas características farmacológicas. La principal presión competitiva procede de productos con cierto grado de diferenciación, lo que a menudo limita la intensidad de la competencia en precios.

c. Tras la expiración de los derechos de patente, versiones genéricas prácticamente idénticas al fármaco original pueden ser comercializadas. En esta fase la principal presión competitiva procede de productos casi homogéneos, con escaso esfuerzo promocional y fuerte competencia en precios.

Admitiendo que esta es una caracterización simplificada del ciclo de vida del producto farmacéutico y de la evolución de la dinámica competitiva a lo largo del mismo, resulta sin embargo útil para identificar el cambio fundamental que se produce en el modo de competir tras la expiración de los derechos de patente, con la consiguiente pérdida de exclusividad en la comercialización del fármaco. La entrada de productos genéricos limita en gran medida la capacidad de la empresa originaria de preservar la diferenciación de su producto y conlleva mayor intensidad de competencia en precios. Ello supone una contribución fundamental por dos razones principales: contribuye a la sostenibilidad del gasto farmacéutico reduciendo precios y genera incentivos a la innovación reforzando la contestabilidad de la demanda tras la expiración de la patente. La competencia de genéricos es pues un elemento esencial en el diseño de los mercados farmacéuticos porque determina, al menos en cierta medida, el equi-

librio entre apropiabilidad y contestabilidad, conjuntamente con los derechos de patente y otros factores específicos de cada mercado farmacéutico en particular.

La evidencia empírica confirma que la entrada de genéricos tras la expiración de los derechos de patente es la fuente más relevante de competencia en precios en los mercados farmacéuticos, resultando en caídas sustanciales de los precios y de la cuota de mercado de la empresa comercializadora del fármaco original. Con ello, la competencia de genéricos limita la capacidad de la empresa originaria de extraer rentas y facilita el acceso a fármacos más baratos, en beneficio de los pacientes y los sistemas nacionales de salud. La evidencia empírica también indica, sin embargo, que existen diferencias sustanciales entre países tanto en términos de rapidez de entrada de los genéricos en el mercado, como de impacto de dicha entrada en precios y cuotas de mercado (4).

La DG de Competencia lanzó en 2008 una investigación de mercado sobre el sector farmacéutico centrada en identificar las posibles causas de la relativamente poco intensa competencia de genéricos observada en algunos mercados europeos en los años precedentes, comparado con lo observado en los Estados Unidos durante el mismo periodo. El informe final, publicado en julio de 2009, constató que los productos genéricos no llegaban a los pacientes europeos tan rápidamente como deberían y a precios tan bajos como sería esperable. En el informe, la Comisión identificó varias causas que podrían justificar estos resultados, incluidos problemas de tipo regulatorio y prácticas empresariales potencialmente restrictivas de la competencia.

En relación con las causas de naturaleza regulatoria, el informe de la Comisión propuso un conjunto de medidas para facilitar la entrada y la competencia de genéricos: crear una patente comunitaria y un régimen procesal europeo de patentes unificado y especializado, garantizar la brevedad de los procesos de autorización de comercialización de nuevos fármacos genéricos, garantizar también la celeridad de los procesos de fijación de los precios y las condiciones de reembolso de los fármacos genéricos, así como adoptar políticas que faciliten la penetración de los fármacos genéricos en el mercado (5).

En relación con las prácticas empresariales potencialmente restrictivas de la competencia de genéricos, en su informe final la Comisión identificó como especialmente preocupantes los acuerdos *pay-for-delay*, cuyo nombre en inglés indica que en dichos acuerdos la empresa originaria puede estar induciendo a la empresa de genéricos a retrasar su entrada en el mercado a cambio de una parte de las rentas de exclusividad de mercado. Estos acuerdos pueden constituir restricciones ilegítimas de la competencia en la medida que tengan el objeto o el efecto de extender la exclusividad de mercado, retrasar la competencia de genéricos y compartir los beneficios así generados.

III. ACUERDOS TRANSACCIONALES PAY-FOR-DELAY PARA RETRASAR LA COMPETENCIA DE GENÉRICOS

Si bien la actividad sancionadora de prácticas restrictivas de la competencia en mercados far-

macéuticos no se ha limitado en los últimos años a este tipo de acuerdos, tanto en Europa como en Estados Unidos esta ha sido la principal prioridad de la política de competencia en el sector.

1. El potencial anticompetitivo de los acuerdos transaccionales *pay-for-delay*

Los acuerdos transaccionales en litigios sobre patentes son acuerdos comerciales alcanzados por las partes para poner fin a disputas acerca de la validez o la violación de derechos de patente. Las empresas concluyen este tipo de acuerdos antes de que los órganos jurisdiccionales competentes resuelvan el contencioso, por lo que como consecuencia conllevan que dichos órganos no lleguen a pronunciarse sobre la validez o la violación del derecho de patente en cuestión.

Las partes implicadas en un litigio tienen un interés legítimo en resolverlo del modo menos oneroso. Los acuerdos extrajudiciales permiten precisamente evitar dar continuidad a procesos judiciales que conllevan costes financieros y de tiempo, así como riesgos acerca de su resultado. Este tipo de acuerdos son instrumentos legítimos que a menudo aportan beneficios adicionales en términos de menor coste administrativo para los órganos jurisdiccionales implicados y pueden ser beneficiosos tanto para el interés privado de las partes que los suscriben como para el bienestar social.

No obstante, los acuerdos para poner fin a litigios sobre derechos de patente pueden en ocasiones ser problemáticos desde la perspectiva del derecho de

la competencia, como en el caso de los acuerdos *pay-for-delay*.

Este tipo de acuerdos en el sector farmacéutico han sido objeto de atención por parte de las autoridades de defensa de la competencia tanto en Europa como en los Estados Unidos. La Comisión Federal de Comercio americana (FTC, por sus siglas en inglés) inició ya en 2001 sus primeras acciones legales contra empresas farmacéuticas originarias y de genéricos por haber presuntamente restringido ilegítimamente la competencia a través de acuerdos *pay-for-delay*, siendo desde entonces una prioridad en su agenda política.

Desde que identificara en el informe final de su investigación sectorial los acuerdos *pay-for-delay* como una de sus prioridades, la Comisión Europea ha adoptado tres decisiones sancionadoras contra acuerdos *pay-for-delay* cuyo alcance geográfico cubría países europeos, y al menos otro caso continúa en fase de instrucción. Por su parte, la Agencia de Competencia y Mercados británica (CMA, por sus siglas en inglés), prevé adoptar antes del fin de 2015 la primera decisión sancionadora de un acuerdo *pay-for-delay* farmacéutico en el Reino Unido.

La labor de las autoridades de competencia americana y europeas ha suscitado un vigoroso debate sobre el impacto competitivo de los acuerdos *pay-for-delay*, tanto en foros académicos como entre los profesionales del derecho y la economía de la competencia. Un debate que continúa abierto; habida cuenta, por un lado, de las decisiones adoptadas recientemente y, por el otro, de las apelaciones pendientes de juicio tanto en Estados Unidos como en Europa.

2. Los informes anuales de seguimiento de acuerdos transaccionales de patentes de la DG de Competencia y de la Comisión Federal de Comercio

El análisis del potencial restrictivo de la competencia de los acuerdos *pay-for-delay* no pone en duda la legitimidad de los acuerdos transaccionales como instrumento para poner fin a litigios sobre la validez o la violación de derechos de patente. Ello ha sido manifestado explícita y reiteradamente tanto por la FTC como por la DG de Competencia (6 y 7). Solo los acuerdos que por su estructura y contenido pueden tener el objeto o el efecto de restringir la competencia son objeto de especial escrutinio.

Desde la finalización de su investigación de mercado sobre el sector farmacéutico, la DG de Competencia ha publicado con periodicidad anual informes de seguimiento de los acuerdos transaccionales de patentes concluidos por empresas farmacéuticas en países de la UE. Estos informes de seguimiento describen el número y los tipos de acuerdos notificados por las empresas en respuesta a requerimientos formales de información por parte de la DG. El quinto informe de seguimiento, que cubre los acuerdos concluidos en 2013, fue publicado el 5 de diciembre de 2014 (8).

La DG de Competencia clasifica los acuerdos notificados en tres categorías, en base a dos criterios. En primer lugar, si el acuerdo prevé cualquier limitación a la capacidad de la empresa de genéricos de lanzar su producto al mercado y, en segundo lugar, si el acuerdo contempla cualquier transferencia de valor

económico de la empresa originaria a la empresa de genéricos:

a. Categoría A: acuerdos sin limitación a la entrada del genérico

b. Categoría B.I: acuerdos con limitación a la entrada del genérico, pero sin transferencia de valor económico del originario al genérico

c. Categoría B.II: acuerdos con limitación a la entrada del genérico y con transferencia de valor económico del originario al genérico

Los acuerdos pueden limitar la capacidad de una empresa de lanzar su producto genérico y competir en el mercado de varias formas. La más directa consiste en establecer explícitamente en las cláusulas del acuerdo el compromiso por parte de la empresa de genéricos de no disputar la validez de la patente objeto de litigio (cláusula de no impugnación) y de no iniciar ninguna actividad comercial en el mercado hasta la expiración de dicha patente (cláusula de no competencia). Los acuerdos pueden contener limitaciones menos directas a la entrada de genéricos, como por ejemplo incentivos económicos ofrecidos a la empresa de genéricos con la condición más o menos explícita de renunciar a lanzar el propio genérico al mercado. Las distintas formas en que un acuerdo transaccional de patentes puede limitar la capacidad de la empresa de genéricos de competir con la empresa originaria no son mutuamente excluyentes y un buen número de acuerdos combinan más de un tipo de limitación.

Los acuerdos pueden también combinar distintos tipos de transferencia de valor, incluidos

pagos monetarios puntuales, pagos monetarios recurrentes y acuerdos de provisión, distribución o promoción, entre otros.

Los datos publicados en los sucesivos informes de seguimiento, ilustrados en el gráfico 1, muestran que la mayoría de los acuerdos transaccionales de patentes notificados entre 2009 y 2013 pertenecen a las categorías A y B.I. Solo entre el 7 por 100 y el 11 por 100 de todos los acuerdos notificados en la UE pertenecen a la categoría B.II, es decir, limitan la capacidad de la empresa de genéricos de lanzar su producto al mercado, a la vez que incluyen una transferencia de valor económico de la empresa originaria a la empresa de genéricos.

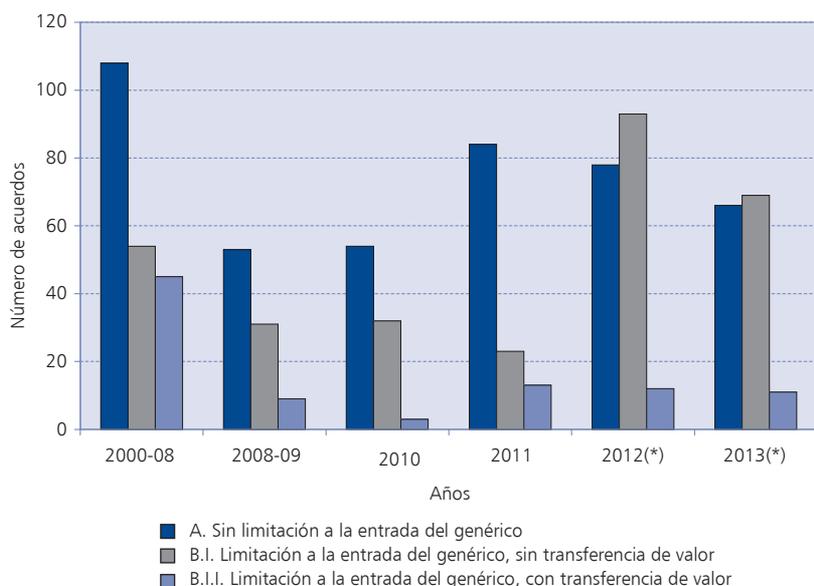
En los Estados Unidos, la FTC también publica anualmente sus propios informes de seguimiento de los acuerdos transaccionales de patentes (9), que en su caso clasifica en dos categorías:

a. Acuerdos que no son problemáticos desde el punto de vista del derecho de competencia

b. Acuerdos potencialmente problemáticos por responder al modelo de acuerdo *pay-for-delay*, es decir, por incluir una limitación a la entrada del genérico a la vez que una transferencia de valor económico del originario al genérico

Si bien puede haber diferencias en la interpretación de los criterios de clasificación entre la DG de Competencia y la FTC, parece razonable asumir que en gran medida los acuerdos de tipo B.II en la clasificación europea se corresponden con los acuerdos potencialmente problemáticos en la clasificación americana. Asumiendo que así sea, comparando los

GRÁFICO 1
ACUERDOS TRANSACCIONALES DE PATENTES EN LA UE POR CATEGORÍA



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en los cinco Informes de seguimiento de acuerdos transaccionales de patentes de la DG de Competencia de la Comisión Europea.

Nota: (*) El elevado número de acuerdos B.I en 2012 y 2013 se debe probablemente a la entrada en vigor en Portugal de la Ley 62/2011, que limita a 30 días el plazo a disposición de las empresas originarias para el inicio del arbitraje, a partir de la fecha de publicación de la autorización comercial concedida al genérico. En caso de no iniciarlo dentro de plazo, la empresa originaria pierde la capacidad de hacer efectivos sus derechos de propiedad intelectual. Ello ha provocado un aumento significativo de los procesos de arbitraje iniciados en Portugal desde 2012, la mayoría de los cuales se resuelven con acuerdos en los que el genérico acepta entrar en el mercado tras la expiración de la patente.

gráficos 1 y 2 observamos que los acuerdos transaccionales de patentes potencialmente problemáticos han sido relativamente más comunes en los Estados Unidos que en la UE en los últimos años, representando entre un 18 por 100 y un 30 por 100 del total de acuerdos notificados a la FTC.

En ningún caso debe interpretarse que la DG de Competencia o la FTC consideren que los acuerdos de tipo B.II sean necesariamente contrarios a las respectivas legislaciones de competencia. Los informes de seguimiento de ambas autoridades demuestran que la gran mayoría de acuerdos no resultan a primera vista problemáticos y que solo

una minoría incluyen términos contractuales que los hagan merecedores de un análisis más exhaustivo, sin que ello prejuzgue en modo alguno su legalidad. De hecho, el reto consiste precisamente en identificar cuando un acuerdo de tipo B.II constituye efectivamente una restricción ilegítima de la competencia.

3. El alcance potencial de la patente como criterio de evaluación

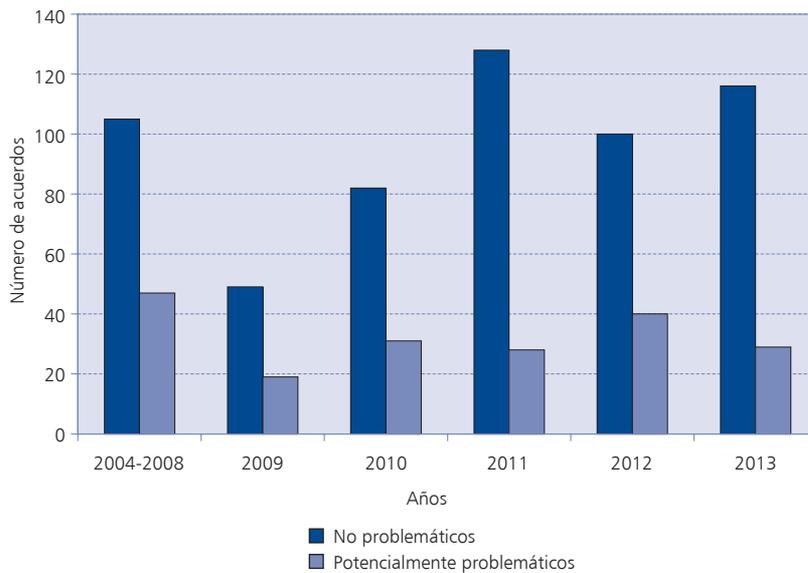
Los primeros casos iniciados por la FTC contra acuerdos *pay-for-delay* en Estados Unidos condujeron a un buen número de sentencias en primera instancia

que descartaron cualquier violación de las leyes de competencia en los acuerdos investigados, en aplicación de lo que se ha llamado el «test de alcance de la patente» (*scope-of-the-patent test* en inglés): todo acuerdo que no conlleve una extensión del alcance efectivo de un derecho de patente en vigor estaría amparado por el legítimo ejercicio del derecho de patente.

En la práctica, la aplicación del test de alcance de la patente supone conceder al titular de la patente un ámbito de inmunidad respecto a las leyes de competencia, dado que acuerdos que podrían ser anticompetitivos en ausencia del derecho de patente pasan a presumirse legales no en base a una valoración de su impacto competitivo, sino en base a su adecuación a los términos del derecho de patente en vigor. La aplicación del test de alcance de la patente ha sido objeto de controversia en Estados Unidos y, en concreto, ha sido atacado por la FTC en sus apelaciones contra dichas sentencias.

En junio de 2013 el Tribunal Supremo estadounidense resolvió la controversia en la sentencia del caso *Actavis*, reconociendo la necesidad de evaluar el impacto competitivo de los acuerdos *pay-for-delay* teniendo en cuenta el carácter probabilístico del derecho de patente, que «puede ser o no ser válido y puede haber sido o no haber sido violado» (10). La sentencia del caso *Actavis*, por lo tanto, implica que la valoración del carácter anticompetitivo de un acuerdo *pay-for-delay* debe tener en cuenta la posibilidad de que, en ausencia del acuerdo, la patente hubiera sido declarada inválida o no violada. En la sentencia, el Tribunal explica que «sería incoherente determinar la conformidad

GRÁFICO 2
ACUERDOS TRANSACCIONALES DE PATENTES EN EE.UU. POR CATEGORÍA



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en el informe de la FTC de diciembre de 2014 sobre el número de acuerdos transaccionales de patentes en el sector farmacéutico.

con la legislación de competencia evaluando los efectos anticompetitivos exclusivamente en base a la legislación de patentes» (11). Ello significa que el carácter anticompetitivo de los acuerdos *pay-for-delay*, como el de cualquier otro tipo de acuerdo, debe ser evaluado en base a su compatibilidad con la legislación de competencia, sin que la presencia de un derecho de patente confiera inmunidad alguna al acuerdo.

En este aspecto, la Comisión Europea ha mantenido un enfoque semejante al de la FTC y el Tribunal Supremo en Estados Unidos. Siguiendo la jurisprudencia de los tribunales europeos, los acuerdos de patentes entre empresas, incluidos los acuerdos que conciernen o resuelven litigios de derechos de patente, no se consideran inmunes al escrutinio según las normas europeas de competencia (12).

4. Inferencia sobre el carácter anticompetitivo de los acuerdos *pay-for-delay*

Una vez reconocida la necesidad de evaluar el potencial carácter anticompetitivo de los acuerdos *pay-for-delay*, incluso cuando no exceden el alcance de una patente en vigor, se plantea la necesidad de disponer de criterios para identificar cuáles de ellos constituyen efectivamente restricciones ilegítimas de la competencia.

La discusión entre economistas de la competencia sobre como determinar si un acuerdo *pay-for-delay* tiene carácter anticompetitivo ha tomado como punto de partida el análisis formalizado propuesto por la FTC, y en especial por Shapiro y sus coautores, en una serie de artículos publicados a lo largo de

los últimos años (13). El objetivo principal de estas contribuciones teóricas ha sido el de proporcionar criterios que permitan determinar el carácter anticompetitivo de un acuerdo *pay-for-delay* analizando los términos contractuales del mismo, sin necesidad de evaluar la resistencia de la patente e investigar el probable resultado que el proceso judicial hubiera producido en ausencia del acuerdo en cuestión.

4.1. El enfoque probabilístico

Los trabajos de Shapiro incorporan el carácter probabilístico de los derechos de patente, proponiendo un contrafactual para el análisis de competencia que tiene en cuenta la posibilidad de que, en ausencia del acuerdo, la patente hubiera sido declarada inválida o no violada y el genérico hubiera podido entrar en el mercado antes de la fecha de expiración de la patente (14). En este contrafactual la fecha esperada de entrada del genérico en el mercado sería anterior a la fecha de expiración de la patente cuando la probabilidad de invalidación o no violación de la patente es mayor que cero. En este sentido, un acuerdo produciría un retraso en la entrada del genérico en el mercado si sus términos solo permiten que dicha entrada tenga lugar en una fecha posterior a la esperada en el escenario contrafactual.

El principal reto de este enfoque es que la fecha esperada de entrada del genérico en el contrafactual es desconocida. Por ello, la discusión académica se ha centrado en cómo establecer la existencia efectiva de un retraso desconociendo la fecha esperada de entrada en ausencia del acuerdo.

El caso más trivial lo plantearían aquellos acuerdos que solo

permiten la entrada del genérico a partir de la fecha de expiración de la patente. Este tipo de acuerdo no sería problemático aplicando el test de alcance de la patente, ya que no extiende el derecho de exclusividad más allá de su fecha de expiración. Por el contrario, sí podría resultar problemático con el enfoque probabilístico, puesto que solo asumiendo que la probabilidad de invalidación o no violación de la patente es nula, puede concluirse que el acuerdo no conlleva un retraso. De hecho, si dicha probabilidad tiende a cero, el enfoque probabilístico coincide con el test de alcance de la patente. Dicho de otro modo, el test de alcance de la patente puede interpretarse como un caso específico del enfoque probabilístico en el que la probabilidad de invalidación o no violación de la patente toma el valor extremo cero.

Para el análisis competitivo de acuerdos que no permiten la entrada inmediata del genérico, pero fijan fechas de entrada anteriores a la fecha de expiración de la patente, Shapiro y otros autores han propuesto tener en cuenta la posible existencia de una transferencia de valor de la empresa originaria a las empresas de genéricos. Veamos primero el caso de acuerdos sin transferencia de valor, antes de considerar los acuerdos con transferencia de valor entre las partes.

4.2. La negociación de la fecha de entrada del genérico en el mercado en ausencia de transferencia de valor

Tanto la empresa originaria como las empresas de genéricos solo aceptarán concluir acuerdos que les reporten beneficios esperados no inferiores que los

beneficios esperados en ausencia de acuerdo. En ausencia de transferencia de valor, los beneficios esperados de la empresa originaria son mayores cuanto más tarde espere que el genérico entre en el mercado y, por el contrario, los beneficios esperados de las empresas de genéricos son mayores cuanto antes esperen entrar en el mercado. Existe pues una tensión entre las preferencias de ambas partes: la empresa originaria querría retrasar la entrada del genérico en la medida de lo posible, mientras las empresas de genéricos querrían anticipar lo máximo su entrada en el mercado.

En este caso, ambas empresas solo serán capaces de alcanzar un acuerdo si sus creencias acerca de la fecha esperada de entrada en ausencia de acuerdo son compatibles (15). Es decir, el acuerdo será posible solo si existen fechas de entrada del genérico que mejoran las expectativas que ambas partes tendrían en ausencia de acuerdo. Por ejemplo, si ambas partes fueran muy optimistas sobre sus posibilidades de ganar el litigio, el espacio para la negociación y la posibilidad de acuerdo serían menores. Por el contrario, si ambas partes fueran muy pesimistas sobre sus posibilidades de ganar el litigio, el espacio para la negociación se ensancharía facilitando el acuerdo y la fecha de entrada acordada dependería en gran medida del poder negociador de cada parte. Asumiendo que ambas partes tienen expectativas suficientemente realistas acerca del resultado probable del litigio en ausencia de acuerdo, este enfoque analítico llevaría a la conclusión de que un acuerdo sin transferencia de valor probablemente refleja precisamente esas expectativas. En ese caso, parece poco probable que acuer-

dos sin transferencia de valor resulten en un retraso significativo en la entrada del genérico en el mercado.

4.3. Distorsión de la fecha de entrada del genérico en acuerdos con transferencia de valor

Con la entrada de genéricos en el mercado, la competencia en precios se intensifica, disipando beneficios empresariales en beneficio de los consumidores. Parece razonable asumir que las rentas obtenidas por la empresa originaria en ausencia de competencia son mayores que las rentas obtenidas conjuntamente por la empresa originaria y la empresa de genéricos cuando compiten en precios entre ellas.

Imaginemos que la empresa originaria y la empresa de genéricos negocian simultáneamente la fecha de entrada del genérico y una transferencia de valor. Dado el efecto disipador de beneficios que tiene la competencia de genéricos, la estrategia que maximiza los beneficios conjuntos de ambas empresas consiste en retrasar la entrada del genérico tanto como sea posible y repartir las rentas de monopolio resultantes a través de una transferencia de valor de la empresa originaria a la empresa de genéricos. Por ello, cuando un acuerdo no permite la entrada inmediata del genérico e incluye una transferencia de valor, no hay motivo para esperar que la fecha de entrada acordada refleje las expectativas de ambas empresas en ausencia de acuerdo. La transferencia de valor tiene la capacidad de retrasar la fecha de entrada acordada.

Ambas empresas solo aceptarán firmar un acuerdo si este les proporciona unos beneficios

que no sean inferiores a los que hubieran esperado obtener en ausencia de acuerdo. Por ello, la empresa originaria no estará dispuesta a pagar una compensación superior al valor de las rentas adicionales obtenidas retrasando la entrada del genérico. A su vez, la empresa de genéricos no estará dispuesta a recibir una compensación inferior al valor de las rentas perdidas por haber aceptado retrasar su entrada en el mercado.

Shapiro sostiene que el valor transferido por la empresa originaria a la empresa de genéricos puede por lo tanto ser informativo acerca del carácter anticompetitivo del acuerdo: la transferencia de un valor elevado sin justificación aparente indicaría que el acuerdo genera sustanciales beneficios adicionales a ambas empresas, respecto a los beneficios que hubieran podido esperar en ausencia del acuerdo. Estos beneficios adicionales provendrían precisamente de retrasar la competencia de genéricos, evitando la disipación de beneficios empresariales en detrimento del bienestar del paciente.

4.4. Lecciones prácticas del análisis teórico

En la práctica, la evaluación del potencial carácter anticompetitivo de un acuerdo *pay-for-delay* deberá tener en cuenta los hechos específicos de cada caso, que difícilmente encajarán perfectamente en los esquemas formalizados que la literatura académica nos propone. El debate académico generado por las aportaciones de Shapiro y sus coautores dista de estar cerrado. Trabajos como Harris *et al.* (2014) apuntan, por ejemplo, a la posibilidad de tener en consideración elementos adicionales, como la posible aversión

al riesgo de las partes en litigio (16). Cualquier análisis orientado a la obtención de criterios de aplicación general adolece necesariamente de no poder incorporar todos los factores que puedan ser relevantes en un caso concreto.

Los acuerdos que observamos en el mundo real son complejos, tanto en su estructura como en su contenido. Las limitaciones a la competencia de genéricos no se reducen simplemente a la determinación de una fecha de entrada, si no que pueden por ejemplo incluir autorizaciones a la entrada que limitan la capacidad del genérico de competir de forma totalmente independiente o que limitan el número de entrantes genéricos. Las transferencias de valor no siempre toman la forma de pagos monetarios, si no que pueden también consistir en acuerdos comerciales que tengan rentabilidad y costes de oportunidad distintos para cada una de las partes. Finalmente, podemos encontrar acuerdos consolidados en un único contrato, pero también acuerdos constituidos a través de múltiples contratos relacionados entre sí.

No obstante, la discusión formalizada tiene por lo menos el mérito de identificar algunos elementos cruciales para el análisis práctico de los acuerdos *pay-for-delay*. En todos estos casos, dos elementos fundamentales tienen que estar presentes para poder hablar de acuerdos *pay-for-delay*: tiene que haber una voluntad explícita o implícita por parte de la empresa de genéricos de reducir sus esfuerzos por competir de manera independiente y tiene que haber algún mecanismo de transferencia de valor que induzca esa voluntad de no competir. El análisis competitivo de un acuerdo *pay-for-delay* debe necesariamente identificar estos

dos elementos fundamentales, lo cual no siempre resulta sencillo dada la complejidad de este tipo de acuerdos.

5. Desarrollos recientes en el ámbito de los acuerdos *pay-for-delay*

En los últimos dos años la Comisión Europea ha adoptado tres decisiones de infracción relativas a acuerdos *pay-for-delay*.

En julio de 2013, la Comisión adoptó la decisión de imponer una sanción de 93,8 millones de euros a la empresa danesa Lundbeck y sanciones por un total de 52,2 millones de euros a varias empresas de genéricos (17) por retrasar el lanzamiento al mercado de sus versiones genéricas de citalopram, uno de los fármacos más comunes en el tratamiento de los síntomas de la depresión grave (18). En sendos acuerdos para poner fin a litigios de patentes, cada una de las empresas de genéricos aceptó retrasar el lanzamiento de su genérico al mercado a cambio de pagos monetarios y otros incentivos económicos sustanciales ofrecidos por Lundbeck. En concreto, en base a estos acuerdos Lundbeck realizó pagos monetarios, adquirió existencias de fármacos genéricos con el único propósito de destruirlas y ofreció beneficios garantizados a través de un acuerdo de distribución.

Las conclusiones de la investigación llevada a cabo por la Comisión confirmaron que los acuerdos entre Lundbeck y las empresas de genéricos implicadas violaron el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) que prohíbe acuerdos anticompetitivos: «Lundbeck no evitó la entrada de genéricos en el mercado en base a sus

derechos de patente, sino que simplemente pagó a otras compañías para que no compitieran, ofreciéndoles el equivalente de las ganancias que hubieran podido percibir en caso de haber entrado en el mercado. Ello significa que Lundbeck y sus potenciales competidores genéricos compartieron rentas de monopolio» (19). La decisión del caso Citalopram fue la primera decisión de la Comisión contra un acuerdo *pay-for-delay* y ha sido recurrida ante el Tribunal General de la UE, que aún no ha dictado sentencia.

En diciembre de 2013 la Comisión adoptó su segunda decisión contra un acuerdo *pay-for-delay*, en la que impuso sanciones de 10,7 millones de euros a la empresa americana Johnson & Johnson (J&J) y de 5,4 millones de euros a la empresa suiza Novartis por retrasar la entrada en el mercado holandés de la versión genérica del analgésico fentanyl, cuyo lanzamiento esta última tenía preparado (20). El caso Fentanyl constituye un ejemplo de acuerdo *pay-for-delay* que no está relacionado con ningún litigio, pues en el momento en que se firmó el acuerdo ya habían expirado cualesquiera derechos de patente y no había ninguna disputa al respecto entre las partes firmantes del acuerdo (21).

La filial holandesa de J&J, Janssen-Cilag, y la filial holandesa de Novartis para genéricos, Sandoz, firmaron un acuerdo de copromoción que contenía incentivos importantes para que Sandoz retrasara el lanzamiento de su genérico. En él, Janssen-Cilag se comprometía a pagos mensuales que excedían los beneficios que Sandoz podía esperar obtener de la venta de su producto genérico en el mercado. Dichos pagos estaban condicionados a

que ningún genérico de fentanyl entrase en el mercado y, en consecuencia, Sandoz optó por no lanzar su propio genérico. El acuerdo fue interrumpido en diciembre de 2006, cuando una tercera empresa lanzó de forma independiente su propia versión genérica de fentanyl. En su decisión de infracción, la Comisión concluyó que el acuerdo era contrario al artículo 101 del TFEU, por haber retrasado diecisiete meses la entrada de fentanyl genérico en Holanda y por haber permitido el mantenimiento de precios artificialmente altos, en perjuicio de los pacientes y del sistema holandés de salud. Dicha decisión no fue apelada por J&J y Novartis, que reconocieron los hechos y aceptaron las sanciones impuestas.

Finalmente, en julio de 2014 la Comisión impuso sanciones por un total de 427,7 millones de euros a la empresa farmacéutica francesa Servier y a cinco empresas de genéricos (Niche/Unichem, Martix, Teva, Krka and Lupin) por concluir una serie de acuerdos orientados a retrasar el lanzamiento en Europa de sus versiones genéricas del fármaco contra la hipertensión perindopril (22). A través de una adquisición de tecnología bajo patente y de una serie de acuerdos con sus competidores genéricos, Servier aplicó una estrategia compleja para retrasar la competencia de genéricos. Las empresas de genéricos acordaron abstenerse de competir a cambio de una parte de las rentas de Servier, principalmente a través de pagos monetarios.

En su investigación la Comisión concluyó que la compra de una tecnología alternativa bajo patente con el mero objetivo de bloquear su uso y los pagos a potenciales competidores para que no entra-

ran en el mercado, evitando así la competencia en méritos, son prácticas contrarias a la legislación europea de competencia. A ojos de la Comisión, tal estrategia viola por un lado el artículo 101 del TFEU, que prohíbe acuerdos anticompetitivos entre empresas, y por otro lado el artículo 102 del TFEU, que prohíbe el abuso de posición dominante. La decisión del caso Perindopril ha sido recurrida ante el Tribunal General de la UE, que aún no ha dictado sentencia.

Actualmente, la DG de Competencia mantiene abierta la investigación de un acuerdo de 2005 entre la empresa israelí Teva y la estadounidense Cephalon (23) que podría haber tenido el objeto o el efecto de retrasar la entrada de una versión genérica del fármaco psicoestimulante modafinil en Europa (24).

En el Reino Unido, la CMA investiga desde agosto de 2011 los acuerdos entre la empresa británica GlaxoSmithKline (GSK) y tres empresas de genéricos (Alpharma, Generics UK and Norton Healthcare) que podrían haber retrasado la entrada de genéricos del fármaco antidepresivo paroxetina. La opinión provisional de la CMA, de acuerdo con el pliego de cargos publicado en 2013, es que estos acuerdos incluían pagos sustanciales por parte de GSK a las empresas genéricas a cambio de obtener su compromiso de retrasar la comercialización de sus versiones genéricas de paroxetina. La CMA ha anunciado que espera adoptar su decisión final antes del fin del presente año 2015.

En los Estados Unidos la sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2013 en el caso Actavis supuso un punto de inflexión en el desarrollo judicial de los casos

contra acuerdos *pay-for-delay*. La sentencia expresó con claridad que el test de alcance de la patente es inadecuado para determinar el ajuste de estos acuerdos a la legislación de competencia y estableció la necesidad de evaluar su impacto competitivo teniendo en cuenta el carácter probabilístico de los derechos de patente.

La decisión del Tribunal Supremo, no obstante, no determinó de manera inequívoca criterios concretos para la evaluación del carácter anticompetitivo de los acuerdos *pay-for-delay*. En los últimos dos años los tribunales de distrito han tomado decisiones dispares, por ejemplo, sobre la consideración de transferencias de valor no monetarias como pago. No obstante, en contra del criterio restrictivo de algunos tribunales de distrito, el Tribunal Supremo del Estado de California ha establecido en su reciente decisión de mayo de 2015 en los casos Cipro I y Cipro II que el pago en un acuerdo *pay-for-delay* puede tomar forma de transferencia no monetaria. En particular, recuerda a los tribunales que «no deberían permitir que variaciones creativas en la forma de la consideración conlleve que la compra de libertad respecto a la competencia no sea detectada» en el proceso judicial (25). En Estados Unidos, como en Europa, habrá que continuar observando los desarrollos en la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos *pay-for-delay*, especialmente en el ámbito judicial.

6. Otros desarrollos recientes en Europa

Los acuerdos *pay-for-delay* no constituyen el único tipo de práctica anticompetitiva en el sector

farmacéutico que ha atraído la atención de las autoridades de competencia en los últimos años. El caso *Xalatan* en Italia o el caso *Plavix* en Francia son dos ejemplos de ello:

a. En febrero de 2014 el Consejo de Estado italiano confirmó la decisión adoptada en enero de 2012 por la Autoridad Garante de la Competencia y los Mercados italiana, en la que condenaba la empresa Pfizer al pago de 10,6 millones de euros por aplicar una estrategia de exclusión de competidores genéricos obstruyendo y ralentizando su acceso al mercado del fármaco oftalmológico latanoprost. En concreto, Pfizer utilizó de manera estratégica el sistema administrativo y judicial para crear trabas y elevar los costes de entrada de sus competidores genéricos (26).

b. En diciembre de 2014 la Corte de Apelaciones de París confirmó la decisión adoptada en mayo de 2013 por la Autoridad de Competencia francesa, en la que condenaba la empresa Sanofi Aventis al pago de una sanción de 40,6 millones de euros por aplicar una estrategia de denigración de sus competidores genéricos para dificultar su penetración en el mercado del fármaco clopidogrel. En concreto, Sanofi Aventis diseñó una campaña de comunicación cuyo objetivo era sembrar dudas entre los profesionales sanitarios acerca de la eficacia y seguridad de los productos genéricos, sin evidencia científica alguna al respecto (27).

Si bien estas y otras decisiones recientes han dado lugar sin duda a interesantes debates sobre los hechos específicos de cada caso y su valoración desde la perspectiva del derecho de la competencia, no han generado un debate comparable al que se

ha desarrollado en relación con los acuerdos *pay-for-delay*.

IV. EL PAPEL DEL CONTROL DE FUSIONES EN LA PRESERVACIÓN DE LOS INCENTIVOS A LA INNOVACIÓN FARMACÉUTICA

El control de fusiones ha tenido también un impacto significativo en los mercados farmacéuticos, dada la cantidad de fusiones y adquisiciones farmacéuticas que han tenido lugar a lo largo de la última década. Hay muchos aspectos del análisis de fusiones farmacéuticas que podrían ser comentados, incluidas las cuestiones de definición de mercado, competencia entre fármacos biológicos y biosimilares, competencia entre especialidades farmacéuticas publicitarias, por citar solo algunos de ellos. Sin embargo, dado el énfasis de este artículo en la importancia de la interacción entre competencia e innovación, resulta apropiado describir brevemente cómo en el contexto del control de fusiones se puede tratar de analizar el impacto de una transacción en la competencia en innovación.

1. Análisis del impacto en los incentivos a la innovación farmacéutica

La literatura económica reconoce las potenciales ganancias de eficiencia que pueden resultar de fusiones y adquisiciones, especialmente cuando las empresas implicadas tienen habilidades y capacidades complementarias (28). Este efecto procompetitivo es particularmente importante en las fusiones y adquisiciones entre empresas farmacéuticas, dada la complejidad de los pro-

cesos de innovación y desarrollo de nuevos fármacos, que incluyen desde investigación básica, hasta capacidad productiva y comercial a gran escala, pasando por investigación clínica y gestión de procedimientos regulatorios sofisticados. Las fusiones entre grandes empresas farmacéuticas y pequeñas empresas biotecnológicas se han citado a menudo como ejemplos de transacciones cuya racionalidad se basa en la clara complementariedad de sus ventajas comparativas (29).

Haciendo referencia una vez más a la terminología usada por Shapiro, estaríamos hablando del «principio de las sinergias»: la complementariedad entre empresas en una fusión o adquisición se traduce en mayor capacidad innovadora. Si los principios de apropiabilidad y de demanda contestable están relacionados con los incentivos a innovar, el principio de las sinergias se refiere a la capacidad de innovar.

De acuerdo con las directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales, la Comisión tiene la misión de impedir las fusiones que podrían privar a los consumidores de las ventajas de una competencia efectiva, entre las cuales se cita explícitamente la innovación (30). Uno de los retos a afrontar en la práctica es que el análisis más tradicional de la competencia efectiva y potencial en mercados existentes puede no ser suficiente para determinar el impacto real que una fusión pueda tener en términos de capacidad e incentivo a la innovación.

Mientras el análisis de mercados existentes es en general útil para evaluar el impacto en precios, calidad y variedad; resulta menos apropiado para la evaluación del impacto en innovación.

Los nuevos fármacos resultantes del esfuerzo innovador pueden transformar de manera sustancial la estructura de los mercados hoy existentes o pueden incluso generar una demanda y un mercado enteramente nuevos. Así pues, al analizar el impacto de una fusión entre empresas farmacéuticas innovadoras, debemos evaluar no solo cuál es el impacto en mercados existentes, si no también cómo la fusión afecta la capacidad innovadora, los incentivos a innovar y, en la medida de lo posible, la competencia en mercados futuros.

Los resultados del esfuerzo en innovación y desarrollo son siempre en cierta medida inciertos. Ello sin duda debe ser tenido en cuenta al analizar el impacto de una fusión en innovación, pero no implica que este análisis no sea posible. En la industria farmacéutica en particular, el proceso de desarrollo clínico se estructura de tal manera que permite, ya desde las fases iniciales de desarrollo, identificar programas de investigación que compiten por desarrollar en paralelo nuevos productos sustituibles entre ellos y que, en caso de éxito, competirán probablemente en futuros mercados.

Es razonable esperar que la probabilidad de éxito de un programa de desarrollo clínico esté positivamente relacionada con el esfuerzo y los recursos invertidos en el programa. Por ello, que exista cierto grado de incertidumbre, por ejemplo acerca del resultado de un estudio clínico, no necesariamente impide que se puedan evaluar los efectos de una fusión en el probable éxito o fracaso de un programa de desarrollo clínico. Si hay evidencia de que dicha fusión conllevará una reducción del esfuerzo y los recursos invertidos en un pro-

grama de desarrollo clínico, es razonable pensar que ello disminuya la probabilidad de que en el futuro dicho programa resulte en un nuevo fármaco a disposición de pacientes y profesionales sanitarios. Puede ser, como se describe en una reciente decisión de la Comisión, que la evidencia disponible indique que la fusión probablemente conllevaría el completo abandono de un programa de desarrollo clínico al que se hubiera dado continuidad en ausencia de la fusión.

2. El caso Novartis/GSK oncology business

En enero de 2015, la Comisión aprobó con condiciones la adquisición por parte de Novartis de la división de oncología de GSK (31 y 32). La transacción propuesta incluía la adquisición de productos en proceso de desarrollo clínico y planteó la necesidad de evaluar su impacto en los incentivos a mantener el esfuerzo y los recursos necesarios para el desarrollo de dichos productos. En casos precedentes la Comisión había investigado productos en fase avanzada de desarrollo, generalmente en fase III o en fase de autorización regulatoria, tratándolos como competidores potenciales de otros productos ya disponibles en el mercado. En este caso, por el contrario, la Comisión evaluó directamente el impacto que la adquisición tendría en la competencia en innovación también en fases menos avanzadas de desarrollo clínico.

La Comisión tomó en consideración que los programas de desarrollo clínico de GSK y Novartis se basaban en los mismos mecanismos de acción farmacológica, estaban orientados a dar respuesta a las mismas necesida-

des terapéuticas insatisfechas y se encontraban en estadios parecidos de desarrollo clínico. Ello permitió concluir que ambas empresas competían a través de sus programas de desarrollo clínico para un cierto número de indicaciones terapéuticas en oncología, incluyendo cáncer de pulmón y cáncer colorrectal.

La Comisión tuvo en cuenta el reducido número de programas de desarrollo clínico que podrían producir resultados similares, siendo Roche la única empresa farmacéutica con un programa comparable por características y estadio de desarrollo. La adquisición propuesta por Novartis y GSK hubiera por tanto implicado la fusión de dos de los tres únicos competidores con programas de desarrollo clínico semejantes. Por ello la Comisión concluyó que la adquisición hubiera muy probablemente reducido la competencia en innovación, toda vez que Novartis hubiera tenido incentivo a priorizar uno de los dos programas y a paralizar o ralentizar significativamente el otro. En última instancia, se hubiera reducido la variedad de nuevos fármacos disponibles y la intensidad de la competencia en los futuros mercados relevantes.

Para resolver los problemas de competencia identificados por la Comisión, Novartis se comprometió a enajenar su propio programa de desarrollo clínico, de tal manera que otra empresa pudiera darle continuidad. Para garantizar el éxito de la transferencia del programa, Novartis también se comprometió a dar el apoyo necesario a la empresa compradora durante un periodo de transición. Los objetivos de los remedios aceptados por la Comisión pretenden garantizar que se mantengan el esfuerzo y los recursos que, en ausencia de

la fusión, GSK y Novartis hubieran invertido en sus respectivos programas de desarrollo clínico, garantizando que la probabilidad de éxito de los mismos no se vea reducida por causa de la fusión.

5. CONCLUSIÓN

La política de la competencia en el sector farmacéutico puede promover más innovación, contribuir a la sostenibilidad del gasto público en farmacia y mejorar el acceso a la salud de los ciudadanos. Conscientes de ello, la Comisión Europea, la FTC y las autoridades nacionales europeas han identificado el sector farmacéutico como una prioridad en su agenda y han intervenido activamente en el sector en los últimos años en beneficio de los pacientes y los sistemas nacionales de salud.

Las autoridades de defensa de la competencia han sido especialmente activas en la lucha contra prácticas restrictivas de la competencia de genéricos, entre las que destacan los acuerdos «*pay-for-delay*» entre empresas originarias y empresas genéricas. En estos casos, pacientes y sistemas nacionales de salud pagan los costes de unas restricciones a la competencia de genéricos que no son consecuencia de la legítima aplicación de derechos de propiedad intelectual, sino el resultado de acuerdos que extienden ilegítimamente estos derechos. Estrategias, como los acuerdos «*pay-for-delay*», que sustituyen la competencia basada en los méritos por acuerdos de reparto de rentas de monopolio, son particularmente nocivas para el bienestar social: implican precios más altos de los fármacos afectados, limitan el acceso a la salud y erosionan los incentivos a la innovación que la competencia contribuye a generar.

En este artículo he intentado ilustrar como competencia e innovación son procesos dinámicos inextricablemente vinculados y como una política de la competencia activa en el sector farmacéutico puede y debe garantizar que la competencia efectiva en todas las fases del proceso de desarrollo del fármaco se traduce en mayor esfuerzo innovador y mejor acceso de los pacientes tanto a los fármacos de hoy como a los nuevos fármacos del futuro.

NOTAS

(*) El autor agradece a Joan Ramon Borrell sus comentarios a versiones preliminares del presente artículo y a Irene Mirabile, Michael K. Pieber y Arthur Stril las útiles discusiones sobre innovación y control de fusiones. Cualquier error u omisión es de exclusiva responsabilidad del autor.

(**) Economista en la Oficina del Economista Jefe, DG de Competencia, Comisión Europea. Edificio Madou, Place Madou, Bruselas (Bélgica). E-mail: lluis.sauri-romero@ec.europa.eu.

(***) El presente artículo refleja meramente las opiniones del autor y no vincula de ningún modo a la Comisión Europea.

(1) A lo largo de este artículo haré referencia en diversas ocasiones al trabajo de SHAPIRO (2012) sobre la relación entre competencia e innovación y en el que Shapiro propone los conceptos de apropiabilidad, contestabilidad y sinergias como instrumentos útiles en el estudio de dicha relación.

(2) El trabajo de AGHION *et al.* (2005) formaliza estos mecanismos de transmisión entre competencia e innovación. Tal y como explica SHAPIRO (2012), los resultados de Aghion y sus coautores sobre la relación entre competencia e innovación en forma de U invertida es coherente con una relación monótona positiva entre contestabilidad e innovación.

(3) Esta descripción del proceso competitivo en los mercados farmacéuticos a lo largo del ciclo de vida del producto es una simplificación razonable para la mayoría de fármacos de prescripción médica, pero que no cubre las especificidades de ciertos tipos de productos farmacéuticos. En las especialidades publicitarias sin necesidad de prescripción médica, por ejemplo, la diferenciación de producto en base al reconocimiento de la marca por parte del paciente es un factor del proceso competitivo cuya relevancia se extiende más allá

de la extinción de cualesquiera derechos de propiedad intelectual. En el caso de fármacos biológicos cierto grado de diferenciación se mantiene tras la extinción de dichos derechos por la imposibilidad de replicar enteramente su compleja estructura molecular, razón por la cual no existen genéricos de productos biológicos, sino productos biosimilares que no pueden ser considerados idénticos a los biológicos originales.

(4) Existen numerosos trabajos sobre el impacto competitivo de los fármacos genéricos en precios y estructura del mercado, sobre todo en los Estados Unidos pero de manera creciente también para los mercados europeos. GLOWICKA *et al.* (2009) analiza los patrones de entrada de genéricos y su impacto en los mercados europeo entre 2001 y 2008.

(5) En concreto, el análisis econométrico sobre el impacto de la entrada de genéricos en el mercado realizado por los servicios de la Comisión en el contexto de la investigación sectorial proporcionó algunas indicaciones sobre los instrumentos regulatorios que parecen ser más eficaces en la promoción de la competencia de genéricos. Dicho análisis indicó que los sistemas nacionales que obligan a los farmacéuticos a despachar fármacos genéricos y alientan a los médicos a prescribir el principio activo (en lugar de fármacos de una determinada marca) favorecen la competencia en precios y la penetración de los genéricos en el mercado. Otro tanto sucede con las políticas que priorizan el reembolso de los fármacos de menor precio y un ajuste frecuente de los importes reembolsados para tener en cuenta la evolución de los precios en el mercado. De la misma manera, el copago diferenciado en proporción al precio por parte de los pacientes también parece favorecer la competencia en precios. Por el contrario, de acuerdo con el análisis de la Comisión, el recurso a fijar límites de precios para los fármacos genéricos no parece favorecer la competencia en precios ni la penetración de los genéricos en el mercado.

(6) Véase, por ejemplo, el siguiente extracto del 5º Informe anual de seguimiento de acuerdos transaccionales de patentes publicado por la Comisión Europea: «As in any other area of commercial disagreement, the parties concerned have a legitimate interest in finding a mutually acceptable compromise. In particular the parties may prefer to discontinue the dispute or litigation because it is too costly, time-consuming and/or risky as regards its outcome. Settlements are thus a generally accepted, legitimate way of ending private disagreements. They can also save courts and/or competent administrative bodies such as patent offices' time and effort. Therefore, they can have some positive impact in the interest of society.»

(7) Véase también el siguiente extracto del estudio publicado por la FTC bajo el título «Pay for Delay: How Drug Company Pay-Offs Cost Consumers Billions» en julio de 2009: «Can Pharmaceutical Companies Settle Patent Litigation without Pay-for-Delay Agreements?

Yes. From FY2004-FY2009, pharmaceutical companies filed a total of 218 final settlement agreements involving brand and generic companies. Seventy percent of those patent settlements – 152 – did not involve compensation from the brand to the generic combined with a delay in generic entry.»

(8) Todos los Informes anuales de seguimiento están disponibles en inglés en la página electrónica de la DG de Competencia (<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>).

(9) Todos los Informes anuales de seguimiento están disponibles en inglés en la página electrónica de la FTC (<https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/pay-delay>).

(10) Traducción del autor a partir del original: *The patent here may or may not be valid, and may or may not be infringed.* Véase apartado II.A de la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de junio de 2013 en el caso FTC vs Actavis, Inc.

(11) Traducción del autor a partir del original: *Given these factors, it would be incongruous to deter mine antitrust legality by measuring the settlement's anticompetitive effects solely against patent law policy, rather than by measuring them against procompetitive antitrust policies as well.* Véase apartado II.A de la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de junio de 2013 en el caso FTC vs Actavis, Inc.

(12) Ver párrafo 597 de la Decisión de la Comisión Europea en el Caso AT.39226, *Lundbeck*.

(13) El reciente trabajo de EDLIN *et al.* (2015) ofrece una discusión a la vez accesible y detallada de este enfoque analítico. El trabajo de SALLINGER *et al.* (2007) contiene las bases del análisis teórico desarrollado por la FTC a lo largo de los últimos años.

(14) Conviene recordar el trabajo de LEMLEY *et al.* (2005) sobre el carácter probabilístico de los derechos de patente y, en particular, su párrafo conclusivo: «The patent system does not grant an absolute right to inventors to exclude others from practicing their inventions, as many economic models assume. Rather, the patent system gives the patent holder a right to try to exclude others by asserting its patent against them in court. The actual scope of a patent right, and even whether the right will withstand litigation at all, are uncertain and contingent questions. This uncertainty is not an accident or mistake. Rather, it is an inherent part of our patent system, an accommodation to the hundreds of thousands of patent applications filed each year, the inability of third parties to participate effectively in determining whether a patent should issue, and the fact that for the vast majority of issued patents, scope and validity are of little or no commercial significance.»

(15) Por simplicidad expositiva, suponemos que solo hay una empresa de genéricos. La literatura ha desarrollado los mismos razonamientos asumiendo múltiples empresas de genéricos. En particular, véase el apéndice de EDLIN *et al.* (2015).

(16) El supuesto de neutralidad hacia el riesgo parece razonable como punto de partida. Si bien la aversión al riesgo podría justificar una mayor disponibilidad a pagar por parte de la empresa originaria, desde la perspectiva del derecho de la competencia dicha aversión no parece constituir una justificación aceptable de un pago en el contexto de un acuerdo de patentes. El pago suscitado por la aversión al riesgo sería de hecho un pago orientado a evitar precisamente el riesgo de tener que afrontar la competencia de genéricos, lo cual en principio reforzaría el potencial carácter anticompetitivo del acuerdo.

(17) Dichas empresas son Alpharma, Merck, Arrow y Ranbaxy.

(18) Véase la nota de prensa de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013 sobre el Caso AT.39226 - *Lundbeck*: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-563_en.htm

(19) Véase la nota de prensa de la Comisión Europea de 19 de junio de 2013 sobre el Caso AT.39226 - *Lundbeck*: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-563_en.htm

(20) Véase la nota de prensa de la Comisión Europea de 10 de diciembre de 2013 sobre el Caso AT.39685 - *Fentanyl*: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1233_fr.htm

(21) Este tipo de acuerdos se han llamado acuerdos *naked pay-for-delay*.

(22) Véase la nota de prensa de la Comisión Europea de 9 de julio de 2014 sobre el Caso AT.39612 - *Perindopril* (Servier): http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-799_en.htm

(23) Teva adquirió Cephalon en 2011, siendo desde entonces parte de un mismo grupo empresarial.

(24) Véase la nota de prensa de la Comisión Europea de 28 de abril de 2011 sobre el Caso AT.39686 - *Cephalon*: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-511_en.htm

(25) Traducción del autor a partir del original: «should not let creative variations in the form of consideration result in the purchase of freedom from competition escaping detection.» Véase nota a pie de página 109 de la decisión del Tribunal Supremo del Estado de California de 7 de mayo de 2015 en el caso *In re Cipro Cases I and II*.

(26) Véase la nota de prensa de la AGCM italiana: <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/1986-pfizer-sanctioned-with-106-million-euro-fine-for-abuse-of-dominant-position.html>

<p>(27) Véase la nota de prensa de la Autoridad de la Competencia francesa: http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=483&id_article=2091</p> <p>(28) FARRELL <i>et al.</i> (2000) ofrece una interesante discusión sobre los conceptos de sinergia y de eficiencia en el contexto del control de fusiones.</p> <p>(29) COMANOR <i>et al.</i> (2013) analizan las sinergias generadas por distintos tipos de fusiones farmacéuticas.</p> <p>(30) Véase el párrafo 8 de las «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.» http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN</p> <p>(31) Decisión de la Comisión de 28 de enero de 2015 en el caso M.7275 – Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business.</p> <p>(32) MIRABILE <i>et al.</i> (2015) ofrece un resumen de los elementos principales del análisis del caso, especialmente en relación con el posible impacto de la transacción en los incentivos a la innovación y el diseño de los remedios aceptados como condición para su aprobación por parte de la Comisión.</p>	<p>BIBLIOGRAFÍA</p> <p>AGHION, P.; BLOOM, N.; BLUNDELL, R.; GRIFFITH, R., y HOWITT, P. (2005), «Competition and Innovation: An Inverted U Relationship», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 120: 701-728.</p> <p>COMANOR, W.S., y SCHERER, F.M. (2013), «Mergers and Innovation in the Pharmaceutical Industry», <i>Journal of Health Economics</i>, 32(1): 106-113.</p> <p>COMISIÓN EUROPEA (2009), <i>Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report</i>.</p> <p>EDLIN, A.; HEMPHILL, S.; HOVENKAMP, H., y SHAPIRO, C. (2014), «Activating Actavis», <i>Antitrust</i>, 28(1):16-23.</p> <p>EDLIN, A.; HEMPHILL, S.; HOVENKAMP, H., y SHAPIRO, C. (2014), «Actavis and Error Costs: A Reply to Critics», <i>The Antitrust Source</i>, October 2014:1-8.</p> <p>EDLIN, A.; HEMPHILL, S.; HOVENKAMP, H., y SHAPIRO, C. (2015), «The Actavis Inference: Theory and Practice», <i>Columbia Public Law Research Paper</i>, Nº 14-459.</p> <p>FARRELL, J., y SHAPIRO, C. (2000), «Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis», <i>Antitrust Law Journal</i>, 68: 685-710.</p> <p>FEDERAL TRADE COMMISSION (2009), <i>Pay for Delay: How Drug Company Pay-Offs Cost Consumers Billions</i>.</p>	<p>GLOWICKA, E.; Lorincz, S.; PESARESI, E.; SAURI, L., y VERouden, V. (2009), «Generic Entry in Prescription Medicines in the EU: Main Characteristics, Determinants and Effects», <i>Discussion Paper</i>, Chief Economist Team, DG Competition, European Commission.</p> <p>HARRIS, B.C.; MURPHY, K.M.; WILLIG, R.D., y WRIGHT, M.B. (2014), «Activating Actavis: A More Complete Story», <i>Antitrust</i>, 28(2): 83-89.</p> <p>LEMLEY, M.A., y SHAPIRO, C. (2005), «Probabilistic Patents», <i>The Journal of Economic Perspectives</i>, 19(2): 75-98.</p> <p>MIRABILE, I.; PIEBER, M.K.; SAURI, L., y STRIL, A. (2015), «Protecting the Drugs of Tomorrow: Competition and Innovation in Healthcare», <i>Competition Merger Brief</i>, Issue 2/2015, European Commission.</p> <p>SALINGER, M.; IPPOLITO, P., y SCHRAG, J. (2007), «Economics at the FTC: Pharmaceutical patent dispute settlements and behavioral economics», <i>Review of Industrial Organization</i>, 31(2): 85–105.</p> <p>SHAPIRO, C. (2012), «Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye?», en LERNER, J. y STERN, S. (ed.), <i>The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited</i>, National Bureau of Economic Research, University of Chicago Press.</p>
--	---	--

COLABORADORES EN ESTE NÚMERO

ASENSIO, Javier. Es M.Sc por la Universidad de Reading (Reino Unido) y doctor en Economía por la Universitat Autònoma de Barcelona, en cuyo departamento de Economía Aplicada es profesor titular. Desarrolla su investigación en el campo de la economía del transporte y la organización industrial empírica. Es miembro del Institut d'Economia de Barcelona (IEB) y del Centre for Competition and Regulatory Policy (CCRP).

BORRELL, Joan-Ramon. Es doctor en Economía por la Universidad de Barcelona, máster en Economía Política Internacional por la Universidad de Warwick (Reino Unido), profesor titular de *UB Economics* y director del Máster en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona. Ejerce además de secretario técnico en el Círculo de Economía. Su campo de especialización es el de la organización industrial empírica y la evaluación cuantitativa de políticas. Ha participado en proyectos de investigación de convocatorias competitivas del Gobierno de España, de la Generalitat de Catalunya, de Recercaixa-ACUP, de Fundación BBVA y de la Fundación Merck. Sus trabajos publicados se encuentran en revistas como *Journal of Competition Law and Economics*, *Review of Industrial Organization*, *Environment & Planning C: Government & Policy*, *Antitrust Bulletin* y otras, y en libros de Elsevier y Springer entre otros.

CALVERAS, Aleix. Es doctor en Economía por la Universitat Autònoma de Barcelona, y profesor del departamento de Economía de la Empresa de la Universitat de les Illes Balears. Su investigación se centra principalmente en las áreas de Responsabilidad Social Corporativa, y en Economía del Turismo, habiendo publicado en revistas nacionales e internacionales como el *Journal of Economics and Management Strategy*, *SERIEs*, *Journal of Regulatory Economics* y en *Tourism Economics*, entre otras. Participa en el proyecto de investigación «Competitividad: innovación y organización interna de la empresa» financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y es en la actualidad miembro del Comité Científico de las Jornadas de Economía Industrial.

CIARRETA, Aitor. Se licenció en Ciencias Económicas y Empresariales y posteriormente realizó y defendió su tesis doctoral (Ph D) en la State University of New York at Stony Brook, incorporándose en 2004 a la Universidad del País Vasco, donde actualmente es profesor titular de Fundamentos del Análisis Económico. Sus trabajos académicos se han centrado en el área de la economía industrial, destacando sus artículos en el área de los mercados de la energía y el mercado de servicios jurídicos. Sus trabajos se han publicado en las principales revistas académicas de su ámbito de especialización, así como en libros colectivos y monografías.

DELGADO, Juan. Director de Global Economics Group. Posee una amplia experiencia en el análisis económico de asuntos legales, regulatorios y de políticas públicas como investigador, gestor público y consultor. Hasta 2011, fue el primer economista jefe de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre 2004 y 2008, fue investigador en el *think tank* europeo Bruegel y en la Harvard Kennedy School. Con anterioridad, trabajó como economista en la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea y en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Imparte docencia en la Universidad Carlos III de Madrid y en la IE University. Es doctor en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid y máster por la Universidad de Warwick.

ESPINOSA, María Paz. Se licenció en Ciencias Económicas y Empresariales y posteriormente obtuvo su máster en Economía en la Universidad de Harvard, en la que además realizó y defendió su tesis doctoral (Ph D), incorporándose después a la Universidad del País Vasco, donde actualmente es catedrática de Fundamentos del Análisis Económico y lidera un grupo de investigación. Sus trabajos académicos se han centrado en el área de la economía industrial, la teoría de juegos y la economía del comportamiento, destacando sus artículos en el área de los mercados de la energía, el transporte y el mercado de servicios jurídicos. Sus trabajos se han publicado en las principales revistas académicas de su ámbito de especialización, así como en libros colectivos y monografías. Colabora con varias revistas científicas en calidad de coeditora o miembro del consejo editorial. Ha sido presidenta de la Asociación Española de Economía, miembro del consejo de administración de Aena Aeropuertos y del consejo de administración de UNIQAL. Actualmente es miembro del consejo asesor del Área de Planificación Estratégica y Estudios de CaixaBank y miembro del consejo de gobierno de UNIBASQ.

GANUZA, Juan José. Catedrático del departamento de economía y empresa de la Universitat Pompeu Fabra y profesor afiliado de la Barcelona GSE. Es licenciado en Ciencias Físicas por la Universidad Complutense de Madrid (1991), y doctorado en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid en 1996. En 1998 se incorporó a la Universitat Pompeu Fabra donde fue promocionado a catedrático en 2009. Su investigación se centra fundamentalmente en cuatro grandes áreas: i) subastas, compras públicas y diseño de mecanismos, ii) análisis económico del derecho, iii) regulación y defensa de la competencia y iv) estrategia empresarial e innovación. Ha publicado en las principales revistas internacionales de su campo de investigación (*RAND Journal of Economics*, *International Journal of Industrial Organization*, *Journal of Industrial Economics*, *Journal of Economics Management and Strategy*, etc), así como en las revistas internacionales líderes en el ámbito de la economía, (como *Econometrica*), análisis económico del derecho (como *Journal of Legal Studies*), y la gestión empresarial (como *Management Science*). Finalmente, ha colaborado en la elaboración de varios libros relacionados con la regulación y la contratación pública, incluyendo el *Handbook of Procurement* (Cambridge University Press, 2006).

GARCÍA-VERDUGO, Javier. Profesor titular de Economía Aplicada de la UNED. Premio extraordinario de doctorado. Profesor

e investigador invitado en distintas universidades nacionales y extranjeras. Ha publicado monografías y artículos especializados sobre economía de la energía, seguridad energética, mercados de futuros de *commodities*, bienes públicos globales, y la relación entre el sistema financiero y el desarrollo económico, entre otros. Actualmente es asesor económico del presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

GUTIÉRREZ, Inmaculada. Es licenciada en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid y Técnico Comercial y Economista del Estado. Su campo de especialización es la política de competencia, las políticas regulatorias y, en general, el diseño y ejecución de políticas públicas. Entre otros, ha ocupado los cargos de subdirectora general de Concentraciones y Estudios del Servicio de Defensa de la Competencia, subdirectora de estudios del Tribunal de Defensa de la Competencia y Consejera de la Comisión Nacional de la Competencia. También ha trabajado para consultoras económicas americanas especializadas en antitrust, asesorando a clientes de sectores muy diversos. Tiene publicados numerosos artículos en materia de competencia y regulación económica.

JIMÉNEZ, Juan Luis. Es doctor en Economía por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y profesor contratado en la misma. Su campo de especialización es la política de competencia y, en general, la economía pública. Ha participado en proyectos de investigación para la Comisión Europea, Ministerio de Educación del Gobierno de España o el Gobierno chileno, entre otros. Sus publicaciones se encuentran en revistas como *Energy Economics*, *Journal of Competition Law and Economics*, *Review of Industrial Organization*, *Transport Policy* o el *Journal of Transport Geography*, entre otras.

LLOBET, Gerard. Es profesor titular de Economía en el Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI). Obtuvo su doctorado en Economía por la Universidad de Rochester en el año 2000. Su investigación se centra en la economía industrial, regulación de mercados y política de competencia. Muchos de sus trabajos versan sobre temas de innovación, protección de la propiedad intelectual y los efectos de cómo se licencia la misma. También ha estudiado temas como el mercado del automóvil, competencia entre bancos y responsabilidad social de las empresas. Estos trabajos han sido publicados en revistas como *Journal of Political Economy*, *Management Science*, *Review of Financial Studies* o *Journal of Marketing Research*. Es además editor del blog de economía *Nadaesgratis*.

MARCOS, Francisco. Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo, Master of Laws (LLM) por la Universidad de California en Berkeley (Boalt Hall) y doctor en Derecho por el Real Colegio de España en Bolonia. Es profesor del área jurídica del Instituto de Empresa (ahora IE Law School) desde 2003, fue beneficiario de una beca Fulbright (1994-1995) y de una beca del Real Colegio de España en Bolonia (1997-1998). Fue director general del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (2006-2009) y defensor del cliente y del usuario de SGAE (2011-2014). Actualmente, colabora como consultor independiente, asesorando a gobiernos, empresas y despachos de abogados en diversas materias en el área del Derecho de la empresa, principalmente sobre regulación

del mercado y defensa de la competencia [Banco Mundial-IFC (2012-2014) y de la UE en diversos proyectos]. Ha sido profesor visitante de varias universidades nacionales y extranjeras y es autor de numerosos trabajos de investigación, entre los que destacan dos libros y más de medio centenar de colaboraciones en obras colectivas y artículos de revista.

ORDÓÑEZ DE HARO, José Manuel. Es doctor en Economía por la Universitat Autònoma de Barcelona y profesor titular de la Universidad de Málaga. Asimismo, en la actualidad ocupa la vocalía primera del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía. Su campo de especialización es la política de competencia, la economía industrial y, en general, la economía pública. Ha participado en numerosos proyectos y contratos de investigación financiados por distintos organismos nacionales y autonómicos. Sus publicaciones se encuentran en revistas como *Research in Experimental Economics*, *Journal of Competition Law and Economics*, *Journal of Antitrust Enforcement* o *Mathematical Social Sciences*, entre otras.

OTERO, Héctor. Es economista especializado en política de la competencia, regulación de mercados y políticas públicas en Global Economics Group. Su experiencia abarca varios sectores, incluyendo el sector audiovisual, las telecomunicaciones, la energía, el transporte y la vivienda. Posee un máster en políticas de la competencia y regulación de mercados por la Barcelona Graduate School of Economics. Hasta 2013, trabajó en la CNC como asesor económico del Consejo. Anteriormente, trabajó como asesor económico en la Oficina Económica del Presidente del Gobierno español proporcionando al Gabinete del presidente y a otros departamentos gubernamentales análisis técnico y asesoramiento económico en el diseño y evaluación de políticas económicas relativas a la regulación de los mercados, política de competencia y otras políticas microeconómicas.

PADILLA, Jorge. Es *Senior Managing Director* y lidera el equipo de política de competencia de Compass Lexecon en Europa. A lo largo de su dilatada carrera profesional, ha asesorado a numerosos clientes sobre una gran variedad de temas relacionados con la política de la competencia y propiedad intelectual. Ha actuado como testigo experto en temas de arbitraje internacional y ha prestado testimonio ante distintos tribunales internacionales entre ellos, el ICC y el LCIA. En Europa, ha defendido informes y ha prestado evidencia ante las autoridades de competencia españolas y de varios Estados miembros así como ante la Comisión Europea, el Tribunal de Primera Instancia Europeo y el Competititon Appeals Tribunal del Reino Unido, entre otros. Máster en Economía y Doctorado en Economía por la Universidad de Oxford, es o ha sido miembro del consejo editorial de las revistas de economía *Review of Economic Studies* y *Spanish Economic Review*, e *Investigaciones Económicas* (de la que fue director durante más de tres años). También es investigador del Centre for Economic Policy Research (CEPR). Ha dado clases de economía de competencia durante varios años en la Barcelona Graduate School of Economics (BGSE). Ha escrito varios artículos sobre política de competencia y organización industrial en el *Antitrust Bulletin*, *the Antitrust Law Journal*, *the Boston University Journal of Science and Technology Law*, etc. También es coautor de *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Segunda Edición, Hart Publishing, 2013.

PASCUAL PONS, Carlos. Técnico Comercial y Economista del Estado (en excedencia). Se incorporó a KPMG en 2014, procedente de la CNMC, donde desempeñaba el puesto de subdirector general de Estudios e informes. De 2006 a 2008 fue director general de defensa de la competencia del Servicio de Defensa de la Competencia y director de investigación de la CNC. También ha desempeñado otros puestos de responsabilidad en el área económica de la Administración, como subdirector general de Análisis Sectorial y secretario técnico de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, dentro del Ministerio de Economía, donde también fue director de gabinete del secretario de Estado de economía.

PERDIGUERO, Jordi. Es licenciado en Economía por la Universitat de Barcelona. Máster en Economía por la University of Essex. Doctor en Economía por la Universitat de Barcelona. Actualmente profesor agregado interino en el Departament d'Economia Aplicada de la Universitat Autònoma de Barcelona. Ha publicado artículos científicos en revistas nacionales e internacionales como: *Revista de Economía Aplicada*, *Applied Economics*, *Energy Policy*, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, *Journal of Transport Geography*, *International Journal of Transport Economics*, *Networks and Spatial Economics*, *Review of Industrial Organization* o *Journal of Transport Economics and Policy*.

SANTALÓ, Juan. Es doctor en Economía por la Universidad de Chicago y máster en Economía de la Universitat Pompeu Fabra. Desde el año 2002 es profesor de Dirección Estratégica en el IE Business School. Su investigación está especializada en torno a tres grandes áreas: 1) el impacto de la competencia en el mercado de productos sobre la estrategia de la empresa; 2) en el estudio de la creación de valor de la diversificación empresarial y 3) en la estrategia competitiva en mercados *platforms*. Ha publicado en revistas como *Journal of Finance*, *Strategic Management Journal* o *Journal of Economics and Management Strategy*.

SAURÍ, Lluís. Economista en el Chief Economist Team de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Ha trabajado en control de fusiones, investigación de prácticas restrictivas de la competencia y control de ayudas estatales, principalmente en los sectores farmacéutico y energético. Con anterioridad, fue asesor económico en la Competition Commission del Reino Unido (actualmente Competition and Markets Authority) y consultor económico en Charles River Associates. Es licenciado en Economía por la Universidad de Barcelona, máster

en Economía por la London School of Economics y doctor en Economía por el European University Institute.

TIROLE, Jean. Graduado en Ingeniería de Puentes y Caminos por la École Polytechnique de París en 1976, y en la École Nationale des Ponts et Chaussées, Paris (1978), realizó un doctorado en Matemáticas de la decisión por la Universidad de París IX (1978). En 1981 obtuvo su doctorado en Economía en el Massachusetts Institute of Technology. En la actualidad ocupa el cargo de director de la Fundación Jean-Jacques Laffont-Escuela de Economía de Toulouse. Desde el inicio de los años noventa del siglo pasado, combina sus clases y estudios en Francia y EE.UU. Sus investigaciones se centran en los campos de organización industrial, economía, regulación, finanzas internacionales, macroeconomía banca y finanzas. Ganador del Premio Nobel de Economía el 13 de octubre de 2014 por su análisis del poder de los mercados y la regulación. Autor de numerosos artículos científicos en economía y finanzas y de ocho libros con títulos como *La teoría de la Organización Industrial*, *Teoría de Juegos* (junto a Drew Fudenberg), *Competencia en Telecomunicaciones* (junto a Jean-Jacques Laffont) y *La teoría de las finanzas corporativas*, entre otros.

VIÉCENS, María Fernanda. Es Ph. D en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid. Es investigadora y profesora de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires, Argentina) e investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas). Ha publicado en revistas tales como *Information Economics and Policy*, *Review of Network Economics*, *Telecommunications Policy e Info*. *The journal of policy, regulation and strategy for telecommunications, information and media*, entre otras. Ha sido investigadora de la Fundación de Estudios Aplicados (Fedea, Madrid) y ha realizado estudios para organismos internacionales como CEPAL y CAF.

ZURIMENDI, Aitor. Se licenció en la Universidad del País Vasco donde también se doctoró en febrero de 2003 y donde presta sus servicios en la actualidad como profesor titular de Derecho Mercantil. Sus principales áreas de investigación son el Derecho de la competencia, los títulos-valores, el Derecho del transporte y la protección del consumidor. Ha escrito varias monografías y capítulos de libro en las editoriales jurídicas más reconocidas del país, así como artículos en las revistas más prestigiosas del área Derecho mercantil y en algunas de Economía. En la actualidad es miembro de ASCOLA (Academic Society for Competition Law) y de BRIDGE Bilbao (Bilbao Research in Decisions Games and Economics).

PUBLICACIONES DE LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Últimos números publicados:

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

N.º 143. La nueva reforma de la financiación autonómica: Análisis y propuestas

N.º 144. La industria española: Un impulso necesario

PANORAMA SOCIAL

N.º 19. Comida y alimentación: hábitos, derechos y salud

N.º 20. Pobreza infantil

CUADERNOS DE INFORMACIÓN ECONÓMICA

N.º 246. La reforma laboral de 2012: primer balance

N.º 247. Nuevas tendencias en la financiación de las empresas

SPANISH ECONOMIC AND FINANCIAL OUTLOOK

Vol. 4, N.º 4 (2015). What changed in the Spanish Labour Market three years after the reform

Vol. 4, N.º 5 (2015). Spain's economic recovery gains speed

ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

N.º 73. Endeudamiento de España: ¿quién debe a quién?

N.º 74. Agentes sociales, cultura y tejido productivo en la España actual

PRECIO DE LAS PUBLICACIONES

AÑO 2015

Publicación	Suscripción*			Números sueltos**	
	Suscripción anual	Edición papel €	Edición digital €	Edición papel €	Edición digital €
Papeles de Economía Española	4 números	50	30	15	12
Cuadernos de Información Económica	6 números	40	Gratuita	10	–
Panorama Social	2 números	20	Gratuita	13	–
Spanish Economic and Financial Outlook	6 números	30	Gratuita		
Focus	6 números	–	Gratuita		
Estudios (números sueltos)	–	–	–	12	9

Los precios incluyen el IVA. No incluyen los gastos de envío.

* Gastos de envío: España, 7 €/año; Europa, 10 €/año.

** Gastos de envío: correo postal (Madrid y provincias): 1 €.

Servicio de mensajería: Madrid capital, 3,45 €; resto provincias, 10,44 €.

Forma de pago: domiciliación bancaria, transferencia bancaria y tarjeta de crédito.

SUSCRIPCIÓN Y PEDIDOS

INTERNET: <http://www.funcas.es/Publicaciones/Publicaciones.aspx?Id=0>

E-MAIL: publica@funcas.es

