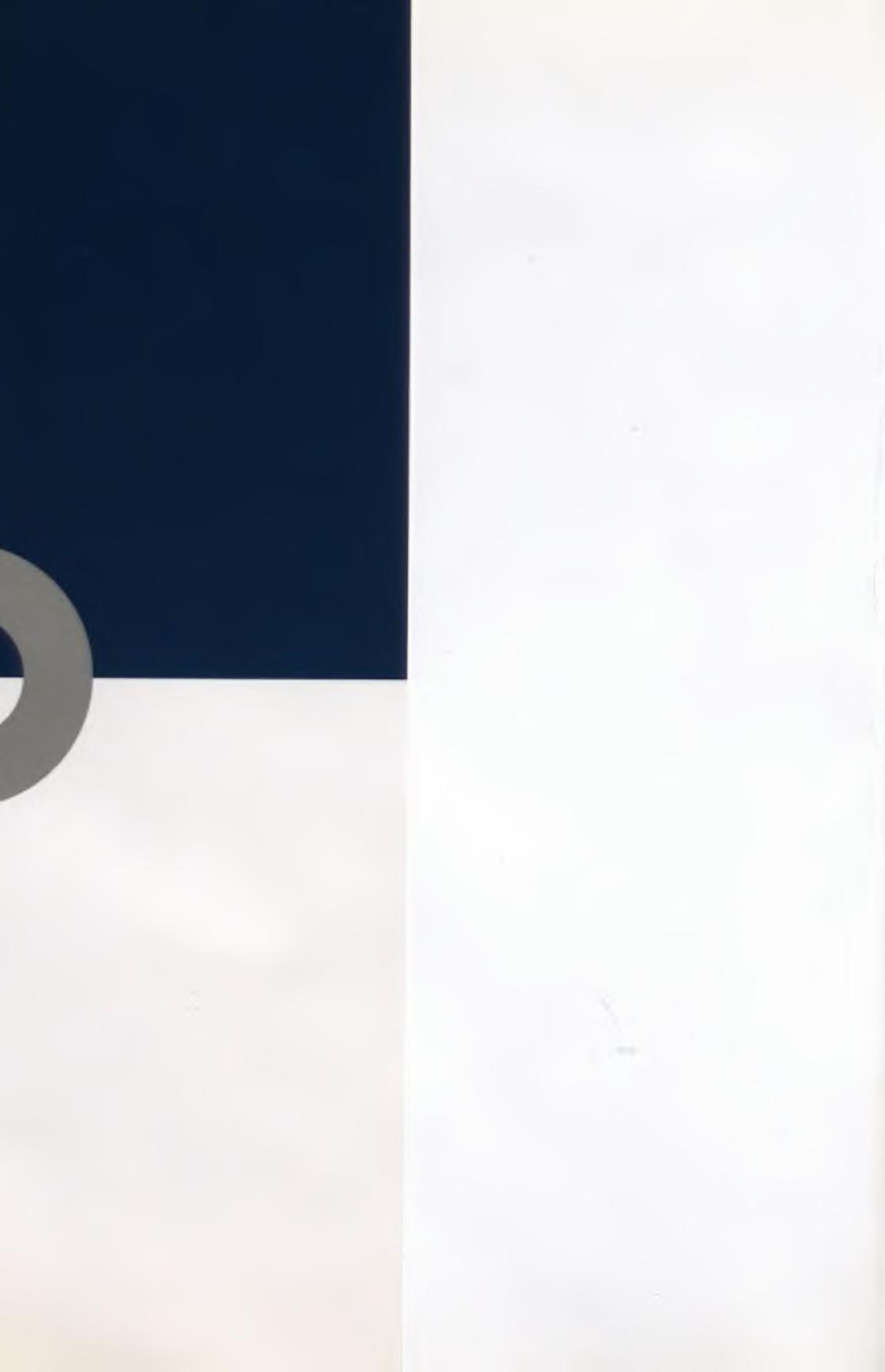


A N U A R I O  
D E L A  
C O M P E T E N C I A  
2 0 0 8



*fundación*





# ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2008

## Dirección

### Lluís Cases

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2008

#### **Carmen Balsa**

*Subdirectora de Estudios  
Comisión Nacional de Competencia*

#### **Fernando Barrera Rey**

*Director Asociado Frontier Economics Ltd*

#### **Luis Berenguer Fuster**

*Presidente de la Comisión Nacional de Competencia*

#### **Joan Ramon Borrell**

*Profesor Titular de Economía y Política Económica  
Universitat de Barcelona*

#### **Joan Calzada**

*Universitat de Barcelona*

#### **Rafael Cid Rico**

*Abogado, Perez-Llorca*

#### **Javier Coronado Saleh**

*NERA Economic Consulting*

#### **Antón Costas**

*Universitat de Barcelona*

#### **Alejandro Estruch**

*Universitat de Barcelona*

#### **Laura Fernández-Villadangos**

*Profesora Asociada de Economía y Política Económica  
Universitat de Barcelona*

#### **Inmaculada Gutiérrez Carrizo**

*Consejera  
Comisión Nacional de Competencia*

#### **Fernando Jiménez Latorre**

*NERA Economic Consulting*

#### **Juan Luis Millán Pereira**

*Profesor Titular de Economía Aplicada  
Universidad de Málaga  
Vocal del Consejo de Defensa de la Competencia  
de Andalucía*

#### **José Manuel Ordóñez de Haro**

*Universidad de Málaga*

#### **Carlos Padrós**

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universitat Autònoma de Barcelona*

#### **Mercedes Pedraz Calvo**

*Magistrado*

#### **Pedro Posada de la Concha**

*NERA Economic Consulting*

#### **José María Rodríguez Ovejero**

*Director Asociado Frontier Economics Ltd*

#### **Francisco Uría Fernández**

*Abogado del Estado-excedente  
Vicesecretario General de la Asociación Española  
de Banca*

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2008

Dirección

LLUÍS CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

*Universidad Autónoma de Barcelona*

*Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios*

## AVISO DE LA COMETENCIA

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante el alquiler o préstamo públicos.

© Fundación ICO  
© Editorial SOL 90, S.L.  
Diagonal 177, planta 11, 08006 Barcelona  
Tel. 93 445 87 00  
[www.sol90.com](http://www.sol90.com)

ISBN: 978-84-9899-366-0  
Depósito legal: B-46.698-2009

Impresión en: Liberdúplex, S.L.  
Carretera BV-2294, Km 7,4, Pol. Ind. Torrentfondo  
08791 Sant Llorenç d'Hortons, Barcelona

## SUMARIO

Presentación	
FUNDACIÓN ICO .....	9
<b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>	
Tiempos de cambio para la competencia en España	
LUIS BERENGUER FUSTER .....	15
Conductas excluyentes y posición de dominio: algunas reflexiones desde el análisis económico	
JUAN LUIS MILLÁN PEREIRA .....	31
La mejora de la regulación: ¿cuál es el papel de la CNC?	
CARMEN Balsa PASCUAL e INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO .....	55
Ayudas públicas al sector bancario europeo y defensa de la competencia	
FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ .....	71
Ayudas de Estado en tiempos de crisis: el sistema financiero europeo	
FERNANDO JIMÉNEZ LATORRE .....	103
El artículo 12, párrafo 3, de la Ley 15/2007	
MERCEDES PEDRAZ CALVO .....	131
La exención del acceso de terceros a infraestructuras: el sector del gas y el de telecomunicaciones	
FERNANDO BARRERA REY y JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ OVEJERO .....	151
Restricciones al libre establecimiento de farmacias: lecciones de las recientes sentencias del TJCE y de la experimentación autonómica	
CARLOS PADRÓS, JOAN RAMON BORRELL y LAURA FERNÁNDEZ-VILLADANGOS .....	173

La competencia en la telefonía móvil en España: ¿víctima del crecimiento del mercado o de la regulación?	
JOAN CALZADA, ANTÓN COSTAS Y ALEJANDRO ESTRUCH .....	207
Los organismos autonómicos de defensa de la competencia: situación y perspectivas	
CARLOS PADRÓS REIG .....	231
El papel de las cuotas de mercado en la evaluación de la posición de dominio	
JOSÉ MANUEL ORDÓÑEZ DE HARO .....	263
Las facultades de los Estados miembros en el marco de las concentraciones de dimensión comunitaria	
RAFAEL CID RICO .....	295
La concentración Distirutas-Gelesa-Siglo XXI-Logintegral: una historia de un mercado de dos lados	
PEDRO POSADA DE LA CONCHA Y JAVIER CORONADO SALEH .....	313

## **SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET**

Unión Europea .....	337
Europa no comunitaria .....	342
América .....	343
Asia y Australia .....	345
África .....	347
Organizaciones internacionales .....	348
Otras direcciones de interés .....	349

El Anuario de la Competencia 2008 que aquí se presenta constituye la décimo-tercera edición, obra que la Fundación ICO ha estado apoyando sin interrupción desde su inicio. En estos años, el Anuario se ha convertido en un manual de referencia para aquéllos que quieren estar al tanto de las cuestiones más relevantes en el ámbito de la política de competencia. Para ello, el Anuario cuenta con la colaboración de profesionales de gran prestigio expertos en la materia bajo la coordinación del ilustre profesor y abogado Lluís Cases.

Esta edición se divide en las secciones ya habituales: una primera parte sobre estudios, una segunda con comentarios de resoluciones y sentencias y la tercera con direcciones de Internet relacionadas con la normativa de competencia. La amplitud y variedad de los temas que se abordan impide que podamos referirnos a todos con la profundidad que merecen, por lo que nos centraremos en aquellas cuestiones que, por el especial contexto económico, se pueden considerar más importantes.

Todos estaremos de acuerdo en que 2008 ha sido un año de especial relevancia para la política de competencia, que ha tenido que aunar el rigor en la aplicación de la normativa sobre competencia con la adopción de medidas lo suficientemente flexibles que permitiesen a los Estados de la Unión Europea hacer frente a la situación vivida en este periodo.

La coyuntura actual supone un desafío para el ordenamiento jurídico comunitario, ya que los Estados miembros pueden caer en la tentación de rescatar o intervenir en algunas de las empresas situadas en su territorio nacional con el fin de salvaguardar sus intereses nacionales. La puesta en marcha y aceptación de estas prácticas supondría una colisión con la normativa de la competencia contemplada por el Tratado CE y, en particular, con las disposiciones relativas al régimen de ayudas públicas.

El establecimiento de un verdadero Mercado Único Europeo, sin distorsiones de la competencia, requiere que los Estados miembros no puedan conceder ayudas o cualquier tipo de ventajas que beneficien a sus empresas nacionales en perjuicio de otros agentes económicos comunitarios. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta la situación económica de la Unión Europea en cada momento y, con este propósito, los apartados 2 y 3 del artículo 87 del Tratado permiten que la Unión Europea apruebe ciertos tipos de ayudas que resultan beneficiosas para el Mercado Único.

En este contexto, la Comisión, aunando estos dos principios, que pueden parecer contradictorios, ha desarrollado un marco de orientación y evaluación para los Estados miembros en el que señala tanto la base concreta sobre la cual ha de declararse la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas en esta situación extraordinaria, como los principios que han de regir la concesión de ayudas públicas, con el fin de minimizar en lo posible los efectos negativos sobre la competencia.

En el sector financiero el objetivo de la Comisión ha sido apoyar en todo momento la estabilidad financiera del sistema, mantener unas condiciones de competencia equitativas y garantizar que las medidas nacionales no se limiten a exportar los problemas a otros Estados miembros. Para ello, la Comisión aprobó un conjunto de medidas encaminadas a fijar un marco común para la concesión de ayudas públicas al sector. En su Comunicación sobre “La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial”, la Comisión fijó su planteamiento general y ofreció directrices sobre una serie de intervenciones estatales, en particular sobre las garantías estatales. Posteriormente, la recapitalización de los bancos pasó a ocupar el centro de atención de los Estados miembros. La Comisión ofreció orientaciones sobre la evaluación de estas medidas con arreglo a las normas sobre ayudas estatales comunitarias en su Comunicación “La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia”.

La situación financiera ha tenido, además, un importante impacto sobre la economía real. Las empresas empezaron a encontrarse con problemas para acceder al crédito que afectaron no sólo a empresas con dificultades de solvencia, sino también a compañías solventes. El reto de la Comisión era, por consiguiente, evitar intervenciones públicas que hubieran falseado las condiciones de competencia en el mercado interior. La Comisión dio varios pasos para hacer frente, en la medida de lo posible, a esta situación. Además de las acciones específicas emprendidas en el sector financiero y bancario anteriormente mencionadas, la Comisión aprobó, en particular, el llamado “Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera”. Este Marco temporal ofrece a los Estados miembros posibilidades adicionales para hacer frente a los efectos de las restricciones crediticias. El Marco temporal permite, en determinadas condiciones y hasta finales de 2010, conceder, por ejemplo, ayudas que no superen los 500.000 euros por empresa durante los próximos dos años, ayudas en forma de garantías, préstamos subvencionados y de capital riesgo.

Por otra parte, para responder a la urgencia que demanda la situación actual, se han simplificado los procedimientos de notificación en materia de autorización de ayudas públicas para conseguir la mayor efectividad posible en la aplicación y puesta en práctica de las medidas aprobadas por la Comisión Europea. Como

apunta la propia Comisión, y a la vista de los hechos, se podría estar de acuerdo con esta afirmación: “La política de competencia no es ni estática ni rígida y puede tener en cuenta realidades económicas cambiantes a la vez que garantiza reglas del juego limpias en el Mercado Único. Esta combinación de principios firmes y procesos flexibles ha hecho de la política de competencia un factor constructivo y estabilizador del sistema financiero de la Unión Europea y de la economía real”<sup>1</sup>.

Como conclusión, las autoridades comunitarias se han tomado muy en serio las preocupaciones desatadas por la crisis económica y las reivindicaciones de los Estados miembros hacia una mayor flexibilidad de las normas de competencia en materia de control de ayudas de Estado en dicho contexto, pero sin renunciar a aplicar las condiciones de la normativa relativa a las ayudas de Estado ni a su papel de guardiana del Mercado Único.

Finalmente es destacable que los Estados miembros no han caído en la tentación de recurrir al artículo 88.2 del Tratado CE, que establece la posibilidad de que el Consejo, a petición de un Estado miembro y alegando circunstancias extraordinarias, puede decidir que una ayuda concedida o que vaya a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el Mercado Único, lo que podría traducirse en una aprobación por parte de los Estados miembros de cómo se han utilizado las herramientas que permite la normativa de la competencia para hacer frente a la crisis financiera y económica.

No queremos terminar sin agradecer a los autores que han colaborado en esta edición, sus valiosas aportaciones y su disposición durante la elaboración de este trabajo, que esperamos sea de interés para todas aquellas personas relacionadas de una u otra manera, con temas de Economía y Derecho de la Competencia. Queremos agradecer también al director de esta obra, su dedicación, que un año más ha hecho posible la aparición de este Anuario.

Fundación ICO

.....  
<sup>1</sup> Presentación Informe Anual de Competencia 2008, publicado por la Comisión Europea. Bruselas, 19 de agosto de 2009.



# PRIMERA PARTE

## ESTUDIOS

HEMISFERIO SUR  
LA COMEDIA DEL SIGLO XX  
ESPAÑA

EL SIGLO VEINTE. CRÓNICA DE UN

PROBLEMA DE LA LINGÜÍSTICA Y DE LA LINGÜÍSTICA

EL SIGLO VEINTE

El estudio de la lengua española en el siglo XX ha sido un campo de investigación que ha experimentado un desarrollo extraordinario. Este desarrollo se ha basado en la aplicación de los métodos de la lingüística moderna a la lengua española, lo que ha permitido un conocimiento más profundo de su estructura y de su evolución. En este sentido, el estudio de la lengua española en el siglo XX ha sido un campo de investigación que ha experimentado un desarrollo extraordinario.

El estudio de la lengua española en el siglo XX ha sido un campo de investigación que ha experimentado un desarrollo extraordinario. Este desarrollo se ha basado en la aplicación de los métodos de la lingüística moderna a la lengua española, lo que ha permitido un conocimiento más profundo de su estructura y de su evolución. En este sentido, el estudio de la lengua española en el siglo XX ha sido un campo de investigación que ha experimentado un desarrollo extraordinario.

El estudio de la lengua española en el siglo XX ha sido un campo de investigación que ha experimentado un desarrollo extraordinario. Este desarrollo se ha basado en la aplicación de los métodos de la lingüística moderna a la lengua española, lo que ha permitido un conocimiento más profundo de su estructura y de su evolución. En este sentido, el estudio de la lengua española en el siglo XX ha sido un campo de investigación que ha experimentado un desarrollo extraordinario.



## TIEMPOS DE CAMBIO PARA LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

LUIS BERENGUER FUSTER

Presidente de la Comisión Nacional de Competencia

### 1. INTRODUCCIÓN

En septiembre 2009 se cumplirán dos años de la entrada en vigor de la nueva Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y hay quien opina que en este tiempo se ha producido una auténtica revolución en el mundo de la competencia en España. Si tal afirmación posiblemente puede resultar exagerada, resulta incontestable que los cambios producidos en este periodo han sido más que significativos.

Es cierto que hay quien pueda pensar que éste es un periodo excesivamente corto para poder realizar una evaluación completa de las mejoras y dificultades que el nuevo texto normativo ha traído consigo para la defensa de la competencia en nuestro país. Pero nadie puede afirmar que no sea el momento de comentar algunos de los cambios más importantes introducidos por la nueva Ley, analizar los efectos producidos por su aplicación y reflexionar sobre las áreas en las que ir avanzando a futuro con la intención de introducir las mejoras necesarias para situar nuestro sistema de competencia dentro de los más eficaces entre los países de nuestro entorno.

En términos generales, lo que más destaca de la nueva Ley es que ha supuesto un tremendo revulsivo para nuestro sistema de defensa de la competencia. La más que conveniente integración del SDC y el TDC en dos órganos independientes dentro de una misma institución, el impulso dado a la política de *advocacy* como pilar fundamental del trabajo de toda institución que promueva la competencia, la adopción de nuevos instrumentos para la persecución de las infracciones más graves, el nuevo procedimiento y competencias en materia de control de concen-

traciones o la búsqueda de una actuación más responsable y transparente de cara a los ciudadanos, son algunos de los elementos dinamizadores del nuevo sistema de defensa de la competencia en España.

La Ley ha dotado a la nueva Comisión Nacional de Competencia (CNC) de instrumentos más amplios y eficaces para lograr que los mercados funcionen correctamente y los consumidores se beneficien de ello, objetivo primordial de su trabajo, y creemos que todo ello ha empezado a dar sus frutos.

Si hubiera que destacar un rasgo para describir los dos primeros años de funcionamiento de la CNC, éste sería el del esfuerzo realizado por todos quienes formamos parte de la nueva institución para su creación y para adaptarse al nuevo marco de aplicación de las normas de la competencia, a fin de extender, con los nuevos instrumentos, los principios de la competencia a lo largo y a lo ancho del territorio nacional.

A lo largo del presente artículo voy a tratar de realizar un repaso de los principales asuntos, logros y dificultades a los que nos hemos enfrentado durante estos dos años de aplicación de la nueva LDC. Para ello en primer lugar centraré la atención en los aspectos institucionales, incluyendo dentro de los mismos cuestiones tan importantes y tan diversas, aunque conectadas, como la organización, los recursos humanos, la transparencia o la eficacia de nuestra actuación.

En segundo lugar abordaré las cuestiones relativas a la persecución de las prácticas anticompetitivas y control de concentraciones, áreas en las que tradicionalmente se ha centrado la actividad de la Autoridad de Competencia. Posteriormente examinaré la política de promoción y cómo esta nueva (o retomada) e importante área de trabajo se ha ido desarrollando en los primeros años de andadura de la CNC.

El trabajo finalizará con unas conclusiones acerca de los retos que nos depara el futuro y de cómo empezar a afrontarlos para continuar mejorando.

## 2. ASPECTOS INSTITUCIONALES

El objetivo más inmediato tras la aprobación de la Ley 15/2007 fue la creación de una nueva institución sólida y bien organizada, dotada de medios modernos y un personal altamente cualificado. Para ello, uno de los primeros pasos fue la aprobación del Estatuto de la CNC que establece la nueva estructura de la Comisión.

La integración del Tribunal y el Servicio constituía si duda un importante reto para dos instituciones que, si bien hermanas, habían andado su camino de forma separada durante más de 40 años. La fuerte complementariedad de ambas aconsejaba su fusión gradual, al igual que se había hecho en otros países, conscientes de que la creación de una única autoridad podía traer innumerables ventajas en aspectos como el reforzamiento de la independencia y la autoridad moral de la

CNC, la agilización y racionalización de los procedimientos administrativos o la de contar con un organismo de referencia de defensa de la competencia dotado de los instrumentos adecuados para realizar su trabajo y transmitirlo a la sociedad española.

La integración se ha ido acometiendo progresivamente de forma natural y mediante la dotación a nivel interno de los instrumentos organizativos necesarios (comités, canales de información, sistemas integrados de tecnologías de la información) para que el trabajo de la nueva institución se enriquezca con la aportación de todos los que la conforman.

A parte de la fusión, el primer gran cambio organizativo tuvo lugar con la creación de una nueva Dirección de Promoción y la reestructuración de la Dirección de Investigación. Ésta quedó organizada en subdirecciones especializadas por sectores y encargadas de la instrucción tanto de expedientes sancionadores como de concentraciones. La especialización sectorial ha supuesto sin duda un avance respecto de la situación anterior en tanto que un buen conocimiento del funcionamiento de los mercados es esencial para la adopción de decisiones acertadas tanto en el marco de las conductas como en el de las fusiones. El cambio, no obstante, exigió que los instructores pasasen a manejar indistintamente dos procedimientos diferentes, lo que se ha ido consiguiendo de forma progresiva. Además, se añadió una nueva Subdirección de cárteles y clemencia, que tuvo que adaptarse rápidamente para cumplir con los objetivos esperados de este nuevo e importante instrumento.

Igualmente se ha creado la nueva unidad de Asesoría Económica encargada de la introducción de técnicas de análisis económico avanzado en las investigaciones y estudios de la CNC, como medio para reforzar las argumentaciones económicas. Con el nombramiento en noviembre 2008 del Economista Jefe y de su equipo se inicia una nueva etapa en la que, en sintonía con las autoridades de competencia más avanzadas de nuestro entorno, las decisiones estarán reforzadas por las aportaciones de un análisis económico riguroso. La integración de los economistas en el trabajo de la CNC es importante para mejorar la calidad del mismo, al tiempo que exige de la organización esfuerzos para integrar las diferentes formas de pensar y dar cabida en los procedimientos a esta nueva voz, cuya opinión debe ser escuchada para reforzar nuestras decisiones.

Desde el punto de vista de los recursos humanos, tras la aprobación del Estatuto se produjo una reclasificación de puestos de trabajo que permitió incrementar nuestra dotación de personal en los niveles de mayor cualificación profesional. Es preciso contar con un sistema interno de incentivos y de aprendizaje continuo capaz de atraer y mantener a los mejores profesionales, pues el capital humano es la herramienta más valiosa con la que contamos para llevar a cabo las tareas que nos hemos fijado.

Con carácter general, el personal de la CNC es joven (el 40% tiene menos de 40 años), con una edad predominante situada entre los 30 y 39 años, mayo-

ritariamente femenino (el 67% de mujeres frente al 33% de hombres) y con alta cualificación (el 35% de los funcionarios lo son de Cuerpos Superiores frente al 13% de la AGE). Si consideramos, además, los efectivos que tienen Titulación Superior, llegaríamos casi al 60% de la plantilla.

Es nuestro deseo, y en ello se ha estado trabajando de manera intensa durante estos dos primeros años, mantener un alto nivel de formación en materia de competencia y promover la cultura del aprendizaje continuo. Para ello se envía a los nuevos funcionarios a cursos especializados en los que toman contacto con la materia, y se organizan mensualmente charlas y seminarios internos tanto en el ámbito jurídico como económico en temas de competencia. Se ha invitado de forma periódica a académicos y altas personalidades del mundo de la competencia, tanto nacionales como internacionales, a dar conferencias abiertas al público con la finalidad de que pudieran ser aprovechadas por todos los que trabajamos en esta materia. Estamos asimismo en contacto con varias universidades, puesto que consideramos que el contacto con el mundo académico nos permitirá a medio plazo contar con estudios que mejoren la calidad de nuestras actuaciones.

Además de la formación, es necesaria una política de recursos humanos que garantice la permanencia del personal, para lo que es preciso conseguir unas retribuciones acordes a su esfuerzo y capacidades. Sólo con gente bien formada y con experiencia podremos ir avanzando para convertirnos en una autoridad de referencia.

Por otro lado es importante que la sociedad nos conozca y valore nuestro trabajo pues ella es la destinataria final del mismo. Para ello, la CNC inició en 2008 una activa política de comunicación a fin de cumplir con el compromiso de transparencia de la nueva institución. Ésta ha ido concretándose a lo largo de varias líneas de actuación.

En primer lugar, se ha efectuado una labor constante de relación con los medios de comunicación, dado su papel fundamental a la hora de trasladar a la sociedad las propuestas e iniciativas de la CNC. Es fundamental que la sociedad perciba los beneficios que la cultura de la competencia aporta a empresas, consumidores e instituciones públicas. Esta labor se ha concretado en una intensa presencia y contacto con los medios a través de entrevistas y notas de prensa sobre la actividad de la Comisión, acorde también con la política de transparencia que perseguimos en esta nueva etapa.

En segundo lugar, se ha mejorado la tradicional atención al ciudadano, lo que ha supuesto un incremento significativo del número de peticiones de información. En 2008 se alcanzó la cifra de 299 consultas, muchas de ellas de consumidores o personas interesadas en la temática de la defensa de la competencia.

Asimismo, se ha hecho un esfuerzo considerable por mejorar los sistemas de información de cara al público y concretamente las comunicaciones a través de Internet. En mayo de 2009 se estrenó la nueva página web de la CNC, que, con un diseño más atractivo y un interfaz más cómodo, pone a disposición de ciudadanos y expertos una herramienta útil para poder conocer y seguir periódicamente el trabajo de la CNC.

Este conjunto de nuevas iniciativas y mejoras de instrumentos ya existentes tiene como fin último incrementar la calidad de nuestro trabajo. La nueva Ley nos ha dotado de un marco adecuado para incrementar la eficacia de nuestra actuación y en estos dos años hemos aprovechado el nuevo marco para adoptar las medidas legales y organizativas que nos permitan asentar los cimientos de una autoridad de competencia puntera por la calidad de sus decisiones, la formación de su personal, la agilidad de los procedimientos y el servicio a los ciudadanos.

A este respecto parece conveniente empezar a reflexionar sobre la realización de un ejercicio de evaluación de las actividades desarrolladas por la CNC que permita identificar las áreas donde las mejoras son posibles —que siempre son muchas— y mantener el espíritu que nos permita acometerlas. Somos conscientes de la dificultad que comporta esta tarea, pero la consideramos necesaria y a ella hemos de empeñarnos.

### 3. PERSECUCIÓN DE PRÁCTICAS PROHIBIDAS Y CONTROL DE CONCENTRACIONES

Con ocasión de la entrada en vigor de la nueva Ley, la Comisión Nacional de la Competencia se fijó una serie de objetivos que fueron recogidos en el documento denominado Plan de Lanzamiento 2008-2009. El segundo objetivo del Plan —el primero era hacer de la CNC una institución sólida— perseguía asegurar el máximo cumplimiento de la LDC, luchando eficazmente contra las prácticas más dañinas, poniendo en práctica los nuevos instrumentos para el control de concentraciones y desarrollando el nuevo régimen sancionador.

Pues bien, desde la entrada en vigor de la nueva Ley y hasta marzo de 2009 se han incoado, en el ámbito de las conductas prohibidas, treinta y ocho expedientes sancionadores, de los cuales veinte han sido investigados de oficio a iniciativa de la CNC y dieciocho por denuncia.

El incremento del número de expedientes sancionadores iniciados por propia iniciativa, en comparación con años anteriores es un signo claro del refuerzo de la labor inspectora de la CNC e indica un cambio en la dirección correcta en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.

El trabajo de oficio fue casi inexistente en los primeros años de la década (uno en 2001, dos en 2002 y ninguno en 2003)<sup>1</sup>, a partir de 2004 se registró un aumento de los expedientes abiertos a instancia de la autoridad (8 en 2004, 10 en 2005 y 4 en 2006). Veinte investigaciones iniciadas de oficio en menos de 2 años (septiembre 2007-marzo 2009) indican el reforzamiento de esta tendencia que, no obstante, no será fácil de mantener en el futuro, al menos a este ritmo.

<sup>1</sup> Ver Anuario de la Competencia 2006, p. 482.

Pero no sólo importa la cantidad sino también la calidad de los casos incoados. En este sentido, la distribución de los casos en función del tipo de práctica perseguida (acuerdo o abuso) también refleja un importante cambio de orientación respecto al *enforcement* en el pasado en tanto que de los 38 expedientes incoados, 33 lo fueron por los artículos 1 u 81 y sólo 1 por el artículo 2 u 82 (en los 4 casos restantes se mezclan ambos artículos, más el 3 de la LDC).

Ello refleja la considerable importancia que han ganado los expedientes contra acuerdos (principalmente horizontales pero también verticales) en el nuevo modelo inaugurado por la LDC y la pérdida de importancia relativa de la lucha contra las conductas abusivas. Esto es coherente con una política de defensa de la competencia que quiere priorizar la lucha contra los cárteles –por ser las prácticas más claramente dañinas– y ser más cautelosa –aunque no menos firme– en el tratamiento de los abusos, todo ello en línea con las nuevas corrientes introducidas en el ámbito europeo para la interpretación del artículo 82 del Tratado,

La mayor actividad de la nueva Autoridad en el ámbito de las conductas restrictivas, reflejada en el fuerte aumento del trabajo de oficio contra acuerdos de cártel, ha de atribuirse en buena parte a la introducción en la Ley 15/2007 del programa de clemencia, y a las mejoras en el sistema de inspección, introducidas con la aprobación de la nueva Ley.

Desde su entrada en vigor en febrero de 2008, el programa de clemencia ha resultado muy positivo tanto por el número de solicitudes de clemencia presentadas –de exención del pago de la multa o de reducción de su importe–, como por las prácticas descubiertas tras el examen y valoración de dichas solicitudes.

Aunque no es posible facilitar estadísticas en relación con la aplicación de este programa, hay que resaltar que el 16% de los expedientes incoados en 2008 tuvo su origen en una solicitud de clemencia, lo que pone de manifiesto su importancia en el ámbito de la lucha contra los acuerdos más perjudiciales.

A las cinco solicitudes recibidas el primer día de aplicación se han ido sumando otras peticiones posteriores, con la consiguiente apertura de nuevos casos y un aumento del número de inspecciones a empresas realizadas por la CNC.

Es un hecho, por tanto, que esta herramienta ha supuesto un claro revulsivo en la detección de cárteles en nuestro país, en línea con uno de los objetivos fundamentales de la Ley 15/2007.

Dado el tiempo necesario para la correcta instrucción y resolución de los expedientes sancionadores, en el momento de la redacción de este artículo todavía no había decisiones de la CNC en las que se haya resuelto alguno de los casos surgidos en aplicación del programa, por lo que habrá que esperar a ese momento para poder cualificar su utilidad, efectividad y alcance en la importante tarea de la lucha contra los acuerdos de cártel en España.

Durante 2008 la CNC se ha centrado asimismo en asumir y poner en práctica los nuevos poderes que en el ámbito de las inspecciones y la investigación de prácticas anticompetitivas le otorgaba la nueva Ley. Desde enero de 2008 se han

llevado a cabo 49 inspecciones en locales de empresas (frente a 16 empresas inspeccionadas en 2007), dando lugar a la apertura de 12 expedientes sancionadores con cerca de 60 empresas afectadas.

Estos datos ponen de manifiesto la importancia de las inspecciones en el descubrimiento de sectores posiblemente cartelizados de nuestra economía.

A pesar de que la puesta en práctica de estos nuevos poderes ha generado un cierto debate acerca de los límites a los que la CNC y sus funcionarios han de someterse a hora de realizar las inspecciones, siempre hemos puesto el máximo cuidado en el respeto de los derechos de defensa de los inspeccionados.

La profesionalización y formación de los inspectores de competencia, especialmente en materia de tecnologías de la información, es ahora la pieza fundamental a la que la CNC está dedicando amplios recursos, tanto en tiempo como en inversiones en aplicaciones y equipos especializados.

Todos estos esfuerzos persiguen el mismo objetivo: centrar nuestra actividad en la persecución de las prácticas restrictivas con un mayor impacto sobre los consumidores, que es donde podemos resultar más útiles para la sociedad.

Esto requiere asimismo la eliminación de papeleo innecesario que sobrecarga a las empresas más allá de lo requerido por la legislación y el reforzamiento de los mecanismos de resolución de conflictos que permiten reestablecer la condiciones de competencia sin necesidad de prolongar indebidamente los procesos. En este contexto, las decisiones que ponen fin a ciertos procedimientos mediante la adopción de compromisos por las partes en expedientes sancionadores y de concentración están siendo cada vez más utilizadas como medio para solucionar problemas de fondo y ahorrar recursos y tiempo a la administración y las empresas.

El trabajo de las autoridades de competencia autonómicas ha contribuido asimismo a reforzar la aplicación de la Ley, acercando los casos a la autoridad más próxima y permitiendo a la CNC centrar su actuación en asuntos de ámbito nacional. Ello ha requerido un esfuerzo de colaboración y coordinación a todos los niveles que está funcionando bien.

Con la plena incorporación en este último periodo (2008-2009) de las CCAA de Andalucía, Canarias y Castilla-La Mancha (2009) y el progresivo afianzamiento de las ya existentes, se está produciendo un incremento del número de expedientes objeto de tramitación por la Ley 1/2002 (de 53 en 2007 a 123 en mayo de 2009).

En todo este tiempo, y a pesar del notable aumento de expedientes, desde la vigencia de la Ley 15/2007 sólo se ha convocado una vez a la Junta de Conflictos, habiendo recibido las CCAA el 82% de los casos, lo que indica la determinación de las autoridades de competencia autonómicas a la hora de decidir acerca de los expedientes que afectan al ámbito de sus respectivas comunidades.

Otro aspecto a destacar es el uso cada vez más frecuente de los mecanismos de coordinación y colaboración que la propia Ley 1/2002 establece.

Así, con el fin de procurar el mayor grado de coordinación y máxima eficacia en la aplicación de la normativa de competencia, se han estado manteniendo reuniones regulares con los representantes de las CCAA, tanto bilaterales como generales, siempre que las circunstancias lo han aconsejado.

Además, con el fin de mejorar la coordinación en el Consejo de Defensa de la Competencia de diciembre 2007, se decidió la constitución de cuatro grupos de trabajo para analizar los siguientes temas: criterios de asignación de casos entre la CNC y las CCAA, reforma de la REC, coordinación y seguimiento de la guía para la elaboración de la memoria sobre competencia en proyectos normativos, y distribución comercial.

Por último se ha continuado con la labor de formación (inspecciones, tramitación de expedientes...) prestada por la CNC a los funcionarios de las autoridades de las CCAA, así como con la función de apoyo a todas aquellas CCAA que lo han solicitado. Son de destacar, por su especialidad y novedad, los cursos tecnológicos de inspecciones que se están impartiendo a los funcionarios de las CCAA.

En otro orden de cosas, la nueva Ley introdujo la competencia de los jueces de lo mercantil para la aplicación de los artículos 1 y 2 LDC, en línea con lo previsto en la normativa comunitaria, articulando mecanismos de cooperación entre la Administración y los Tribunales para lograr una aplicación uniforme y coherente de la legislación de competencia.

Durante estos dos primeros años la cooperación entre órganos judiciales y la CNC ha funcionado bien. Los intercambios y remisiones de información legalmente previstos entre la CNC y los órganos judiciales se han efectuado sin dificultades significativas y han permitido detectar la existencia de algunos procedimientos paralelos. En estos casos, la CNC informa de sus actuaciones, por propia iniciativa, al órgano judicial, para prevenir, en lo posible, actuaciones contradictorias. En lo que respecta a la actuación de la CNC como *amicus curiae*, por el momento se ha limitado al envío de observaciones escritas, habitualmente a instancias del órgano judicial, no habiéndose presentado todavía observaciones orales. Paulatinamente se observa un incremento de la información procedente de los Juzgados de primera instancia, habiéndose recibido, sin embargo, escasa documentación sobre los recursos de apelación ante las Audiencias Provinciales. La actual situación de crisis ha incrementado el trabajo de los Juzgados de lo Mercantil en materia concursal, lo que posiblemente afecte en el futuro a su capacidad para abordar casos de competencia.

En síntesis, puede afirmarse que la cooperación entre órganos jurisdiccionales y administrativos prevista en la LDC y en la legislación procesal está funcionando correctamente y con pleno respeto a la independencia judicial y a la debida separación entre las funciones administrativas y jurisdiccionales.

La integración ha traído consigo también cambios en el procedimiento de tramitación de los expedientes sancionadores. La nueva LDC establece una regulación del procedimiento sancionador acorde con la configuración actual de la CNC y aunque en muchos aspectos coincide con la anterior, también aporta algunas novedades.

Así por ejemplo, la prueba pasa a desarrollarse fundamentalmente durante la fase de instrucción, lo que implica que no deben reservarse pruebas para su realización durante la fase de resolución<sup>2</sup>.

Ésta, pasa a ser una fase que, como regla general, queda limitada al estudio y valoración de la prueba y actuaciones practicadas para posteriormente someter a deliberación y fallo de las cuestiones planteadas en el expediente sancionador y, fundamentalmente, determinar si concurre o no responsabilidad administrativa en los presuntos infractores. Desde esta perspectiva, en la fase resolutoria la práctica de pruebas y realización de actuaciones complementarias es excepcional y únicamente procede cuando el Consejo de la CNC las considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la existencia de responsabilidad administrativa.

Por otro lado y a diferencia de lo que ocurría en la Ley 16/1989, la nueva LDC elimina el trámite de conclusiones y limita la celebración de la vista a aquellos supuestos en los que el Consejo estime necesarias aclaraciones de las partes para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente.

Tampoco contempla la nueva LDC la figura de las diligencias para mejor proveer, cuya función deberá ser suplida por las pruebas y actuaciones complementarias a que hacen referencia los artículos 51 de la LDC y 36 del Reglamento.

Por lo que respecta al acceso al expediente durante la fase de resolución, procederá si en dicha fase se ha practicado por el Consejo actuación adicional a las realizadas en fase de instrucción. De lo contrario, el acceso al expediente queda limitado, puesto que los interesados ya han tenido acceso en la fase precedente a la documentación que lo integra.

En cuanto a los expedientes de control de las operaciones de concentración empresarial, resulta necesario resaltar que la Ley 15/2007 ha reforzado notablemente la independencia en la toma de las decisiones en estos expedientes, eliminando la intervención del Gobierno en las autorizaciones y manteniendo solo una cláusula residual que permite elevar al Consejo de Ministros determinadas decisiones contrarias a la operación cuando se aleguen razones de interés general distintas a la competencia. Naturalmente, esa facultad que el artículo 10.4 de la Ley concede al Gobierno debe tener un carácter excepcional y solamente ser utilizada para casos extraordinarios y no puede ni debe convertirse en un sistema habitual de terminación de los expedientes de concentración. Esta cláusula no ha sido hasta el momento utilizada por el Gobierno aunque habrá que sopesar cuál es el uso que en el futuro se hace de la misma.

Desde la entrada en vigor de la Ley y hasta el 31 de mayo de 2009 se han notificado 155 expedientes de control de concentraciones. De ese total, casi 150 han sido resueltos en primera fase y 5 en segunda fase, existiendo notificaciones

<sup>2</sup> Ya que tal y como establece el artículo 36 RDC, el Consejo puede "rechazar la práctica de aquellas pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación no lo hubieren sido".

pendientes de decisión y remisiones a la Comisión Europea, en aplicación del artículo 22 del Reglamento comunitario 139/2004.

Desde el punto de vista valorativo cabe señalar que el estándar alcanzado en 2007 por el sistema de control de concentraciones español se situaba ya en unos niveles altos en términos tanto de agilidad en la tramitación de las notificaciones como de análisis de las mismas, de modo que las modificaciones introducidas en la nueva Ley –además del ya señalado refuerzo de la independencia de la CNC en esta materia– se concentraron en aspectos operativos que perseguían reducir las cargas tanto de los notificantes como de la CNC, sin hacer peligrar el objetivo final de garantizar unas estructuras de mercado competitivas.

En este sentido, la nueva regulación y el nuevo procedimiento en materia de concentraciones han permitido reducir el plazo para la tramitación de los expedientes. Los plazos de resolución en primera fase se están cumpliendo estrictamente, incluso llegándose a autorizar operaciones en un plazo inferior al fijado legalmente de un mes. Además las prenotificaciones han demostrado ser un eficaz instrumento para facilitar la vida a las empresas, aunque no siempre se lleven a cabo.

Otra de las mejoras que ha introducido la nueva LDC (artículo 59 de la LDC y 69 del RDC) en el procedimiento de control de concentraciones es la posibilidad de que las partes notificantes presenten compromisos, tanto en primera como en segunda fase para resolver los posibles problemas de competencia derivados de la operación. Con la antigua Ley esto no era posible, ya que era el Consejo de Ministros el que decidía, en su caso, sobre la imposición de condiciones en aquellas operaciones que pasaban a segunda fase.

Puesto que las partes son las que mejor conocen los mercados en los que operan y las que han de demostrar que los compromisos que presentan eliminan los problemas de competencia, el nuevo sistema introduce ventajas indudables en la resolución de las fusiones. Además de agilizar el procedimiento, evita que todas las operaciones conflictivas tengan que pasar necesariamente a segunda fase, ahorrando costes y tiempo a los notificantes y a la Administración.

Desde la entrada en vigor de la LDC en septiembre de 2007, se han aprobado siete operaciones con compromisos, entre las que destaca por su complejidad la operación GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA, tanto por su componente de especialización sectorial como por sus repercusiones en todo el sector energético español.

En cuanto a los umbrales de notificación, la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 5/2007) mantuvo el sistema de doble umbral (cuota de mercado o volumen de negocios), modificando únicamente el umbral de cuota de mercado –del 25 al 30%– respecto de la Ley del 89.

Seguimos pensando que, a pesar del debate existente sobre este extremo, el umbral de cuota de mercado es el instrumento más apropiado para filtrar las operaciones de concentración potencialmente dañinas pues aporta valiosa infor-

mación acerca del grado de concentración derivado de las operaciones y de los potenciales problemas para la competencia. Sin duda este criterio, al igual que otros, no está exento de problemas para las empresas en términos de definición de mercados relevantes, aunque se trata de un concepto conocido en la defensa de la competencia, y las empresas cuentan con instrumentos legales (consulta previa) para ayudarlas a solventar dichas dificultades.

El umbral de volumen de negocio en nuestro ordenamiento es muy superior al exigido en economías de tamaño similar a la nuestra –como Canadá– e incluso en economías mayores, como es el caso de Francia, por lo que el número de operaciones notificadas parece sensiblemente inferior al de otros ordenamientos y con ello las cargas soportadas por las empresas.

El análisis de los datos recientes –insuficientes todavía– revela que las operaciones notificadas únicamente por superar el umbral de volumen de negocios no suelen plantear problemas de competencia. Por el contrario, la mayor parte de las operaciones potencialmente problemáticas pertenecen al grupo de las que superan el umbral de la cuota de mercado o ésta y el del volumen de ventas conjuntamente.

#### 4. PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Una de las novedades de mayor calado del trabajo de la nueva autoridad de competencia es la de la promoción de la competencia en sectores donde se encuentre restringida. Es quizás en este campo en el que mejor se puede apreciar la filosofía de trabajo que quiere impulsar la CNC y el cambio tan importante que se ha operado respecto a la situación anterior a la aprobación de la Ley 15/07.

Se trata de adoptar una posición claramente beligerante a favor de la competencia, en la que la Autoridad no se limita a juzgar conductas concretas sino a promover la competencia en todos los sectores y ámbitos de la actuación económica y respecto de todo tipo de actores, tanto privados como públicos. Para ello, se creó la Dirección de Promoción, encargada exclusivamente de estas actividades, que ha supuesto un importante revulsivo en este ámbito.

La función de promoción de la competencia es distinta, aunque complementaria, de la de investigación. La promoción de la competencia no se concreta en la apertura de expedientes a empresas sino en la realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, de propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa, así como en la elaboración de informes sobre obstáculos a la competencia que resulten de la aplicación de normas legales. Se trata de complementar y reforzar las actuaciones coercitivas para promover cambios en los comportamientos de los agentes del mercado, sean éstos empresas o administraciones públicas, que favorezcan la competencia y beneficien a los consumidores.

La CNC ha sido especialmente activa en este área, tal y como ponen de manifiesto los cinco informes realizados en el primer año y medio de actividad, retomando la tradición iniciada a principios de los 90 con títulos ya míticos como el de “Remedios políticos que pueden favorecer la Libre Competencia en los servicios y atajar el daño creado por los monopolios”.

Desde el punto de vista sustantivo, en el ámbito de la promoción podemos distinguir dos grandes ejes de trabajo: uno relacionado con el seguimiento y análisis de las Administraciones Públicas, y otro centrado en el estudio de sectores.

En el capítulo de Administraciones Públicas una buena parte del trabajo de la CNC en estos dos años se ha centrado en la evaluación desde la óptica de la competencia de las actuaciones reguladoras de la actividad económica llevadas a cabo por distintas instancias del sector público. Esta evaluación de leyes y reglamentos tiene particular relevancia en la actual coyuntura, en la que, como consecuencia del proceso de transposición de la Directiva comunitaria de Servicios, España está realizando una revisión integral del marco normativo de un gran número de actividades de servicios.

La Directiva, además de impulsar una serie de medidas que pretenden la eliminación de las barreras que dificultan la libre circulación de servicios entre los países de la Unión Europea y la simplificación administrativa de los procedimientos, incorpora otras tantas que afectan de lleno a la competencia en los mercados. Se trata de aquéllas encaminadas a la eliminación de las barreras jurídicas y administrativas al libre establecimiento de los prestadores de servicios y a la eliminación de barreras a la libre prestación de servicios transfronterizos. Todas estas medidas sirven de complemento a otras destinadas a asegurar la calidad de los servicios. La CNC consideraba, como también se recogía en la exposición de motivos de la Ley Paraguas, que había que realizar una transposición ambiciosa de la Directiva. Sin embargo, y como consecuencia de la influencia de los grupos de presión, este ejercicio parece estar diluyéndose.

Dos de los sectores de mayor relevancia afectados por la Directiva de Servicios son el de colegios profesionales y el de comercio. Y precisamente a ellos la CNC ha dedicado en estos dos años gran atención.

El “Informe sobre el sector de servicios y colegios profesionales” comenzó a elaborarse antes del 2007 y ha destacado por el creciente interés que ha generado en diversos ámbitos de la sociedad. La principal conclusión del Informe es que las diversas normas que regulan el acceso y el ejercicio a las profesiones deben evitar la introducción de reservas de actividad y restricciones a la competencia innecesarias o desproporcionadas que impidan extraer todo su potencial para el crecimiento y el empleo. En su informe, la CNC aconseja romper con la unión automática de una profesión y un título. Sin perjuicio de que en algunos casos el interés general pueda justificar que una determinada profesión sólo sea ejercida por los poseedores de una titulación concreta, ese ha de ser un caso excepcional. También se defiende que la exigencia de titulación no se traduzca automáticamente en la exigencia de colegiación.

Otro de los sectores afectados de plano por la transposición de la Directiva de Servicios es el de la distribución comercial. La regulación del sector de la distribución comercial se concreta a nivel estatal en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. A pesar de incluir expresamente entre sus objetivos el mantenimiento de la libre competencia y la corrección de los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales, solo ha posibilitado un alto grado de intervencionismo que se ha materializado en sustanciales restricciones a la competencia.

La CNC ha mostrado su preocupación acerca de la regulación de la distribución comercial, poniendo de manifiesto los aspectos negativos que dificultan la competencia efectiva y detectando barreras y obstáculos que provocan distorsiones en las estrategias de implantación o de expansión de las empresas. En particular muchas de esas críticas han recaído en la actuación de ciertos Gobiernos autonómicos que han limitado indebidamente las autorizaciones para abrir nuevos centros.

La regulación del sector de la distribución comercial se ve afectada plenamente por la Directiva que obliga a la eliminación de todo tipo de autorizaciones como norma general y a mantener solo excepcionalmente los regímenes de autorización que cumplan los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

En particular el grueso de la necesaria reforma de las normas de distribución comercial se centra en lo que se ha estado denominando licencia comercial específica o segunda licencia, concedida por las administraciones autonómicas. Desde el punto de vista de la competencia, la obligación de contar con esta licencia comercial restringe la competencia al establecer una barrera de entrada regulatoria para potenciales entrantes en el mercado, limitar el número de posibles competidores y permitir así la consolidación del poder de mercado de los operadores ya establecidos. La CNC ha manifestado su postura en varios informes<sup>3</sup>, con escaso éxito hasta el momento, pues la reforma que se está negociando en el Congreso de la Ley de Comercio no ha recogido estas observaciones y además reconoce en su disposición adicional única la posibilidad de que se esté incumpliendo la normativa comunitaria al responsabilizar a las Administraciones competentes de las sanciones que se le impongan al Reino de España por tal incumplimiento. Esta disposición adicional supone un reconocimiento explícito de que se está incumpliendo el ejercicio de transposición de la Directiva de Servicios.

Siguiendo con la actividad de Promoción en el ámbito del sector público destaca la elaboración en esta primera etapa de andadura del estudio denominado "Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente" que posteriormente ha sido acompañada de la publicación de la "Guía para la elaboración de memorias de competencia", y cuya finalidad es facilitar a las Administraciones implicadas el proceso de elaboración

<sup>3</sup> Informe sobre la Reforma de la Ley de Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios y posteriormente informe preceptivo al Anteproyecto de Ley.

de las leyes y su correcta evaluación desde el punto de vista de su impacto sobre la competencia.

El propósito de este, a nuestro entender, importante trabajo es el de concienciar a los poderes públicos de que pueden y deben regular de forma eficiente desde el punto de vista de la competencia, evitando que, a través de sus actuaciones normativas o administrativas, se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia. En el mismo se establecen los principios de una buena regulación desde el punto de vista de la competencia: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia, transparencia y capacidad de predicción.

Hay que destacar asimismo la publicación de primer Informe de Ayudas Públicas concedidas en España y referido al año 2008. El objetivo del Informe es contribuir al mejor conocimiento de los marcos comunitario y español que regulan las ayudas públicas, exponer los criterios que deben ser tenidos en cuenta en su evaluación y trasladar los beneficios que pueden derivarse de un buen diseño de las mismas, así como de su seguimiento y control.

La publicación de este informe constituye un primer paso que se irá complementando con otras actuaciones de seguimiento de las ayudas de Estado de mayor envergadura sujetas a la supervisión de las autoridades comunitarias, y de control de otras de índole menor que no tienen afección comunitaria.

Evidentemente, la tarea de formular propuestas para la reforma del ordenamiento no resulta fácil, especialmente cuando tales propuestas suponen reformas liberalizadoras que vienen a alterar el *statu quo*. Pero no resultaría lógico que tales resistencias al cambio impidieran o limitaran nuestra capacidad de hacer propuestas, que encuentra su razón de ser precisamente en el hecho de que cualquier apertura del mercado, cualquier eliminación de las restricciones que la regulación permite, ha de beneficiar al conjunto de los consumidores.

El segundo gran bloque de actuación en el ámbito de promoción de la competencia es el del análisis sectorial.

Los informes realizados por la CNC analizan sectores concretos de actividad e identifican obstáculos que dificultan el funcionamiento eficiente de los mercados con el objetivo de eliminarlos y lograr una economía más competitiva.

Concretamente, se han publicado cuatro informes de gran relevancia en los sectores que les afectan: el informe sobre la explotación de los derechos audiovisuales de fútbol en España; el informe de fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera realizado a solicitud del Ministerio de Fomento; el informe de competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España, y el ya referido sobre colegios profesionales.

En el momento de redactar estas líneas, la CNC se encuentra preparando nuevos estudios e informes sectoriales que previsiblemente verán la luz en un futuro próximo. Se ha presentado un informe sobre los procuradores de los tribunales, en el que se analiza si la actual normativa reguladora de su actividad introduce restricciones a la competencia y, en tal caso, si las mismas se adecuan a los principios de necesidad

y proporcionalidad, mínima distorsión de la competencia, eficacia, capacidad de predicción y transparencia. Se está elaborando otro sobre la distribución de carburantes cuyo objetivo es realizar un análisis del sector y de la estructura del mercado para ver si las características del mercado permiten comportamientos diferentes al esperado en condiciones de plena competencia. También se contempla un estudio sobre los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que analice la regulación de la gestión colectiva de esos derechos de propiedad intelectual, e identifique las condiciones del marco regulatorio que pudieran conducir a potenciales prácticas anticompetitivas en ese mercado.

Aunque es posible que el elevado ritmo de realización de informes no se mantenga en próximos ejercicios, es importante que junto con los nuevos se efectúe el seguimiento y valoración del impacto de los ya realizados sobre cada área de actividad concreta. Con ello se pretende mejorar la influencia de los informes de la CNC sobre la eficacia del funcionamiento de los mercados analizados.

Se trata en definitiva de poner parte de nuestros recursos al servicio de la promoción de una mayor competencia, informando las leyes y regulaciones que atentan injustificadamente contra la misma y realizando estudios de mercado que nos permitan tener un mejor conocimiento de su funcionamiento, a fin de ejercer una labor de concienciación de la sociedad y de propuesta a los organismos públicos que permita la progresiva mejora del funcionamiento de nuestros mercados.

## 5. CONCLUSIONES

La aprobación de la Ley 15/2007 y la consiguiente creación de un nuevo órgano de defensa de la competencia ha supuesto un importante cambio –a mejor– del sistema de defensa de la competencia en nuestro país.

En los dos años transcurridos desde la entrada en vigor de la nueva Ley se han adoptado las medidas legales y organizativas necesarias para poner en marcha una institución que sirva al objetivo de mejorar la eficacia de nuestro sistema de defensa de la competencia.

Ello se ha pretendido lograr mediante un esquema organizativo basado en la especialización de un personal altamente cualificado en permanente formación; con la racionalización de los procedimientos administrativos y la participación en los mismos de un creciente número de expertos en diferentes disciplinas como medio para reforzar la solidez de las decisiones; con una política activa de promoción de la competencia en la que la CNC ha expuesto con claridad los argumentos a favor de una regulación adecuada a los objetivos de libertad económica favorables a los intereses de los consumidores y mediante el estudio de sectores y la propuesta de mejoras de su funcionamiento competitivo.

Aun estando satisfechos con el trabajo realizado hasta el momento, somos conscientes de que para que las mejoras puedan mantenerse en el tiempo es necesario

que seamos críticos con nuestra labor y que los defectos y los ámbitos susceptibles de mejora constituyan el objeto de nuestra labor futura.

En septiembre de 2009 vencerá el plazo de dos años que nos dimos para cumplir con los objetivos fijados en el Plan de lanzamiento para 2008-2009. Con esa ocasión estamos inmersos en un proceso de autoevaluación de nuestra labor y análisis de los logros y fracasos en cumplimiento de dichos objetivos. Dicho análisis será fundamental para fijar nuestros objetivos de los dos próximos años, al permitirnos conocer aquellos ámbitos en los que hemos avanzado y aquéllos en los que será necesario cambiar el enfoque o redoblar los esfuerzos.

En general, el grado de cumplimiento del Plan de actuaciones ha sido alto, lo cual no obsta para que haya áreas en las que habrá que seguir profundizando y otras en las que resulte conveniente fijarnos nuevos objetivos.

La creación de la CNC como organismo independiente nos permite, dentro de la legalidad, definir prioridades, fijar objetivos y diseñar estrategias para alcanzar los fines perseguidos. Esta libertad nos da un mayor margen de maniobra, a la vez que nos hace más responsables frente a nosotros mismos y, sobre todo, frente a la sociedad. Esta responsabilidad nos motiva y anima a actuar de un modo más activo y –a la vez– más crítico, lo que esperamos que redunde en una mejora de los resultados.

La preservación del alto grado de independencia alcanzado durante este tiempo junto con la capacidad de análisis independiente y de crítica constructiva ajena a cualquier interés diferente al de la defensa del correcto funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores debe ser otro de los objetivos continuamente perseguidos por la CNC. Para ello será necesario mantener el máximo rigor en nuestras decisiones e informes y perseguir la máxima solidez intelectual de nuestras aportaciones. Será el rigor de nuestro trabajo el que permita mantener nuestra independencia al margen de los vaivenes a los que en un futuro pueda verse sometida la institución.

En definitiva han sido dos años de grandes cambios e importantes novedades que confiamos que hayan servido para iniciar una nueva etapa en la defensa de la competencia en España caracterizada por la mejora continua y el servicio a la sociedad española.

# CONDUCTAS EXCLUYENTES Y POSICIÓN DE DOMINIO ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO

JUAN LUIS MILLÁN PEREIRA

Profesor Titular de Economía Aplicada

Universidad de Málaga

Vocal del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía

## 1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones económicas en general y el mundo de los negocios en particular están sometidos a un proceso de transformación continua que I. Wilkinson denominó de forma especialmente acertada *evolvability of business*<sup>1</sup>.

La teoría de la Organización Industrial Moderna ha sido razonablemente capaz de adaptarse a estas circunstancias cambiantes y de aproximarse con éxito al nuevo escenario económico, que en la actualidad se caracteriza, entre otras, por una creciente movilidad de los bienes, servicios y factores productivos en el ámbito internacional (globalización); por la extensión de las economías de red (*network business*) y la generalización de nuevas formas de interacción entre los operadores económicos; y por la intensificación, de forma simultánea, de las relaciones de cooperación y de rivalidad entre los agentes que participan en la actividad económica, lo que hace más complejo el análisis de las reacciones de los operadores ante cualquier cambio de comportamiento por parte del resto de intervinientes en un mercado.

<sup>1</sup> Vid. Wilkinson, I., "The evolvability of business and the role of antitrust", *Antitrust Bulletin*, vol. 51, nº 1, spring 2006.

La política de la competencia, sin embargo, tanto en lo referente a su aplicación como en su parte sustantiva, ha mostrado una velocidad de adaptación sensiblemente inferior a los cambios que han tenido lugar en la economía que trataba de regular.

La principal razón que, a nuestro juicio, explica este hecho es la escasa influencia del análisis económico sobre el Derecho de la Competencia a pesar de que, como dijera D. B. Audretsch y otros, “if there is any body of law that owes its existence to economics, it is surely antitrust law”<sup>2</sup>.

Uno de los ámbitos de actuación del Derecho de la Competencia que se está mostrando menos permeable a la influencia de la economía y de sus corrientes más modernas y, por lo tanto, donde las carencias aparecen más acusadas, es el correspondiente al análisis de las conductas excluyentes de las empresas en posición de dominio<sup>3</sup>.

Y todo ello a pesar, por un lado, del notable cambio de enfoque que se propugnaba en el reciente informe elaborado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre la materia titulado “Competition and monopoly”<sup>4</sup>, si bien la nueva *Assistant Attorney General* de la Antitrust Division del DOJ, C. A. Varney ha marcado distancias con el mismo<sup>5</sup>.

Y, por otro, del todavía más reciente documento de Directrices de la Comisión Europea sobre conductas excluyentes abusivas de empresas dominantes<sup>6</sup>, que supone un cierto acercamiento al análisis económico y en especial en lo referente a la consideración de las eficiencias, aunque todavía menos ambicioso que el contenido en el *discussion paper* preparatorio<sup>7</sup>.

Tampoco los tribunales, especialmente de la Unión Europea, parecen más proclives a este tipo de “aventuras económicas”, pues los argumentos de eficiencias esgrimidos para legitimar conductas por parte de las demandadas han sido desestimados, por ejemplo, en los asuntos Wanadoo<sup>8</sup> y Microsoft<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Audretsch, D. B., Baumol, W. J., Burke, A. E. (2001), “Competition policy in dynamic markets”, *Industrial Journal of Industrial Organization*, nº 19, p. 614.

<sup>3</sup> A la misma conclusión llegó el Working Group on Competition Law del Bundeskartellamt y que hizo pública en el documento “The future of abuse control in a more economic approach to competitive law” ([www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/070920\\_AK\\_Kartellrecht\\_E.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/070920_AK_Kartellrecht_E.pdf)).

<sup>4</sup> U.S. Department of Justice (2008): “Competition and monopoly: single-firm conduct under Section 2 of the Sherman Act”. El documento es accesible en [www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm).

<sup>5</sup> En concreto ha asegurado que aquel “no longer represents the policy of the Department of Justice with regard to antitrust enforcement under Section 2 of the Sherman Act” (Varney, C.A.: “Vigorous antitrust enforcement in this challenging era”, conferencia pronunciada el 11 de mayo de 2009 en el Center for American Progress). Disponible en [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245711.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245711.htm).

<sup>6</sup> Comunicación de la Comisión (2009/C45/02) sobre “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado de la CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (DOUE C 045, de 24 de febrero de 2009).

<sup>7</sup> European Commission (DG Competition): “Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, diciembre de 2005. El documento se puede consultar en [www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf).

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-340/03, France Télécom SA contra la Comisión de las Comunidades Europeas, de 30 de enero de 2007, recurrida en casación y desestimada por la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-202/07 P, de 2 de abril de 2009.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-201/04, Microsoft Corp. contra la Comisión de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2007.

El propósito de este trabajo es, pues, tratar de acercar el análisis económico a la política y el Derecho de la Competencia en relación con las conductas excluyentes de las empresas en posición de dominio, convencidos de que el enfoque resultante es más coherente con la realidad del mundo de los negocios que con ellas se trata de regular y más consistente con los objetivos del crecimiento y desarrollo económicos.

## 2. HACIA UNA MEJOR GESTIÓN DE LOS “ERRORES” DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Las mejoras de eficacia y eficiencia constituyen objetivos de gestión prioritarios de cualquier actuación del sector público y, por supuesto, de las orientadas a conseguir que los mercados operen de la forma más competitiva posible.

Estos objetivos, supuesto que los operadores del Derecho de la Competencia disponen de los recursos suficientes para el desarrollo de su actividad, se suelen asociar directamente a la reducción de los denominados errores de tipo II (falsos negativos o errores de tipo beta) y que consisten en el no rechazo de la hipótesis nula ( $H_0$ ), siendo cierta la alternativa ( $H_1$ ). Y en términos de política antitrust, en la no calificación como ilícito de un comportamiento restrictivo de la competencia.

Ello se debe fundamentalmente a que sus responsables políticos muestran una tendencia natural y comprensible a otorgar el máximo valor a la actividad reguladora o de control que desarrollan, a la vez que se suelen mostrar indulgentes con los perjuicios que pudieran derivarse de un exceso de prevención.

Ahora bien, cualquier intento de resolver estos problemas *under-enforcement*, que definimos como la situación que se deriva del mantenimiento de conductas anticompetitivas en los mercados después de la actuación pública y cuyos costes provienen de la pérdida del bienestar asociada a su propia existencia, requeriría que su diseño se realizara a partir de dos proposiciones básicas: la primera, que la existencia de errores de tipo beta es consustancial a cualquier proceso de contraste; y la segunda, que el coste marginal para el sector público de combatirlos crece de forma exponencial a medida que son progresivamente eliminados.

De ambas circunstancias se sigue, necesariamente, que el objetivo de los poderes públicos en relación con los falsos negativos no debería ser otro que tratar de situarlos dentro de unos límites que se consideren aceptables.

Además, como la probabilidad de que se desarrollen prácticas anticompetitivas y la gravedad del perjuicio que pueden ocasionar sobre la economía difieren considerablemente de un tipo de conducta a otro, la conclusión sería evidente: la necesidad de que la intervención pública en materia de competencia fuese selectiva y orientada a partir de la definición de prioridades, la selección de campos de actuación preferente, así como un nuevo planteamiento en el tratamiento de base de algunas conductas, actuaciones todas ellas que deberían redundar en una mejora tanto de su eficacia como de su nivel de eficiencia.

Ahora bien, el mayor reto no es éste, sino que en sintonía con un número creciente de investigadores, entendemos que la comisión de errores tipo I puede tener un impacto aún más importante y ocasionar unos perjuicios más graves que los anteriores sobre las posibilidades de desarrollo económico de un país y, por consiguiente, sobre el nivel bienestar de sus ciudadanos. Y en consecuencia, la reducción al mínimo de los problemas de *over-enforcement* o de exceso de prevención debería constituir la prioridad en la actuación de los poderes públicos en materia de competencia. Las razones se detallan a continuación.

Los errores de tipo I consisten en la calificación de una conducta empresarial de anticompetitiva sin serlo (falso positivo), conllevan un doble coste directo: de un lado, la disuasión de una práctica legítima; y de otro, la permanencia en los mercados de operadores menos eficientes por la vía artificial de la “persecución” de sus competidores por parte de los poderes públicos. En este último caso, el coste sería de oportunidad o de mejor opción no realizada.

Pero los efectos negativos no acaban aquí ya que la probabilidad de que se cometan este tipo de errores se incrementa de forma considerable en relación con las conductas empresariales más novedosas y creativas que, aunque pudieran suponer un reforzamiento de la posición de mercado de las empresas que las practican, también son las que presentan una mayor capacidad de incrementar la calidad de vida en las sociedades modernas. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al lanzamiento de nuevos productos, a la integración de la cadena de valor, a la inversión en intangibles o al aumento de la escala de producción, entre otros.

Y a todo ello le debemos añadir los efectos derivados de la falta de seguridad en su calificación desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, lo que introduce un elemento de incertidumbre en los procesos de toma de decisiones de las empresas, con los consiguientes perjuicios que de ello se derivan en relación con la idoneidad del equilibrio para el desarrollo económico.

Por lo tanto, uno de los mayores retos a los que se enfrenta en la actualidad la política de competencia consiste en evitar que de su mano se introduzcan elementos que distorsionen el comportamiento eficiente de los agentes, en especial en relación con los movimientos más poderosos desde el punto de vista de la mejora asignativa de los recursos que son, en general, los que somete a una vigilancia más estrecha porque los suelen desarrollar empresas dominantes. Además, esta situación estimula la búsqueda de estrategias alternativas a la propia “competencia vigorosa” para mejorar los resultados de las exploraciones e incluso podría estar propiciando un uso subversivo de la política de competencia por parte de las empresas menos eficientes que operan en los mercados (sobre este tema volveremos más adelante).

En este sentido, un paso decisivo de reforma consistiría en revisar la política de competencia desde el punto de los criterios de regulación eficiente (*better regulation*) que, por ejemplo, la OCDE estableció en *Recommendations on improving the quality of government regulation*.

Entre los principios contenidos en el documento y que serían de aplicación en relación con la mejor gestión de los errores de la política de competencia destacan que la intervención pública sólo se produzca cuando sea necesaria; que la política diseñada sea la más adecuada para la consecución de sus objetivos de entre todas las alternativas existentes; que los beneficios de la actuación superen los costes en los que pudiera incurrir; y que las distorsiones sobre el funcionamiento de los mercados sean las mínimas posibles.

### 3. DE LA “DEFENSA DE LOS COMPETIDORES” A LA “PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EFECTIVA”

A diferencia de lo que podría parecer, en la actualidad existen profundas discrepancias entre operadores y teóricos de la política de competencia acerca de cuáles son sus objetivos. De un lado se encuentran quienes centran el punto de mira de sus actividades en la promoción/defensa de determinadas estructuras de mercado por cuanto consideran que poseen cualidades intrínsecamente superiores desde el punto de vista de la asignación de recursos y el bienestar social (enfoque de “defensa de los competidores”).

Y del otro los que consideran que, además de dichas estructuras, en el comportamiento de los agentes en los mercados influyen otros elementos de forma si cabe aún más decisiva, por lo que la acción política debería orientarse a la consecución del mayor grado de rivalidad real entre los participantes en los intercambios (enfoque de “protección de la competencia efectiva”).

La adopción de uno u otro enfoque no es una cuestión irrelevante sino decisiva, ya que el objetivo seleccionado determinará la forma en que la política de competencia se aproxime a los hechos, su propio análisis y el sentido de las prescripciones que se dicten. Y sus consecuencias especialmente significativas en aquellos campos en los que las estructuras de mercado jueguen un papel más decisivo: las fusiones horizontales y el comportamiento de las empresas dominantes.

En líneas generales se podría decir que desde hace décadas se está observando una cierta evolución desde el planteamiento tradicional hacia el centrado en la protección de la competencia efectiva, especialmente visible en los últimos años y sobre todo en Estados Unidos, pero lo cierto es que la balanza se mantiene claramente inclinada a favor del primero.

Entre las posibles explicaciones de este fenómeno encontramos las circunstancias socio-económicas que rodearon la aparición de las primeras normas antitrust, la defensa de los intereses de los pequeños empresarios y agricultores frente a las grandes corporaciones industriales, que influyeron en su orientación y que en buena medida han mantenido su influencia a lo largo del tiempo; el predominio hasta bien entrada la década de los setenta del paradigma clásico “estructura-conducta-resultados” en economía de la competencia, claramente determinado

por el enfoque de la defensa de los competidores; o la resistencia de los tribunales de justicia a introducir cambios sustanciales en la aplicación del derecho ya que, como dice S. Breyer, “cours must protect those who have relied upon prior law and prior approaches”<sup>10</sup>.

Cualquiera que sea la razón, sea alguna de éstas u otras, lo cierto es que en la actualidad no existen argumentos de peso que justifiquen que se siga aplicando de forma generalizada dicho enfoque por falta de rigor científico desde el punto de vista de la teoría económica y porque de su aplicación a menudo se derivan situaciones verdaderamente paradójicas. O de qué otra forma podríamos calificar el hecho de que se sigan desautorizando/persiguiendo conductas beneficiosas desde el punto de vista del bienestar general por el hecho de que con ellas se eliminan competidores o, simplemente, porque las empresas que las protagonizan disfrutan o pueden llegar a alcanzar una determinada posición en los mercados; en tanto que se estarían bendiciendo otras intachables desde el punto de vista de la competencia formal pero podrían ser pésimas desde el punto de vista de la asignación de recursos.

La ciencia económica moderna, y en especial las aportaciones que se han realizado desde la *Industrial Organization Theory*, muestra un amplio consenso académico en torno a una serie de ideas que están llamadas a transformar el orden de prioridades en la determinación de los objetivos de la política de competencia y a situar definitivamente el enfoque de la protección de la competencia efectiva en su epicentro:

- a) La estructura de los mercados condiciona de forma muy importante el nivel de competencia teórica que existe en aquéllos. Pero en la efectividad de la competencia influyen otras variables, en especial la existencia de barreras en el mercado y su consistencia; las características de la demanda y la capacidad negociadora de los clientes; la potencia económica de los competidores, etc. Y es que, como asegura H. Demsetz, “determining the degree of competitiveness is a very different problem from the application of either the competitive or monopoly model to a particular solution”<sup>11</sup>.

Así por ejemplo, el equilibrio que se alcance en un mercado con una competencia atomizada no tiene por qué ser necesariamente mejor desde el punto de vista del bienestar general que el que pudiese corresponder a un mercado más concentrado pero altamente contestable o a un oligopolio no cooperativo; del mismo modo que un mercado con muchos oferentes de productos diferenciados (competencia monopolística) puede conducir a un resultado muy próximo al que se obtendría en una situación de monopolio.

<sup>10</sup> Breyer, S. (2004), “Economic reasoning and judicial review”, AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies, American Enterprise Institute for Public Policy Research y The Brooking Institution, p. 16.

<sup>11</sup> Demsetz, H. (1976), “Economics as a guide to antitrust regulation”, *Journal of Law and Economics*, vol. 19, nº 2, p. 372.

De lo anterior se deduce que la protección *per se* de un determinado tipo de mercado sólo se justifica desde un punto de vista muy genérico. La teoría de juegos constituye una herramienta valiosa para analizar las características del equilibrio que se alcanzaría como resultado de la interacción de los agentes en función de las diversas circunstancias que concurren en cada caso.

- b) La competencia presenta las características propias de un juego de suma cero, especialmente cuando la demanda de los consumidores exhibe un comportamiento inelástico. Es decir, los esfuerzos por parte de empresas rivales por convencer a los demandantes para que se decanten por sus respectivos productos, cualquiera que sea el procedimiento que empleen, supone, necesariamente, la merma de la posición de mercado de aquéllas que tengan menos éxito en la tarea y, en casos extremos, su desaparición. Así pues, el cierre de las empresas menos eficientes, innovadoras y creativas constituye un rasgo consustancial a las economías de mercado y, tal como ya pusiera de manifiesto J. A. Schumpeter hace más de medio siglo, en líneas generales ello no debería interpretarse sino como un síntoma de dinamismo competitivo<sup>12</sup>.
- c) La consecución de economías de escala, alcance o red constituye un objetivo socialmente deseable por cuanto implica un mejor aprovechamiento para la sociedad de los recursos productivos disponibles. O dicho de otra forma, la producción atomizada podría ser una estrategia extraordinariamente costosa si para obtener una determinada cantidad de producto final utilizara una mayor cantidad de recursos.

De hecho, cuando en ausencia de restricciones legales u otro tipo de barreras significativas a la entrada de empresas en un sector, una estructura de mercado presenta un alto grado de concentración que permanece inalterada o incluso crece a lo largo del tiempo, debemos concluir que el mantenimiento de esa situación de equilibrio se debe esencialmente a razones de coste. Y, por consiguiente, cualquier estrategia pública destinada a combatirla, si exceptuamos la eliminación de los obstáculos marginales que pudieran dificultar el acceso de nuevos operadores al mercado, únicamente iría en detrimento del bienestar de los consumidores.

- d) Aunque las empresas pueden desarrollar comportamientos estratégicos para mejorar su posición de mercado e, incluso, eliminar a sus rivales, la competencia basada en méritos domina ampliamente sobre las de carácter ilícito.

Sobre este asunto, y haciendo gala de un gran sentido del humor, el profesor R. A. Posner aseguró que sólo existían tres formas mediante las cuales una empresa puede obtener, mantener o incrementar su poder de monopo-

<sup>12</sup> En concreto, la expresión que J. A. Schumpeter empleó en "Capitalismo, socialismo y democracia" para referirse a este proceso fue la de *destrucción creativa*. Con ella quiso referirse a una de las características de las economías de mercado, además de una de sus grandes virtudes: el hecho de que las empresas que operan en mercados competitivos se ven continuamente obligadas a innovar, experimentar y a crear nuevos productos, lo que conlleva la desaparición de los artículos obsoletos, de los métodos y técnicas de producción ineficientes y de las empresas que los practican.

lio: consiguiendo el favor de los consumidores, obteniendo una patente de forma fraudulenta o haciendo explotar la fábrica de su competidor, y las dos últimas prácticas están suficientemente castigadas por las leyes<sup>13</sup>.

Y como norma general se podría afirmar que cuando una determinada conducta empresarial se produce en cualquier situación de mercado, lo lógico sería asumir que su propósito es legítimo.

Pero incluso en el caso de que se demostrase que la empresa en cuestión persigue una estrategia de cierre del mercado, habría que constatar si finalmente el grado de competencia efectiva resulta dañado y, además, el bienestar de los consumidores perjudicado. Desde este punto de vista, las únicas conductas intrínsecamente reprobables desde un punto de vista económico serían aquéllas que tuviesen como único propósito la eliminación de la competencia.

Ahora bien, como quiera que la distinción entre actividades legítimas y deseables y aquellas otras que no lo son no es una tarea sencilla y el control indiscriminado de cualesquiera conductas de las empresas que supusiesen la desaparición o la pérdida de cuota de mercado de las competidoras podría tener consecuencias negativas considerables sobre la intensidad de la competencia efectiva, se hace imprescindible que se avance en la definición de un procedimiento de contraste solvente de intencionalidad única e ilegítima.

- e) Las actuaciones encaminadas a eliminar o restringir la competencia en los mercados son extraordinariamente costosas para las empresas que las lideran. Su sostenibilidad a medio plazo dependerá, básicamente, de la existencia de barreras de entrada en el sector que nos ocupe. Pero el creciente grado de internacionalización de las economías apunta en la línea del adelgazamiento de los obstáculos de todo tipo en la entrada a los mercados y el aumento de la competencia potencial a nivel mundial.

No obstante, y por razones de naturaleza diversa, los poderes públicos, introducen en ocasiones trabas a la entrada de empresas en un sector o rama la actividad. La política de competencia tiene, pues, en este ámbito un importante campo de acción con el objeto de impedir que la propia administración se establezca o refuerce los elementos que dificultan u obstaculizan el desarrollo de la competencia potencial y, por consiguiente, el funcionamiento competitivo de los mercados.

- f) La innovación es la variable decisiva en los procesos de competencia en la actualidad, más allá del precio de los bienes y servicios objeto de intercambio<sup>14</sup>. Las empresas más creativas desde el punto de vista productivo, las que desarrollan las estrategias comerciales más arriesgadas y las que más invier-

<sup>13</sup> Cfr. Posner, R. A. (1976), "Antitrust law. An economics perspective", The University Chicago Press, p. 184.

<sup>14</sup> Vid. Kolasky, W. J., "What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives", *Antitrust Bulletin*, vol. 49, nºs 1-2, spring 2004, pp. 32-33.

ten en mejorar la componente tecnológica de los bienes que ofrecen serán, previsiblemente, las que reciban el favor de los consumidores, aunque sus posibilidades de fracaso también son más elevadas.

Y en general son las empresas de tamaño medio y grande las que están realizando una apuesta más decidida por la innovación, lo que contribuye de forma muy significativa al incremento de la competencia efectiva de cuyos efectos se benefician en gran medida los consumidores.

La correcta comprensión del fenómeno requiere, además, que se adopte un enfoque esencialmente dinámico de los efectos económicos de las conductas innovadoras, ya que los efectos de muchas de ellas sólo se percibirán en su integridad con el transcurso del tiempo. Es más, en ocasiones pudiera incluso producirse un conflicto entre el sentido de los efectos inmediatos y los que se observarían a medio o largo plazo, por lo que el análisis dinámico resulta imprescindible para conocer el verdadero alcance de una actuación empresarial.

En general, las excepciones a las normas de competencia (protección de la investigación, sistemas de patentes y propiedad intelectual<sup>15</sup>) responden a esta lógica y sus resultados están resultando muy satisfactorios.

#### 4. LA UTILIZACIÓN ESTRATÉGICA DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y SU PREVENCIÓN

La Teoría de la Elección Pública (*Public Choice Theory*), que se desarrolló a partir de los trabajos seminales de J. M. Buchanan, ha permitido extender la teoría económica al estudio de la formación de voluntades y la toma de decisiones por parte de los responsables políticos.

Uno de los campos anejos a la disciplina que ha tenido un mayor predicamento ha sido el conocido como *rent-seeking*. Sobre este asunto G. J. Stigler se manifestó con meridiana claridad cuando aseguró que:

we assume that political system are rationally devised and rationally employed which is to say that they are appropriate instruments for the fulfillment of desires of members of the society (...) indeed the problem of regulation is the problem of discovering when and why an industry (or other group of likeminded people) is able to use the state for its purposes<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Vid., por ejemplo, Anderman, S., "EC competition law and intellectual property rights in the new economy", *Antitrust Bulletin*, vol. 47, nº 2-3, fall 2002; o Masoudi, G. F., "Efficiency in analysis of antitrust, standard setting, and intellectual property", conferencia pronunciada el 18 de enero de 2009 en el *Workshop on standardization, IP licencing, and antitrust*, Tilburg Law & Economic Center, Tilburg University, Brussels.

<sup>16</sup> Stigler, G. J., "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economic and Management Science*, vol. 2, nº 1, spring, 1971, p. 4.

Esto es, en la medida que cualquier decisión política en el ámbito económico implica una alteración en el reparto de rentas entre los agentes, éstos procurarán influir en la gestación de los criterios y decisiones públicas que les garanticen un control indirecto sobre las fuentes de renta que controlan las administraciones públicas, ya sea parcial o totalmente, directa o indirectamente. Es decir, actuarán como *rent-seekers* o *rent-preservers*.

Si algunos colectivos tienen éxito a la hora de persuadir a los gobernantes de que sus intereses particulares merecen una protección especial, éstos habrán logrado que el resultado de la acción pública derive en un reparto de rentas en su beneficio.

Como es de suponer, la política de competencia no está exenta de este tipo de presiones y de comportamientos estratégicos por parte de los operadores en los mercados, en especial de las empresas menos eficientes, que buscarán la protección del sector público para resguardarse de los rigores de la competencia. Es más, como dicen W. J. Baumol y J. A. Ordover:

the antitrust and regulatory institutions have shown themselves to be sources of substantial incentives and opportunities for such rent-seeking activity. Whenever a competitor becomes too successful or too efficient, whenever his competition threatens to become sufficiently effective to disturb the quiet and easy life his rivals is leading, the latter will be tempted to sue on the grounds that the competition is unfair<sup>17</sup>.

Y es que, en líneas generales, es más fácil y potencialmente lucrativo intentar conseguir que una determinada conducta de una empresa rival sea declarada anti-competitiva o se someta a condiciones que restrinjan su impacto sobre el mercado, que recurrir a mejoras de gestión u organización en la propia empresa que le permita recibir un mayor número de votos monetarios por parte de los consumidores (o para conservarlos).

La actividad de los buscadores de renta, no obstante, tiende a mantenerse en estado latente en dos tipos de situaciones: en primer lugar, si todos los participantes en el mercado tienen la misma capacidad para influir en los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos, ya que en este caso se crearía una suerte de campo de fuerzas opuestas que contrarrestaría los efectos distributivos de sus políticas y haría desaparecer el interés de los *rent-seekers*. O, al menos, si este mercado fuese altamente contestable; es decir, si como consecuencia de la actividad de un colectivo en concreto, los que sintieran amenazadas sus rentas reaccionaran y pudieran intervenir en el proceso con la misma efectividad.

Y, en segundo, si los costes de su actuación no se vieran suficientemente compensados por los beneficios esperados multiplicados por la probabilidad de que

<sup>17</sup> Baumol, W. J., Ordover, J.A. (1985), "Use of antitrust to subvert competition", en *Journal of Law and Economics*, vol. 28, nº 2, p. 248.

su misión tuviese éxito, ya que en ese caso lo que se estaría produciendo es una transferencia neta de renta de los demandantes hacia las empresas consultoras y asesores legales y económicos a los que tuviese que recurrir.

Sin embargo, en su formulación más habitual, la política de competencia presenta elementos que favorecen que a su alrededor se desarrolle una intensa actividad por parte de los buscadores de renta.

Así resulta que, en la mayoría de los casos, los denunciantes de prácticas anti-competitivas disfrutan del poder si no de paralizar una determinada conducta empresarial, sí al menos de retrasarla durante un periodo más o menos largo y, en cualquier caso, de hacer que la parte demandada incurra en importantes gastos para justificarla, además con un resultado imprevisible. Y todo ello a un coste muy reducido (en la mayoría de los casos de cero) y, como se ha apuntado, con unos beneficios potenciales muy elevados.

La tendencia de los poderes públicos por proteger a los competidores frente a la competencia efectiva; el sentido de la carga de la prueba, que habitualmente recae sobre el denunciado; el sometimiento de numerosas conductas empresariales a procedimientos de autorización previos en materia de competencia; la deficiente consideración del argumento de las eficiencias, la exigencia de que sean demostrables, constituyen auténticos catalizadores de actividad de los buscadores de renta en torno a las políticas de competencia.

Evitarla o al menos reducirla, debería constituir un objetivo prioritario de la política de competencia ya que los buscadores de renta podrían estar alterando significativamente sus efectos reales e, incluso, decantando el resultado de su actividad en contra de la competencia efectiva, con la consiguiente pérdida de bienestar social como consecuencia tanto de la permanencia en el mercado de actores poco eficientes, como de la ralentización en el desarrollo de comportamientos empresariales impulsores del crecimiento económico, de la asignación eficiente de recursos y del aumento de bienestar de los consumidores. Sobre alguno de estos asuntos volveremos en el apartado 5.

## 5. EL ARGUMENTO DE LAS EFICIENCIAS AL PRIMER PLANO

Otra aportación de la economía al proyecto de modernización de la política de competencia en relación con el tratamiento de las conductas excluyentes de las empresas en posición de dominio consistiría en la incorporación resuelta y decisiva del análisis de las eficiencias<sup>18</sup>. La época de la desconsideración de las eficiencias e

<sup>18</sup> Sobre la evolución histórica del argumento de las eficiencias se puede consultar Leary, T. B. (2002), "Efficiencies and antitrust: a story of ongoing evolution", comentarios realizados para la ABA Section of Antitrust Law Forum (<http://www.ftc.gov/speeches/leary/efficienciesandantitrust.shtm>).

incluso del recurso a las “eficiencias excesivas”<sup>19</sup> como argumento para prevenir u obstaculizar determinados movimientos de los operadores en los mercados tiene que dejar su sitio de privilegio a planteamientos más coherentes y consistentes con las fuerzas motoras del cambio en la economía.

Es cierto que, como señalábamos al principio, ha habido algunos intentos de aplicar el análisis de eficiencias por parte de los tribunales y autoridades de competencia en la consideración de tales conductas, lo que sin duda merece una valoración positiva, ya que ni el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea ni el 2 de la Sherman Act prevén la posibilidad de que se declare la inaplicabilidad de la prohibición de determinadas prácticas por parte de empresas dominantes si concurren razones de eficiencia (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en relación con los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, para las que sí se plantea expresamente esa posibilidad).

Pero la situación actual se nos antoja a todas luces insuficiente, además de un agravio comparativo que discrimina con razones de débil sustento teórico a las empresas que han alcanzado una determinada posición en un mercado. También supone una restricción en la consideración de la variable que guarda una relación más directa y estrecha con el bienestar de los consumidores: el nivel de eficiencia que se alcanza en los procesos productivos.

Si ya carece de sentido que el mejor aprovechamiento de los recursos desaparezca del centro del análisis de la competencia si una empresa alcanza el umbral de dominancia, cuando, simultáneamente, se esgrimen argumentos de eficiencia para justificar la bondad de las estructuras de mercado menos concentradas; si, tanto en las empresas que operan en condiciones de competencia atomizada como en las que disfrutan de situaciones de monopolio, el aumento de la rentabilidad se fundamenta preferentemente en los procesos encaminados a conseguir que el esfuerzo productivo sea óptimo; y si se acepta que la competencia en méritos constituye la forma ordinaria de progreso de una empresa, no se puede invertir completamente el sentido del análisis y presuponer que el mantenimiento o el incremento de su cuota a partir de cierto nivel, además indeterminado, se va a producir preferentemente de forma ilegítima. O que el único propósito que persigue una empresa cuando lucha por convertirse en dominante es abusar de su posición.

Por lo tanto, la plena apertura de las conductas excluyentes de las empresas dominantes al análisis de eficiencias constituye una auténtica necesidad económica y social que habrá que articular de forma adecuada y, si así se considera, someter a condiciones de reparto de las ganancias para asegurar que los consumidores también perciban parte de los beneficios de la nueva situación de mercado.

A continuación se detallan los argumentos de eficiencia que subyacen debajo de las conductas excluyentes extraídos del análisis de sus efectos contrastados en

.....  
<sup>19</sup> Vid. Odriozola, M., Irissarry, B. (2006), “El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito del control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible”, en Cases, Ll. (Dir.): *Anuario de la Competencia 2005*, Marcial Pons, p. 251.

distintos mercados. No obstante los elementos comunes que aparecen en muchas de ellas, se ha optado por realizar un tratamiento diferenciado para facilitar el seguimiento individualizado que se exigiría en la práctica para abordar los distintos casos que se pudieran plantear.

Como la relación de conductas podría ser muy extensa y en algunas de sus expresiones más novedosas incluso discutible, se ha optado por realizar una selección de las que se encuentran ampliamente aceptadas y que, además, son las más frecuentes y relevantes.

### 5.1. LA UTILIZACIÓN DE PRECIOS PREDATORIOS

La utilización de precios predatorios por parte de empresas dominantes constituye una práctica que puede provocar una restricción importante de la competencia y ocasionar daños significativos en los niveles de bienestar de los consumidores a medio plazo, aunque a corto plazo se pudieran beneficiar de aquéllos.

Ahora bien, existe un amplio consenso entre los analistas a propósito de que tales efectos sólo se producirán si las empresas rivales no pueden replicar dichos precios, lo que las conducirá al cierre; si tras la reducción de la competencia la empresa dominante tiene capacidad para situar los precios por encima del nivel competitivo; o si existen barreras insalvables que impidan la entrada de nuevas empresas, atraídas por los beneficios extraordinarios que se estuvieran obteniendo en el mercado.

A las condiciones restrictivas en relación con las circunstancias exigidas para que los efectos negativos se produzcan, se debe añadir la extraordinaria dificultad para diferenciar una política de precios agresiva<sup>20</sup>, que no sería sino la más genuina expresión de una competencia vigorosa y saludable, de la utilización de precios predatorios para eliminar competidores. El coste social de un error de apreciación por parte de los tribunales o autoridades de competencia en relación, por ejemplo, con el inicio de una guerra de precios en un mercado oligopólico no colusorio sería extraordinario, pues con ello los reguladores de los mercados estarían impidiendo que las relaciones económicas se desarrollaran conforme a patrones competitivos.

Y a todo ello debemos añadir que la predación de precios, o como la definió R. H. Koller “one of the oldest and most familiar villains in our economic folklore”<sup>21</sup>, puede estar avalada por justificaciones con base en criterios de eficiencia.

<sup>20</sup> Este asunto se desarrolla exhaustivamente en Mano, M., Durand, B. (2005), “A three-step structured rule of reason to assess predation under article 82”, discussion paper, DG Competition ([http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/pred\\_art82.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/pred_art82.pdf)).

<sup>21</sup> Koller II, R. H., “The myth of predatory pricing: an empirical study”, *Antitrust Law & Economics Review*, vol. 4, nº 4, summer 1971, p. 105.

El pleno aprovechamiento de la disminución de costes asociados a las economías de escala exige que la producción se sitúe en el entorno del mínimo de la función de costes medios a largo plazo de la empresa. Así pues, resulta coherente y eficiente que aquéllas, y por supuesto las dominantes también, desarrollen estrategias para incrementar su producción hasta situarla en ese nivel óptimo en función de la escala de planta que tiene instalada. Y desde ese punto de vista, una política agresiva de precios puede ser una vía como cualquier otra para alcanzar ese objetivo<sup>22</sup>.

De igual modo, cuando una empresa dominante en un determinado mercado define su comportamiento óptimo en relación con la producción de un nuevo artículo, la rebaja del precio de venta por debajo del coste actual de fabricación también podría encontrar su justificación en lo que se conoce como *learning by doing*. Esto es, en el aprovechamiento de la disminución de costes que se produce cuando, al producir a mayor escala, se aprende a hacerlo de forma más eficiente.

En ambos casos, la rebaja de precios podría interpretarse como una estrategia de inversión de la empresa sólo que, en vez de un nuevo equipamiento productivo, en el máximo aprovechamiento del ya existente o en la mejora de la eficiencia productiva por efecto aprendizaje que se consigue cuando se incrementa la producción de un artículo, respectivamente.

## 5.2. VENTAS EXCLUSIVAS Y DESCUENTOS DE FIDELIDAD

Existe la posibilidad de que una empresa dominante emplee la política de ventas exclusivas y los descuentos de fidelidad para tratar de conseguir un cierre anticompetitivo del mercado en un doble sentido: al restringir, de un lado, el universo de establecimientos a través de los cuales la competencia puede distribuir sus productos; y, de otro, al otorgar a determinados operadores un derecho de venta sobre el bien que produce o conceder a las empresas que ya operan en el mercado una ventaja absoluta de coste sobre los competidores potenciales que todavía no han accedido a él.

Lo habitual, no obstante, es que las estrategias comerciales por las que una empresa dominante establece relaciones de exclusividad con los distribuidores de su marca o concede incentivos a éstos —o compensaciones por la obligación que ello supone, según se considere— bajo la fórmula de descuentos de fidelidad (condicionales e incrementales, preferentemente), encuentren poderosas justificaciones desde el punto de vista de las eficiencias.

La más significativa es que constituye una estrategia indispensable para acceder a determinadas ahorros de coste que previsiblemente se trasladarán parcialmente

<sup>22</sup> El argumento de las eficiencias, sin embargo, no sería aplicable a los descuentos promocionales de productos en cuyo mercado relevante la empresa ya disfruta de posición de dominio.

a los consumidores, entre otros las que se derivan del mejor aprovechamiento de economías de producción (de escala, de aprendizaje, etc.); los que se producen como consecuencia del ahorro en gastos de manipulación, empaquetado y envío, al estar las ventas concentradas en un número más o menos reducido de vendedores; o los asociados a la reducción de los costes de gestión como consecuencia de la mayor facilidad de coordinación, seguimiento y control de las distintas fases del proceso de distribución de los productos.

Un aspecto colateral es el que tiene que ver con la inversión en planta de la empresa dominante. Una relación comercial estable con sus clientes eleva la probabilidad de mantener un umbral mínimo de ventas durante un periodo de tiempo suficiente y constituye un buen entorno económico para que un proveedor, en este caso dominante, tome decisiones óptimas a medio plazo acerca de su volumen de inversiones productivas gracias a que su tasa de utilización será conocida de antemano con un alto grado de certidumbre.

La fidelidad del distribuidor, incentivada u obligatoria, también constituye una práctica indispensable para garantizar un adecuado nivel de inversión por parte de la empresa dominante en la cadena de distribución que garantice una mejor penetración de su producto en el mercado, ya que intensifica el esfuerzo real de ventas por parte del distribuidor y reduce al mínimo o elimina, respectivamente, la posibilidad de que éste se comporte como un *free-rider inter-brand* y aproveche el esfuerzo realizado por la dominante para colocar los productos de los competidores de aquélla.

Cuando, "aguas abajo", el distribuidor disfruta también de posición de dominio en su respectivo mercado relevante, la exclusividad o los descuentos de lealtad evitan el problema de la doble marginalización (*double markup*) y la consiguiente pérdida de bienestar social que se produciría si ambas empresas (productor y distribuidor) se comportaran, sucesivamente, como monopolistas, cuyos principales perjudicados serían los consumidores<sup>23</sup>. La fidelización del distribuidor introduce en las relaciones de intercambio una fuerza de efecto contrario que desincentiva que ambas empresas recurran al *mark-up* como estrategia óptima de maximización de beneficios y la sustituyan por otra de cooperación en la que los resultados aparecen decisivamente determinados por el volumen de venta del producto y no por su margen individual.

Además, es preciso señalar que este tipo de estrategias también fomenta la competencia *inter-brand* en la medida que las marcas competidoras también deberán recurrir a fórmulas parecidas o alternativas para garantizar/mejorar su presencia en el mercado; propiciará que la empresa dominante someta a su producto a un continuo proceso de mejora para seguir disfrutando de la fidelidad del distribuidor; y favorecerá la competencia entre las empresas fabricantes de las distintas marcas

<sup>23</sup> Un planteamiento clásico sobre los efectos positivos que la coordinación vertical tiene, por lo general, sobre el grado de competencia efectiva y el bienestar de los consumidores, en Spengler, J. J., "Vertical integration and antitrust policy", *Journal of Political Economy*, vol. 58, nº 4, pp. 347-352.

por hacerse con los servicios de distribución de las empresas más deseables, sobre todo en relación con su volumen de ventas, lo que a su vez influirá en la calidad del servicio que se preste, las condiciones de suministro o las prestaciones complementarias, variables todas ellas que redundan en beneficio de los consumidores finales.

Por último, los distribuidores fidelizados también disfrutaban de una mayor capacidad de interlocución directa con la empresa dominante, lo que a su vez permite que la voz de los consumidores le llegue con más nitidez y que las demandas de éstos sean mejor atendidas que con una red de distribución dispersa y poco comprometida.

### 5.3. VENTAS VINCULADAS Y MERCADOS SECUNDARIOS

La vinculación de productos que habitualmente se intercambian en mercados diferentes en paquetes de venta únicos bajo las modalidades de *tying* y *bundling* es una práctica habitual en la mayoría de los sectores, además de elemental y generalmente deseable por parte de los consumidores, especialmente cuando se trata de bienes de consumo conjunto y obligatorio o cuando el pleno aprovechamiento de las características técnicas y la calidad del producto vinculante dependen de que su consumo se efectúe con el producto vinculado, que en este caso se suministraría de forma simultánea por la misma empresa.

No es frecuente (ni muy factible) que las empresas dominantes utilicen este tipo de estrategias para cerrar el mercado vinculado. En cualquier caso, las ventajas de eficiencia que se derivan de aquéllas son muy evidentes. En primer lugar, es de prever que el aumento del nivel de producción del bien vinculado se traduzca, bien en una amortización compartida de la inversión realizada en caso de que compartan la misma estructura productiva; bien en la disminución de sus costes medios de producción gracias al mejor aprovechamiento de las economías de escala o de aprendizaje. A ello le debemos añadir el consiguiente ahorro en los gastos de manipulación, etiquetado y envío del que, al igual que ocurría con las ventas exclusivas y los descuentos de fidelidad, sería difícil que no participaran los consumidores a través de unos precios menores en comparación con los que conseguirían en caso de que la compra la realizaran de modo independiente.

Además, éstos también recibirán directamente las ventajas de la vinculación de productos, especialmente si su consumo se realiza obligatoria y conjuntamente, en términos de menores costes de negociación, de transacción y de transporte y desplazamiento para garantizar la satisfacción de su demanda.

Y en segundo lugar, la estrategia comercial de la vinculación facilita la introducción en los mercados de productos novedosos e independientes desarrollados por las empresas dominantes. El aprovechamiento del soporte de su primer producto (su capacidad de penetración, su presencia masiva en el mercado o el reconocible buen nombre de la empresa por parte de los clientes, por ejemplo) para

incrementar la distribución de este tipo de artículos constituye una conducta no sólo deseable para la empresa que la practica, sino también para los consumidores que, de otra forma, se habrían resistido a probar un nuevo artículo cuya verdadera utilidad parecería difuminada en el momento de su aparición. En este caso, los descuentos por la venta vinculada (*bundled discounts*) actuarían adecuando el precio a la menor utilidad inicial del producto y, una vez superado el problema de la apreciación inicial de su valor, los consumidores podrían seguir tomando sus decisiones racionales sólo que en un universo más amplio de bienes.

El análisis de las eficiencias en los mercados secundarios (*aftermarkets*), en la medida que esta categoría se puede calificar como una venta vinculada (o pseudo-vinculada) pero diferida, coincidiría básicamente con el que acabamos de realizar.

#### 5.4. EL RECHAZO DE SUMINISTRO Y LA COMPRESIÓN DE MÁRGENES

La libertad de negociación constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asientan las economías de mercado; es decir, el derecho a decidir con quién se quiere negociar y a qué precio y en qué condiciones se está dispuesto a vender (o comprar) un producto.

Este derecho, no obstante, presenta restricciones cuando una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado porque se interpreta que esa posibilidad le permitiría desarrollar una conducta excluyente.

Bajo la denominación de rechazo de suministro se incluyen una serie de prácticas que tienen como denominador común la falta de justificación objetiva, como la ausencia de solvencia económica o la imposibilidad de provisión (por razones productivas, operativas o tecnológicas). Entre las más conocidas, porque el catálogo sería muy amplio, encontramos la negativa a suministrar a un cliente ya existente o nuevo, ya sea intermedio o final, competidor directo o no; la negativa a facilitar el acceso a la información necesaria para el desarrollo de una actividad o a las redes necesarias para su provisión; o la negativa a vender derechos de propiedad industrial o intelectual, entre otros.

Por su parte, la compresión de márgenes constituye una sutil variante de la negativa a suministrar, toda vez que en este caso la empresa no niega pero dificulta el desarrollo de la actividad de su cliente, estrangulando el beneficio por unidad de producto con los que éste opera.

Ahora bien, los argumentos de la eficiencia también están presentes en este tipo de estrategias comerciales. Las tres más importantes se señalan a continuación.

En primer lugar, nos encontramos con que la provisión de un bien a un determinado cliente, ya se trate de un recurso a un competidor directo o de un *input* imprescindible para una determinada empresa, puede ser una decisión muy deficiente desde el punto de vista de la eficiencia si, de modo simultáneo, se eleva el coste de producción por encima del ingreso que se derivará del nuevo suministro;

o si la empresa dominante tuviera que realizar una inversión desproporcionada o, simplemente, muy elevada para garantizar que su producto llegue al nuevo cliente. En ambos casos, la negativa de suministro sería una estrategia eficiente en comparación con las alternativas barajadas.

En segundo lugar, la empresa dominante puede tener la intención de integrarse con algún/os distribuidor/es para incrementar las eficiencias de su actividad o puede querer asumir por sí misma la distribución vertical de su producto, por lo que la negación del suministro parece un comportamiento coherente, toda vez que es bien conocido que en los procesos de integración vertical predominan las razones de eficiencia.

Por último, las inversiones en investigación e innovación, entre otras, requieren de un tiempo de maduración hasta que se consiguen recuperar los gastos extraordinarios en los que se hubiera incurrido por esta causa a través del mayor rendimiento que se pudiera obtener por la actividad. En estos casos, y con el fin de mantener el incentivo económico para que la empresa dominante continúe invirtiendo en la mejora de su proceso productivo, parecería razonable protegerla temporalmente de la competencia mediante la exclusión de acceso de los competidores o de determinados clientes y hasta tanto no haya recuperado al menos el gasto total capitalizado de la inversión. De lo contrario, el libre aprovechamiento de trabajo ajeno introduciría un factor que impediría un desarrollo tecnológico pleno.

## 6. ABUSOS EXCLUSIONARIOS DE EMPRESAS EN POSICIÓN DE DOMINIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA: ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA

En un informe de la Secretaría de la UNCTAD del año 2008 se contienen los principales rasgos que debiera exhibir el tratamiento público del abuso de posición dominante y con los que sustancialmente coincidimos. A saber, que la adopción de decisiones diera lugar a pocos errores; que fuese relativamente eficiente, oportuna y previsible, así como que se transmitiera una imagen de objetividad y transparencia<sup>24</sup>.

Ahora bien, del análisis sustantivo que se ha venido realizando hasta el momento, no resulta difícil inferir que la regulación pública que, de forma generalizada, se está haciendo de las conductas exclusionarias de las empresas en posición de dominio no se aproxima siquiera a este estado ideal de cosas y, por lo tanto, se enfrenta a importantes desafíos.

El enfoque predominante en la actualidad presenta una característica fundamental: el tratamiento diferenciado que se dispensa a las empresas en posición de

<sup>24</sup> UNCTAD, "Abuso de la posición dominante", documento elaborado por el Grupo Intergubernamental de expertos en Derecho y Política de la Competencia, TD/B/COM.2/CLP/66, 2008, p. 5. El documento está disponible en [www.unctad.org/sp/docs/c2clpd66\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/c2clpd66_sp.pdf).

dominio en relación con el que se aplica a otras parcelas de la competencia, lo que sin duda agrava las limitaciones y carencias que de suyo se observan en éstas.

La consolidación del principio de la especial responsabilidad o la deficiente presencia de los factores que podrían permitir que se conociera con precisión la racionalidad económica de su conducta son elementos que, según nuestro parecer, no resultan consistentes ni con los progresos científicos que han tenido lugar en la materia, ni con los rasgos que el fenómeno presenta en la actualidad, ni con la experiencia acumulada tanto por los tribunales como por las autoridades de competencia, ya que escasean las resoluciones sobre comportamientos abusivos exclusionarios de las empresas dominantes y, aún más, las que arrojan un fallo condenatorio.

Y todo ello en un momento en el que todavía no se dispone de un instrumento cuantitativo suficientemente preciso para determinar con exactitud si una empresa posee o no posición de dominio<sup>25</sup> y en un contexto en el que la mayoría de los análisis que se realizan para identificar las conductas anticompetitivas que supuestamente se practican no son concluyentes<sup>26</sup>.

Estas reflexiones apuntan a la necesidad de acometer reformas amplias y profundas en el tratamiento de los abusos exclusionarios de las empresas dominantes si bien, como decíamos más arriba, la resuelta y decisiva incorporación de las eficiencias es la más importante y la que presenta una mayor trascendencia, pues no sólo supondría la plena adaptación del debate jurídico de los asuntos económicos a los razonamientos que emanan de la ciencia que los estudia, sino sobre todo un tratamiento más justo de las conductas empresariales. Además es la que presenta un mayor calado porque permite la superación de los razonamientos simples y la adopción un enfoque más complejo para aproximarse a unos hechos que también lo son; y porque más allá de las valoraciones más o menos bienintencionadas sobre el propósito de las conductas, este planteamiento permite trascender de cualquier aproximación subjetiva a los hechos y sustituirla por otra basada en la objetividad y en la voluntad de comprender el verdadero sentido y el alcance de la conducta a partir del análisis de su razonabilidad económica y de sus efectos sobre el bienestar de los ciudadanos.

Con este enfoque, además de superar la irracionalidad que supone considerar ilegal y prohibir una práctica en función de la cuota de mercado que posea y no de los efectos que ocasione<sup>27</sup>, se conseguiría homogeneizar el tratamiento del comportamiento de las empresas dominantes con respecto al resto de las conductas analizadas por el Derecho de la Competencia.

.....

<sup>25</sup> Sobre este particular L. Kaplow, C. Shapiro han sentenciado: "the central legal question is how much market power is denoted by "monopoly power". The just-quoted authoritative statement from the Supreme Court does not answer this question. Unfortunately, even those cases that offer quantitative statements are far less illuminating than meets the eye" (*Antitrust*, en Polinsky, A. M. & Shavell, S. (Eds.), "Handbook of Law and Economics", Elsevier, 2007, p. 106).

<sup>26</sup> W. J. Baumol, J. A. Ordover se refieren a este asunto con la expresión la "vagueness of antitrust criteria" (cit. supra, p. 254).

<sup>27</sup> En este sentido Posner, R. A. afirmaba: "There is no place in a rational system of antitrust law for a separate doctrine of monopolization" (cit. supra, p. 216).

Como apuntábamos en la introducción, los avances habidos hasta la fecha en relación con la incorporación de los análisis de eficiencia en los procesos de valoración del comportamiento de las empresas dominantes han sido muy tímidos, insuficientes y, ahora añadimos, en buena medida desacertados.

Podríamos compartir algunos criterios de los que habitualmente se emplean en su consideración, como la exigencia de que exista una relación directa con la conducta objeto de análisis; que los consumidores participen de la mejora del bienestar social que se consiga; o que aquélla resulte indispensable para la obtención de la eficiencia (aunque en este caso la coincidencia sería tan sólo parcial y requeriría algún tipo de matización).

Pero, desde luego, nuestro alejamiento es considerable en relación, entre otros, con los siguientes aspectos:

- el mantenimiento de una especie de presunción de *culpabilidad* de las empresas dominantes que se concreta en la obligación de someter la mayoría de sus conductas a un análisis de competencia, con el importante gasto que ello supone para dichos operadores y el efecto disuasorio que introduce, sobre todo en relación con las estrategias más novedosas y con mayor capacidad de incidir en el desarrollo económico de una sociedad, y el correspondiente consumo de recursos públicos que se detraen de otros ámbitos de la política de competencia donde podrían ser más útiles;
- la obligatoriedad de que los efectos sobre la eficiencia sean no sólo directos sino también *demostrables*, mientras que tal exigencia no se demanda en la consideración de los efectos anticompetitivos, que se aceptan aun cuando sean teóricos o potenciales; así como que el esfuerzo probatorio recaiga exclusivamente en la empresa dominante;
- que se requiera la inexistencia de una *alternativa* menos dañina desde el punto de vista de la competencia, aun cuando ésta pudiera resultar menos eficiente, ya que la comparación entre ambas y en relación con la totalidad de sus efectos constituye el único método que garantizaría que las decisiones que se adoptasen fueran óptimas desde el punto de vista del bienestar social;
- que se solicite que la restricción de la competencia sea *proporcional* a la mejora asignativa que se espera alcanzar, cuando ello se trata de un concepto impreciso que se presta a una interpretación errática y/o subjetiva por parte de los tribunales o autoridades de competencia, y que resultaría plenamente superado mediante la cuantificación de la eficiencia y de los efectos anticompetitivos que se deriven de una práctica determinada;
- o que la consideración de la eficiencia se relegue al final de un proceso de etapas cumulativas y que sólo se estimen si *no existen problemas graves de competencia*, lo que mantiene en un plano de inferioridad a la eficiencia

con respecto a la que no constituye sino la variable instrumental a través de la cual se pretende alcanzarla; esto es, la competencia teórica.

En definitiva, el análisis de competencia de las empresas dominantes tiene que dejar de estar gobernado por criterios ideológicos y pasar a estar definido por criterios empíricos en los que la eficiencia neta se convierta en el elemento central y determinante.

Ahora bien, esta alternativa no pasa por someter todas y cada una de las prácticas de las empresas dominantes a un proceso de cuantificación del valor monetario de sus eficiencias para compararlas con los costes que se pudiesen derivar del aumento de la cuota de mercado de aquélla o de la desaparición de competidores para, después, proceder a compararlos y emitir un pronunciamiento en consecuencia favorable si los primeros superan a los segundos y desfavorable si ocurriese lo contrario.

Y ello por al menos tres razones: primera, porque este procedimiento sería muy costoso tanto para los agentes económicos como para los operadores de la política de competencia, que tendrían que dedicar importantes cantidades de recursos a la tarea, que naturalmente se detraerían, respectivamente, de otros usos más productivos o más eficientes desde el punto de vista de la gestión de las políticas públicas. Segunda, porque la tarea es en cualquier caso muy compleja, sobre todo por la extraordinaria dificultad que conlleva la evaluación de los efectos –positivos o negativos– a medida que planteamos un horizonte temporal más lejano<sup>28</sup>. Y tercera, porque, como apuntábamos más arriba, la experiencia económica, los referentes doctrinales y los antecedentes administrativos y jurisprudenciales indican que la mayoría de las conductas de las empresas dominantes responde a objetivos legítimos, constituye expresiones nítidas de estrategias competitivas meritorias y tiene un efecto beneficioso a largo plazo sobre el bienestar de los consumidores.

Por lo tanto, por razones de simplificación administrativa, agilidad de los procedimientos y previsibilidad en la aplicación de las normas, lo que se propone es que se modifique el actual estatus de los abusos exclusionarios de las empresas dominantes por el de presunción de legalidad, previa declaración responsable de sus representantes sobre su razonabilidad económica (ganancias de eficiencia) y que, en su caso, podrá contener compromisos concretos en relación, por ejemplo, con la participación de los consumidores finales en las mejoras que se alcancen. En estos casos, la labor de la administración se centraría en la vigilancia y comprobación *a posteriori* del cumplimiento de lo efectivamente declarado o de los compromisos adquiridos.

Por último, el procedimiento de evaluación de los beneficios y costes de la actuación y su posterior balance se limitará a aquellas situaciones, que probable-

<sup>28</sup>

Sobre la dificultad que plantea la cuantificación *ex ante* de las eficiencias y las posibles alternativas puede verse Brower, M. T. (2008), "Horizontal mergers and efficiencies; theory and anti trust practice", *European Journal of Law and Economics*, vol. 26, pp. 11-26.

mente sean pocas, en las que resulte dudoso calificar una conducta<sup>29</sup>, o a la tarea del cálculo de sanciones.

En estos casos, habrá que adoptar un único criterio en relación al alcance temporal de los elementos a valorar. De igual modo, también se considera imprescindible que la cuantificación se realice a partir de un referente homogéneo en relación con el grado de certidumbre exigible tanto a los beneficios como a los perjuicios de la conducta; y que el esfuerzo probatorio se reparta de forma más adecuada entre empresa dominante, administración y, en su caso, denunciante para prevenir la utilización estratégica de la política de competencia por parte de operadores poco eficientes. En este caso, sería deseable que se estableciese un mecanismo de indemnización por daños a los perjudicados si efectivamente se demostrara el carácter ilegítimo de la conducta y la afectación de sus intereses.

## 7. CONCLUSIONES

Como se ha visto, el tratamiento de las conductas exclusionarias de las empresas en posición de dominio constituye uno de los campos de actuación de las políticas de competencia donde el análisis económico está llamado a desempeñar un papel protagónico en los próximos años.

Y los cambios que en su virtud previsiblemente se habrán de acometer suponen una auténtica revolución en un ámbito que no sólo mostraba un desajuste evidente en su comprensión de las estrategias y movimientos empresariales, sino que además exhibía una evolución si no divergente sí al menos sensiblemente diferente de la que había tenido lugar en otros ámbitos del análisis antitrust como los que tienen que ver con relaciones de cooperación.

La transición, sin duda, no será fácil pues implica cambios sustanciales en los que hasta la fecha constituían algunos de los pilares básicos de su análisis, singularmente por lo que supone el cambio de presunción de legalidad de la conducta de las empresas dominantes y la concreción de un nuevo mecanismo de control de la competencia basado en los efectos sobre el bienestar y la competitividad.

Y aunque la tarea es complicada, la misión no es, como algunos pronostican, suicida<sup>30</sup>, sino que responde a la necesidad de reconciliar el tiempo de la regulación con el de los negocios, lo que obliga a eliminar cualesquiera elementos que hubiese podido introducir la propia política de competencia y que supusieran una

<sup>29</sup> En idéntico sentido se manifestó la Comisaria Europea de Competencia, N. Kroes, en la conferencia que pronunció en el Fordham University Symposium ("Exclusionary abuses of dominance. The European Commission's enforcement priorities", 25 de septiembre de 2008). El documento está disponible en [http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article\\_8177\\_en.htm](http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_8177_en.htm).

<sup>30</sup> Ésta ha sido la expresión utilizada por el Président du Conseil de la Concurrence de Francia, B. Lasserre. (Vid "Consumer welfare and efficiency. New guiding principles of competition policy?", 13th International Conference on Competition, Munich, 2007). Disponible en [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention\\_lasserre\\_2007\\_03\\_24\\_munich.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_lasserre_2007_03_24_munich.pdf).

alteración en el sistema de incentivos basado en los méritos de los agentes y en el funcionamiento competitivo de los mercados.

Además, el enfoque que se propone se basa en un factor que, por sus características, facilitaría la uniformización de las políticas de competencia a nivel internacional, lo que evitaría que se produjesen distorsiones en el proceso de asignación de recursos a nivel mundial como consecuencia de la aplicación disímil de las normas de competencia por parte de las autoridades correspondientes.

Por último, considero conveniente señalar que el cambio del control preventivo de la actividad de las empresas dominantes a otro centrado en la vigilancia a posteriori de los resultados y del cumplimiento de los compromisos, permitirá liberar recursos de la política de competencia de la persecución de lo que no existe y destinarlos a investigar y construir expedientes sólidos que avalen un régimen de sanciones verdaderamente disuasorio en relación con las prácticas más dañinas para el bienestar social.



## LA MEJORA DE LA REGULACIÓN

### ¿CUÁL ES EL PAPEL DE LA CNC?

CARMEN BALSA PASCUAL

Subdirectora de Estudios,  
Comisión Nacional de Competencia

INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO

Consejera, Comisión Nacional de Competencia

## TESIS: LA PRESENCIA DEL PODER PÚBLICO EN ASUNTOS DE COMPETENCIA

“A veces no son los operadores privados sino los propios poderes públicos los que a través de sus normas son responsables de la falta de competencia”<sup>1</sup>.

Esta afirmación está incluida en la Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1992. Diecisiete años después no solamente sigue en vigor sino que cobra, si cabe, mayor relevancia.

En efecto, la experiencia adquirida a lo largo de los últimos años por las autoridades de competencia ha puesto de manifiesto que en una parte importante de los asuntos tratados los poderes públicos están presentes o han tenido alguna intervención relevante.

Este hecho es el punto de partida o mensaje inicial de este artículo: los poderes públicos en general y las Administraciones Públicas en particular, en el desarrollo de sus actividades y funciones, pueden estar afectando a la competencia en los

.....  
<sup>1</sup> Memoria 1992 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

mercados; una de las formas más claras en las que esto sucede es a través de su actividad como reguladores.

La regulación se entiende en este caso en sentido amplio, incluyendo bajo el término regulación la actividad de los poderes públicos para intervenir en los mercados, no como operadores económicos, sino como definidores de las reglas de juego en las que los operadores se deben mover y competir. Se trata de una concepción muy amplia de la regulación que, sin embargo, es la que se debe tener en cuenta para poder entender el mensaje que se quiere transmitir en este artículo.

Por poner un ejemplo, los poderes públicos estarán estableciendo las reglas de juego en las que operan los agentes económicos en un mercado, cuando aprueben una ley en la que se regula el sector en cuestión, por ejemplo, el sector de las telecomunicaciones. Pero también estarán afectando a las reglas de juego con las que se mueven y compiten los operadores, cuando se apruebe un pliego de condiciones técnicas para la contratación pública de la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones en un ámbito local: los requisitos exigidos en ese pliego podrán influir en la capacidad de competir de los operadores desde el momento en que beneficien a unos frente a otros, por ejemplo, exigiendo una determinada tecnología sobre la que algunos operadores tengan ventaja competitiva.

En definitiva, los poderes públicos, en su faceta de reguladores o de definidores de las reglas de juego del funcionamiento de los mercados, tienen gran relación con los asuntos relacionados con la defensa de la competencia.

A partir de ahí, una concepción parcial de la actividad de defensa de la competencia podría llevar a concluir que la Comisión Nacional de Competencia (CNC) no puede actuar en estos casos, puesto que no se trata de conductas sancionables por la Ley de Defensa de la Competencia.

La parcialidad de esta visión residiría en considerar que la actuación de la CNC se apoya únicamente en su actividad sancionadora (de conductas anticompetitivas o abusos de posición de dominio<sup>2</sup>) entendidas además con un carácter limitado.

Sin embargo, ello no es así. Además de su capacidad sancionadora<sup>3</sup>, la CNC tiene entre sus funciones y atribuciones la actividad de promoción de la competencia con amplios poderes para ejercerla; una promoción de la competencia dirigida precisamente, en su mayor parte, a las Administraciones Públicas: la promoción de la competencia para que los poderes públicos regulen e intervengan en los mercados de tal forma que no perjudiquen a la competencia cuando ello no sea necesario o proporcionado.

<sup>2</sup> Sin perjuicio de sus funciones en el ámbito de las concentraciones.

<sup>3</sup> El artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia establece que las prohibiciones de los artículos 1, 2, y 3 de la norma no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una Ley. No obstante, en su apartado 2 aclara: "Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán 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".

Por lo tanto, al primer mensaje de este artículo señalado anteriormente se deberá añadir el siguiente: las autoridades de competencia deben realizar sus labores de promoción ante los poderes públicos para perseguir el objetivo de que la intervención de éstos en el mercado, esto es, la regulación, no perjudique a la competencia cuando ello no sea necesario ni proporcionado. De esta forma, la labor de promoción de la competencia se incardina en la política de mejora de la regulación (*better regulation*).

Para elaborar todo ello en este artículo, siquiera someramente, se tratará, en primer lugar, de la evidencia de la “cantidad” de la actividad reguladora en España, a través de los datos más recientes de la OCDE; en segundo lugar, del interés suscitado fuera y dentro de España por la buena regulación en general —la “calidad”—, así como de algunos datos que fundamentan dicho interés. A continuación, se centrará el tema de la buena regulación desde el punto de vista de la competencia para recoger cuáles son los principios de la buena regulación y cómo los mismos pueden llevarse a la práctica a través de un análisis del impacto regulatorio. Finalmente, se hará especial referencia a un caso concreto por su actualidad y relevancia: la trasposición de la Directiva de Servicios como primer examen práctico para aplicar todo lo aprendido sobre buena regulación.

## LA REGULACIÓN EN ESPAÑA. LA CANTIDAD

La OCDE elabora un Sistema de Indicadores de Regulación de Mercados de Productos (incluido en la publicación *Going for Growth*, de la OCDE), conocido como PMR, por sus siglas en inglés, *Product Market Regulation*.

Su objetivo es ofrecer indicadores cuantitativos que recojan la información cualitativa existente en relación con la regulación que puede afectar a la competencia. Se trata en realidad de un grupo de indicadores de la regulación de los mercados tanto a nivel agregado como a nivel de sectores económicos. Todos estos indicadores miden el grado en el que las políticas económicas promueven o dificultan la competencia en áreas del mercado donde la competencia es factible.

El indicador PMR agregado o sintético cubre los grandes apartados de regulación: control estatal, obstáculos a la iniciativa empresarial, y obstáculos al comercio y la inversión. En 2008, además, el sistema de indicadores fue sometido a una revisión sustancial para mejorar su capacidad para reflejar los cambios en las cuestiones de regulación y competencia en los países de la OCDE. Así, el nuevo indicador PMR integrado recoge indicadores sectoriales hasta entonces separados y abarca en mayor medida que antes información sobre la regulación sectorial específica.

Los últimos resultados de este indicador sintético, dados a conocer por la OCDE recientemente, han mostrado un importante cambio de tendencia en el caso de España. Así, frente a la situación reflejada por los indicadores de años

anteriores (indicadores de 1998 y 2003), en los que España se situaba por encima de la media de la OCDE, en 2008 España ha pasado a situarse por debajo de dicha media.

### Estructura del Indicador PMR integrado de la OCDE

#### Control estatal:

- Alcance de las empresas públicas: mide el grado de generalización de la propiedad estatal en el conjunto de los sectores empresariales como proporción de sectores en los cuales el Estado controla al menos una empresa.
- Participación pública en los sectores de redes: mide la extensión de la propiedad pública en los sectores de energía, telecomunicaciones y transporte.
- Control directo de empresas comerciales: mide la existencia de derechos de voto especiales del Gobierno en empresas de propiedad privada, condiciones impuestas a la venta de capital de propiedad estatal, y el grado en que los órganos legislativos controlan las opciones estratégicas adoptadas por las empresas públicas.
- Controles de precios: refleja el alcance del control de precios en sectores competitivos, tales como el transporte aéreo, el comercio minorista, el flete por carretera, los servicios profesionales y las comunicaciones móviles.
- Utilización de regulación prescriptiva y de control: indica la medida en que el Gobierno recurre a la regulación coercitiva (en oposición a la basada en incentivos) en general y en determinados sectores de servicios.

#### Obstáculos a la iniciativa empresarial:

- Sistemas de licencias y autorizaciones: refleja el uso de las normas de “punto único de atención” y “consentimiento tácito” para recabar información sobre licencias y autorizaciones, y para obtenerlas.
- Comunicación y simplificación de normas y procedimientos: expresa aspectos de la estrategia de comunicación de los poderes públicos y los esfuerzos para reducir y simplificar las exigencias administrativas de la interacción con las autoridades.
- Exigencias administrativas para las empresas: mide el alcance de las exigencias administrativas para la creación de empresas.
- Exigencias administrativas para los propietarios individuales: mide el alcance de las exigencias administrativas para la creación de empresas de un propietario único.
- Exigencias administrativas para sectores específicos: refleja las exigencias administrativas en los sectores de transporte por carretera y de distribución minorista.

- **Obstáculos jurídicos:** mide el grado de generalización de los obstáculos al acceso en sectores empresariales como proporción de sectores en los cuales se imponen limitaciones jurídicas explícitas al número de competidores.
- **Exenciones antitrust:** mide el alcance de las exenciones a las normas sobre competencia para las empresas públicas.
- **Obstáculos al ingreso en los sectores de redes:** mide diversas clases de obstáculos al ingreso en los sectores de redes, así como el grado de integración vertical en los sectores de energía, transporte ferroviario y telecomunicaciones.
- **Obstáculos al ingreso en los servicios:** mide los obstáculos al ingreso en el comercio minorista y los servicios profesionales.

#### Obstáculos al comercio y la inversión:

- **Obstáculos a la inversión extranjera directa:** mide las restricciones generales y sectoriales a la adquisición de capital de empresas públicas y privadas por parte de extranjeros, los procedimientos obligatorios de control y los controles operacionales para las filiales de empresas extranjeras (por ejemplo, requisito de nacionalidad para el personal clave).
- **Tarifas:** refleja el promedio de las tarifas para la nación más favorecida, calculado mediante datos detallados de las tarifas de productos.
- **Procedimientos discriminatorios:** indica el alcance de la discriminación contra las empresas extranjeras en materia de procedimientos.
- **Obstáculos de reglamentación:** indica otras barreras no tarifarias al comercio, tales como los acuerdos de reconocimiento mutuo o la armonización internacional.

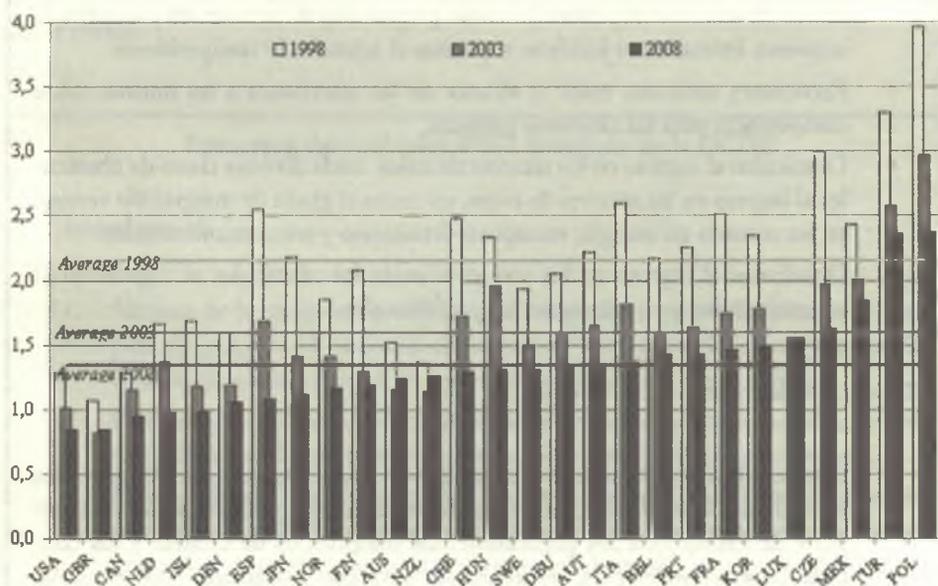
*Fuente:* OCDE

De esta forma, España no solo sigue la tendencia a la baja experimentada en otros países, es decir, la tendencia a la reducción de la cantidad de la regulación, sino que ha pasado además a estar por debajo de la media de la OCDE, lo cual estaría poniendo de manifiesto una mejora relativamente superior a la realizada por los demás países en los últimos años.

Estos datos recientes de la OCDE que muestran los avances realizados en España en cuanto a la reducción del nivel de regulación podrían ser utilizados, equivocadamente en nuestra opinión, para argumentar que, entonces, la regulación ya no es tan importante. Sin embargo, ello no es así: porque lo importante no es sólo la cantidad, sino también la calidad.

Pongamos un ejemplo muy extremo para argumentar este hecho: si en un determinado país se pasara de exigir a una empresa para operar en un determinado mercado que en lugar de veinte trámites realizara uno, se reduciría su cantidad de

## Indicador PMR sintético. OCDE



regulación, lo cual podría entenderse como una mejora. Sin embargo, puede ocurrir que ese nuevo y único trámite exija exactamente los mismos requisitos (como un capital mínimo, sede social en un determinado territorio, etc) que exigían anteriormente los veinte trámites existentes; incluso peor, puede ocurrir que ese trámite único exija ahora requisitos adicionales para poder operar en el mercado que resultaran desproporcionados o discriminatorios para los nuevos entrantes respecto al operador incumbente. Esa menor cantidad de regulación estará siendo entonces más dañina para la competencia y, en consecuencia, para el bienestar social: será una regulación de peor calidad.

## LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN. SU IMPORTANCIA Y SU RELEVANCIA COMO POLÍTICA ECONÓMICA

Como se acaba de señalar, no es condición suficiente para mejorar el marco regulador de un sector reducir la cantidad de la regulación; puede ser condición necesaria, pero no suficiente. Es preciso, además, que la regulación mejore su calidad.

La medición de la calidad de una regulación no es una tarea sencilla. Sin embargo, se pueden encontrar algunos ejemplos que aportan datos interesantes a este respecto y que ayudan a fundamentar el interés por la buena regulación, por la regulación de calidad.

Un ejemplo reciente en España es el estudio publicado por el Banco de España<sup>4</sup>, en el que se analiza la regulación del sector del comercio minorista en España, al objeto de analizar una cuestión puesta de manifiesto por diversos organismos internacionales, esto es, que el comercio minorista español presenta una extensa regulación que genera numerosas barreras a la competencia que, a su vez, pueden estar introduciendo distorsiones en el funcionamiento del sector.

El estudio concluye, por una parte, que la regulación del sector del comercio minorista es ahora más restrictiva que hace veinte años (en 1997) y, por otra parte, que una mayor regulación estaría asociada a una mayor inflación, una menor ocupación en el sector y una mayor densidad comercial (con la excepción de los hipermercados, donde una mayor regulación se relaciona con un menor número de hipermercados por habitante).

Los efectos de la regulación sobre la inflación y el empleo no solamente tienen en cuenta la cantidad de la regulación, sino también su calidad, en particular, desde el punto de vista de la competencia, puesto que la conclusión de dicho estudio viene a señalar que los efectos negativos sobre los precios y el empleo se derivan del carácter restrictivo de dicha regulación.

Un segundo ejemplo que puede resultar de interés es el de la Directiva de Servicios<sup>5</sup>, que será comentado en mayor detalle más adelante.

En efecto, la Directiva de Servicios es un buen ejemplo de política de buena regulación, porque, en definitiva, y aun a riesgo de sintetizar en exceso, lo que la Directiva de Servicios implica es la obligación de regular bien el sector de servicios, de tal forma que se eliminen las barreras intracomunitarias al comercio de servicios y se mejore el marco regulatorio.

Siendo ese el resultado esperado de la Directiva de Servicios, esto es, una buena regulación, el Ministerio de Economía y Hacienda publicó en febrero de 2009 un estudio realizado por la Dirección General de Análisis Macroeconómico y Economía Internacional, en el que se estimaba el impacto potencial de la aplicación de la Directiva de Servicios en España.

En dicho estudio se estimaba<sup>6</sup> que la aplicación de la Directiva de Servicios generará un aumento del PIB del 1,21%. Asimismo, los efectos sobre el empleo serán más intensos en el medio plazo (tres años) con tasas de crecimiento del 0,75% (150.000 empleos), para progresivamente dar lugar a un impacto creciente sobre la productividad, que a largo plazo se elevará casi un 1%. Es más, el estudio concluye: “La introducción de más competencia en el principal sector económico conlleva cambios lo suficientemente profundos y sostenidos en el tiempo, como

<sup>4</sup> “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas”. M.<sup>a</sup> de los Llanos Matea y Juan S. Mora. Banco de España. Documento de Trabajo 0908, 2009.

<sup>5</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>6</sup> El MEH aplica el modelo REMS, *Rational Expectations Model of the Spanish Economy*.

para poder hablar de efectos a largo plazo (horizonte de 60 trimestres), existiendo un cambio de estado estacionario”.

Baste añadir solamente que la valoración de ese impacto de la Directiva de Servicios cabe entender que está realizada bajo el supuesto de una correcta y plena trasposición de dicha Directiva, cuestión no exenta de debate.

Ejemplos como los anteriores ayudan a fundamentar el interés creciente por la buena regulación, interés que permite que podamos hablar de una política de buena regulación, como parte de la política económica.

En efecto, la importancia de una buena regulación es una idea que ha calado de forma muy profunda en las instituciones políticas y en los foros internacionales.

Se podría decir que la institución pionera en este sentido fue la OCDE. En 1995 publicó la *Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation*, el primer standard internacional sobre calidad de la regulación. Desde su publicación, la Recomendación ha ayudado a los Gobiernos a mejorar los procesos de elaboración y revisión de las normas, fomentando una nueva cultura basada en la eficiencia regulatoria, la transparencia y la responsabilidad. Como señalaba la OCDE, la calidad de la regulación es crucial para la eficiencia de los Gobiernos en la mejora de la economía y de la calidad de vida de los ciudadanos.

Los avances y las nuevas experiencias recopiladas desde entonces han permitido a la OCDE publicar en 2005 los *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. Como se señala en su introducción, la OCDE concibe la reforma de la regulación no como una actuación a llevar a cabo una vez (*one-off effort*), sino como un proceso dinámico, a largo plazo y multidisciplinar. Los principios de la buena regulación que señala la OCDE son los siguientes:

- Establecer en el ámbito político amplios programas de reforma de la regulación que establezcan objetivos y marcos claros para su implementación.
- Realizar análisis de impacto regulatorio y revisiones sistemáticas de las regulaciones, para asegurar que logran los objetivos esperados de forma eficaz y eficiente.
- Asegurar que las regulaciones, las instituciones reguladoras y los procesos reguladores son transparentes y no discriminatorios.
- Identificar interrelaciones con otros objetivos políticos.

Por su parte, la Comisión Europea se ha mostrado muy activa en este ámbito en los últimos años. En 2005 se aprobó la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento (2005) *97 Better regulation for growth and jobs in the European Union*.

En dicha Comunicación, que se enmarca en el ámbito de la Estrategia de Lisboa renovada, se señala: “La política de mejora de la legislación de la UE está

orientada a perfeccionar el marco regulador, mejorar la concepción de la legislación en beneficio de los ciudadanos, reforzar el respeto y la eficacia de las normas y minimizar el coste económico, siguiendo los principios de proporcionalidad y subsidiariedad de la UE”.

A la relevancia adquirida por la política de mejora de la regulación en los organismos internacionales se une, lógicamente, el impulso que en determinados países se ha estado dando de manera especial a esta política. El caso del Reino Unido resulta especialmente significativo en este ámbito, pero además ofrece un buen ejemplo de la evolución en las prioridades a este respecto. Así, en el Reino Unido, a finales de los 90 existía una unidad denominada *Deregulation Unit*, que se encargaba de coordinar la política de desregulación entre los distintos departamentos ministeriales. Posteriormente, tras una etapa en la que el peso se movió hacia las políticas de *re-regulation*, lo que existe en la actualidad es la *Better Regulation Executive*.

Por lo tanto, esta flexibilidad en la administración británica es una muestra evidente de cómo se ha pasado a lo largo del tiempo de una política en la que se hacía mayor hincapié en la necesidad de desregular, de eliminar regulaciones, a una política en la que lo relevante no es la desregulación *per se*, sino la mejor regulación, esto es, que la regulación exista cuando sea necesaria y que sea proporcionada a las necesidades y objetivos que persigue, sin introducir trabas o restricciones injustificadas, eligiendo siempre la mejor alternativa.

En el caso de España, los avances en materia de mejora de la regulación son más recientes y, en gran parte, impulsados por las instituciones y las políticas comunitarias.

Ello no quiere decir que en España no se hayan llevado a cabo en años anteriores actuaciones cuyos efectos hayan supuesto una mejora de la regulación. Sin embargo, sí se puede considerar como un hecho más reciente la toma de conciencia acerca de que la mejora de la regulación forma parte de la política económica.

En efecto, tal y como se puede desprender del análisis de la política de mejora de la regulación<sup>7</sup>, ésta se conforma con dos tipos de componentes: por un lado, el marco político e institucional y, por otro lado, los instrumentos o herramientas de mejora de la regulación. Es el primer componente de esta estrategia el que resulta más novedoso en España, pues ha sido en los últimos años cuando se ha podido observar un mayor compromiso institucional en esta materia.

Así, de forma clara se puede ver en el Programa Nacional de Reformas (PNR), entendiendo que éste es una plasmación de la política económica en España. El PNR aprobado en octubre de 2005 (que se va actualizando cada año sobre la base de los mismos ejes) incluía siete ejes de actuación:

.....

<sup>7</sup> Balsa, C. (2006), "La 'Better Regulation'", Papeles de Evaluación, Ministerio de Administraciones Públicas.

- Refuerzo de la estabilidad macroeconómica y presupuestaria
- Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte y Programa AGUA
- Aumento y mejora del capital humano
- La estrategia de I+D+i
- Más competencia, mejor regulación, eficiencia de las Administraciones Públicas y competitividad
- Mercado de trabajo y diálogo social
- El Plan de Fomento Empresarial

De esta forma, una política novedosa como la de “mejor regulación”, unida, por otra parte, a “más competencia” y a “competitividad”, aparecía en la lista de prioridades al lado de otras políticas tan tradicionales o arraigadas como la I+D, la mejora del capital humano, las infraestructuras o el mercado de trabajo.

La clasificación como novedoso de este apoyo institucional y político a la mejora de la regulación no significa que hasta ese momento no se hubieran aplicado instrumentos de mejora de la regulación.

Un ejemplo que puede ilustrar esto último y que es quizá el instrumento más interesante y el que nos va a servir para enlazar con el siguiente apartado es el que se refiere al conocido como análisis de impacto regulatorio (*regulatory impact assessment*, RIA).

En efecto, al menos desde 1997, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno<sup>8</sup> exige que todo proyecto normativo venga acompañado de dos documentos: los conocidos como memoria justificativa y memoria económica. En 2003 se añadió un tercer documento obligatorio: una memoria de impacto por razón de género.

Si entendemos que dichas memorias reflejan un análisis de impacto regulatorio, podríamos afirmar que en España existe ya una amplia experiencia en materia de mejora de la regulación. Sin embargo, es precisamente dicha experiencia la que nos permite afirmar que todavía existe un gran campo de mejora en esta materia.

En particular, el problema que se puede observar es un problema de concepto, de entender qué es y para qué sirve un análisis de impacto regulatorio (o una memoria): el análisis de impacto regulatorio es una forma de trabajar, no un documento de trabajo.

En consecuencia, no se trata de plasmar en un documento, en una memoria, cuál es el impacto esperado de una regulación, una vez que ya se ha tomado la decisión de cuál va a ser esa regulación; bien al contrario, un análisis de impacto regulatorio lo que pretende es que desde que se inicia la preparación de proyecto regulatorio se analice el objetivo que se pretende alcanzar, se analicen las

<sup>8</sup> No nos vamos a referir aquí al ámbito autonómico.

alternativas regulatorias para alcanzarlo y se opte por aquélla que no introduzca “daños” que no resulten necesarios o proporcionados.

Por lo tanto, un análisis de impacto regulatorio permite elegir la mejor alternativa regulatoria, pero la siguiente pregunta es ¿la mejor alternativa... desde qué punto de vista? ¿la reducción de cargas administrativas, la igualdad de género, el ahorro presupuestario, la igualdad de oportunidades, la creación de empleo, la salud pública...? ¿la competencia?

Son muchos los puntos de vista a considerar, tantos como los objetivos de interés general u objetivos de política económica que se persigan. La competencia es uno de ellos y es en el que, lógicamente, nos vamos a centrar.

Antes de empezar recordemos el artículo 38 de la Constitución: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

## LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN ES IMPORTANTE PARA LA COMPETENCIA. LOS PRINCIPIOS

La regulación puede entenderse como las reglas de juego en las que los operadores deben desenvolverse y actuar en libre competencia. Por ello, desde el punto de vista de la competencia, resulta fundamental que se trate de unas buenas reglas de juego, de una regulación de calidad.

Los principios para una buena regulación desde el punto de vista de la competencia son unos principios sencillos y comúnmente aceptados que, sin embargo, es preciso recordar de tanto en tanto.

Esta labor es precisamente la que ha realizado en 2008 la CNC al publicar el informe titulado *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*.

Dicho informe se basa en la experiencia adquirida por la autoridad de competencia en una doble vertiente. Por una parte, en su experiencia en los procesos de liberalización de principios de los 90, donde se pudo observar que las medidas de liberalización podían no ser suficientes por sí mismas para favorecer el desarrollo competitivo de los mercados, sino que era necesario que el marco normativo fuera eficiente. Por otra parte, en el hecho ya apuntado de que la intervención o aparición de los poderes públicos es muy frecuente en los asuntos tratados en las autoridades de competencia, especialmente, porque su actuación como regulador o interventor en el mercado puede distorsionar la libre competencia en el mismo.

Por ese motivo, la CNC estimó necesario recordar los principios generales que la regulación debía respetar: necesidad y proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia, transparencia y predecibilidad.

Tales principios son los que deberían tenerse en cuenta por parte de los poderes públicos en su actuación como reguladores o interventores en el mercado. Tal y como propuso la CNC en el mencionado informe, la forma de tenerlos en cuenta es a través de la elaboración de *Memorias de Competencia*; ahora bien, entendiendo tales memorias como un correcto análisis de impacto regulatorio, tal y como se ha descrito anteriormente.

**CNC: Recomendaciones a las Administraciones Públicas  
para una regulación más eficiente y favorecedora de la competencia**

Principios de buena regulación:

- Necesidad y proporcionalidad: dado que el mercado y la libertad de empresa constituyen la regla general, cuando una norma contravenga estos principios debe hacerse explícito y dar una justificación de su necesidad.
- Mínima distorsión: de entre los instrumentos posibles para la consecución de un objetivo dado se debe emplear aquéllos que supongan la mínima distorsión para la competencia.
- Eficacia: el diseño de las normas debe permitir su aplicación eficaz.
- Transparencia: la transparencia debe ser un principio que impregne el marco normativo y los procesos de elaboración del mismo.
- Predecibilidad: el marco normativo debe ser estable y predecible su desarrollo.

Por eso, en el informe de la CNC, al mismo tiempo que se sugiere reforzar la obligatoriedad de realizar análisis o memorias de competencia, se recuerdan las características básicas que deben tener esos análisis:

- deben ser realizados por la unidad u órgano proponente de la norma;
- deben ser realizados desde el principio del diseño del proyecto normativo o actuación administrativa y no una vez que las decisiones ya están tomadas;
- deben considerar las alternativas regulatorias y no regulatorias existentes para optar por aquélla que, alcanzando el mismo objetivo, suponen un menor o nulo daño a la competencia.

Para ayudar a los poderes públicos a realizar este análisis desde el punto de vista de la competencia, la CNC ha publicado un segundo documento, en este caso, una *Guía para la elaboración de memorias de competencia*, donde, de forma práctica y con múltiples ejemplos, se describe el procedimiento a seguir para identificar

primero si el proyecto normativo o la actuación prevista introducen restricciones a la competencia, y para evaluar después si dicha restricción es necesaria y proporcionada o si existe una mejor alternativa regulatoria.

## LA LABOR DE PROMOCIÓN DE LA CNC

La labor desarrollada por la CNC con la publicación de los dos documentos mencionados se enmarca en las tareas de promoción de la competencia que se han visto reforzadas en los últimos años no sólo por la propia estructura de la nueva CNC, sino, especialmente, por la Ley de Defensa de la Competencia de 2007.

Conviene retomar aquí la frase de la Memoria del TDC de 1992 que se señalaba al principio del artículo, pero ahora completada con su primera parte:

Esta actividad, que forma parte de lo que en terminología americana viene en llamarse *advocacy of competition* (promoción de la competencia) es muy necesaria porque a veces no son los operadores privados sino los propios poderes públicos los que a través de sus normas son responsables de la falta de competencia.

Por lo tanto, la labor de promoción o *advocacy* de la CNC está íntimamente ligada al tema analizado en este artículo, esto es, a la importancia para la competencia de la intervención de los poderes públicos: los poderes públicos son los destinatarios primeros de la labor de promoción de la competencia de la CNC.

La promoción de la competencia se introduce así de lleno en la promoción de la buena regulación, como parte esencial de la misma.

En este caso se trata de ayudar a las AAPP, a los poderes públicos reguladores e interventores en el mercado en sentido amplio, a que lo hagan de la forma más adecuada desde el punto de vista de la competencia, es decir, sin introducir, de forma injustificada, restricciones a la competencia que acaben teniendo efectos negativos en la economía y en el bienestar social. El informe sobre los principios de buena regulación y la *Guía para la elaboración de memorias de competencia* se han elaborado con esta finalidad.

Pero, además, no se puede olvidar que, junto a esta tarea de “ayuda” a los poderes públicos, también existen otras labores de la CNC para supervisar o controlar su actuación, en particular, para controlar la buena regulación desde el punto de vista de la competencia.

Por una parte, el informe preceptivo de la CNC sobre los proyectos normativos cuando éstos tengan efectos previsibles sobre la competencia, tal y como dispone el artículo 25 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Por otra, el novedoso instrumento conocido como legitimación activa establecido

por el artículo 12.3<sup>9</sup> de la Ley: “La CNC está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente 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”.

## EL CASO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Una última mención a un caso que podría definirse como un claro ejemplo en el que se va a poder llevar a la práctica todo lo aprendido en relación con la mejora de la regulación, en particular, desde el punto de vista de la competencia: la trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado anterior (conocida como Directiva de Servicios).

Si se quiere, la propia Directiva de Servicios es un ejercicio de buena regulación, aunque limitada al sector servicios (que, no olvidemos, supone el 65% del PIB en España): la Directiva establece el objetivo y los principios de buena regulación y, a partir de ahí, impone dos obligaciones: tenerlos en cuenta para regulaciones futuras y revisar, atendiendo a esos principios, la regulación existente.

El objetivo de la Directiva es que la regulación sea compatible con las dos libertades fundamentales del mercado interior de los servicios: libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios. Y para ello utiliza tres instrumentos: simplificar procedimientos, fomentar un nivel elevado de calidad de los servicios, y evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que no resulten justificadas o proporcionadas<sup>10</sup>.

Repitamos el último de ellos: evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que no resulten justificadas o proporcionadas. Eso se refiere precisamente, sin perjuicio de otros objetivos, a la buena regulación desde el punto de vista de la competencia de la que hemos hablado en este artículo.

Por ello, la trasposición de esta Directiva, en concreto, la aplicación práctica de este objetivo y estos principios a nuestro marco regulatorio, el existente y el futuro, es un estupendo examen de aplicación de lo aprendido en materia de mejora de la regulación.

Junio 2009

<sup>9</sup> La misma previsión que recoge el artículo 12.3 para la CNC se recoge en el artículo 13 para las autoridades de competencia autonómicas.

<sup>10</sup> Artículo 1 del Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por el que se traspone la Directiva de Servicios.

## BIBLIOGRAFÍA

- Balsa, C. (2006), “La ‘Better Regulation’”, Papeles de Evaluación, Ministerio de Administraciones Públicas.
- Cases, Ll. (2009), “Regulación y competencia. Límites y conexiones”, Derecho de la regulación económica. Tomo I. Director: Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento (2005), *97 Better regulation for growth and jobs in the European Union*.
- CNC (2008), “Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia”.
- CNC (2009), “Guía para la elaboración de Memorias de Competencia”.
- Matea, M. y Mora, J. (2009), “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas”, Banco de España, Documento de Trabajo 0908.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2009), “Efectos macroeconómicos potenciales de la Directiva de Servicios en España”, Dirección General de Análisis Macroeconómico y Economía Internacional.
- Ministerio de Economía y Hacienda (2005), “Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”.
- OCDE (2009), “Reformas del mercado de productos en España entre 1998 y 2008”.
- OCDE (2005), “Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance”.
- OCDE (1995), “Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation”.
- OCDE (2008), “Measuring regulatory quality”, Policy Brief.
- OCDE (2009), “Going for Growth”.
- Programa Nacional de Reformas de España
- Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992.



## AYUDAS PÚBLICAS AL SECTOR BANCARIO EUROPEO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ

Abogado del Estado-excedente

Vicesecretario General de la Asociación Española de Banca

### 1. ANTECEDENTES

En agosto del año 2007 comenzaron a manifestarse los primeros signos externos de lo que en aquel momento se calificó como “turbulencias financieras”, y ahora se considera ya, sin matices, la crisis financiera de mayor gravedad, por su extensión y profundidad, desde la crisis de 1929.

La explicación que se dio a aquellos acontecimientos, que hoy ya nos parecen lejanos, es conocida: el endurecimiento en la política monetaria norteamericana, estrechamente unido a un cambio de ciclo en la situación económica estadounidense que afectó de manera particularmente intensa al sector inmobiliario provocaron el efecto simultáneo de un incremento en las cargas financieras soportadas por los deudores hipotecarios, una peor situación económica de éstos y una disminución del precio de sus propiedades.

La combinación de todos estos elementos disparó los niveles de morosidad en el pago de las deudas hipotecarias, lo que se hizo especialmente evidente en el segmento de hipotecas de menor calidad: las llamadas “hipotecas subprime”.

El problema fue que esas deudas hipotecarias, que habían sido “empaquetadas” en los meses y años precedentes junto con otros activos de calidad diversa, habían sido colocadas en los mercados financieros de todo el mundo. Aunque no exclusivamente, buena parte de esos “activos contaminados” fueron adquiridos

por entidades de crédito o, y esto fue aún más grave, por vehículos de naturaleza diversa que habían sido creado por algunos bancos.

La financiación de estas adquisiciones se había realizado en el mercado, con lo que esas entidades de crédito y los vehículos que habían constituido para la adquisición de estos activos, se encontraron frente al problema derivado de la falta de rendimiento de los activos y la existencia de vencimientos relevantes a corto plazo, sin que tuvieran capacidad de captar financiación adicional.

En la explicación oficial de aquellos meses finales de 2007, se trataba de un problema de liquidez. Las entidades de crédito debían afrontar los vencimientos derivados de sus propios compromisos financieros o asumir las obligaciones originadas por sus acuerdos de liquidez con los vehículos que habían constituido. La refinanciación de estas deudas no era posible porque los problemas surgidos en los mercados habían provocado una falta de confianza en los inversores.

Puesto que el problema era la falta de liquidez, la solución era aparentemente sencilla: dar una mayor liquidez a los mercados financieros. A este objetivo se aplicaron con decisión los bancos centrales en todo el mundo a través de una acción concertada que, a pesar de su volumen y rapidez, no consiguió los efectos pretendidos. La crisis no se resolvió ni en el 2007, ni en el 2008, ni se ha resuelto bien entrado en el 2009, aunque comiencen a producirse signos esperanzadores.

La crisis no pudo resolverse porque, ahora lo sabemos, lo que debían afrontar no pocas entidades de crédito no era solamente un problema de liquidez sino lo que es más grave para una entidad bancaria: un problema de solvencia, de falta de capital.

Las entidades de crédito que habían adquirido esos activos deteriorados, u otros cuya valoración era imposible o para los que, pura y simplemente, no existía ya mercado, y especialmente aquéllas que habían realizado esas operaciones “fuera de balance” a través de todo tipo de vehículos, no disponían de capital suficiente como para afrontar el cumplimiento de las obligaciones que habían contraído.

Además, el cierre de los mercados internacionales que hasta entonces habían permitido la financiación de esas obligaciones sin mayores dificultades, impedía renegociar esos compromisos aplazando los vencimientos pactados.

Aunque algunos episodios anteriores ya habían manifestado cuál era la auténtica realidad del problema de grandes instituciones financieras y sistemas bancarios internacionales, no fue hasta el año 2008 cuando se hizo evidente que las “soluciones monetarias” no eran capaces de resolver la situación planteada y que debía producirse una intervención pública para rescatar a las entidades en dificultades. Los primeros movimientos en este sentido se produjeron en Estados Unidos y también se adoptaron medidas de rescate en el Reino Unido (Northern Rock fue el primer caso, al que siguieron otros resueltos con una combinación de soluciones públicas y privadas).

Hasta septiembre de 2008 pareció que la Europa continental estaba al margen de estos acontecimientos. Sin embargo, a partir de ese momento, se vivió un

considerable agravamiento de la situación, coincidente con la quiebra de Lehman Brothers, que actuó como detonante para un claro cambio en Europa.

Primero en Irlanda, luego en Islandia y después en otros Estados, bien pronto se hizo evidente que, en muchos países del mundo, los poderes públicos debían acometer importantes programas de rescate para salvar de la quiebra a grandes entidades de crédito y a sus sistemas bancarios nacionales.

En Europa, y tras esas iniciativas unilaterales de determinados Estados, trató de establecerse un conjunto homogéneo de medidas de apoyo que, al margen del incremento del nivel de cobertura de los fondos de garantía de depósitos, pueden resumirse en la siguiente tipología:

- a) Garantía pública de las emisiones de distintos instrumentos financieros por parte de las entidades de crédito.
- b) Adquisición de activos propiedad de las entidades de crédito.
- c) Recapitalización con fondos públicos.

El intento de coordinación en la adopción de estas medidas se plasmó en los Acuerdos alcanzados en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Área Euro celebrada el 12 de octubre de 2008, que fueron ratificados por el Consejo Europeo de Bruselas de los días 15 y 16 de octubre.

Es importante señalar, desde el primer momento, que no se adoptaron medidas europeas, como hubiera sido lógico en el seno de un mercado interior de servicios financieros, sino que se permitió a los Estados la adopción de medidas nacionales sin establecer unos criterios que permitieran una mínima coordinación de las mismas lo que determinó su absoluta heterogeneidad.

Un intento análogo de coordinación se realizó a nivel mundial. Las reuniones de Estados conocidas como “G-20”, también trataron de establecer unas pautas generales y concertadas de actuación, que respaldaran los programas de ayuda ya establecidos o que pudieran establecerse en el futuro, tratando de evitar los problemas que en su día dificultaron la respuesta a la crisis de 1929 (proteccionismo, restricción del comercio internacional, falta de actuación de los poderes públicos...).

## 2. LA RESPUESTA EUROPEA FRENTE A LA CRISIS BANCARIA Y SUS EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA. EL DELICADO EQUILIBRIO DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 13 DE OCTUBRE DE 2008

Aunque los problemas planteados por los mecanismos de ayuda son similares en todas las latitudes, nos centraremos en este trabajo en la situación que se ha

producido en Europa, puesto que ésta es la que afecta de forma más relevante a las entidades de crédito españolas.

En octubre de 2008, y como parte de los Acuerdos adoptados a nivel europeo a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior, los Estados miembros de la Unión Europea solicitaron a la Comisión que, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga el Tratado como guardián de la competencia en Europa, adoptase una actitud flexible a la hora de evaluar la compatibilidad con el Tratado de los mecanismos de ayuda al sector financiero que iban a adoptarse por los Estados europeos.<sup>1</sup>

Y es que esos instrumentos constituían, sin duda, auténticas ayudas de Estado a favor de entidades de crédito determinadas, lo que exigía un análisis individualizado sobre su compatibilidad con las normas europeas tal y como habían venido siendo interpretadas por la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos.

De hecho, en las conclusiones del Consejo de Economía y Finanzas (Ecofin) del día 7 de octubre, se estableció el principio de que “el interés legítimo de los competidores debe protegerse, en especial a través de las normas sobre ayudas estatales”, lo que constituye buena prueba de que las autoridades europeas eran ya conscientes de los efectos potencialmente distorsionadores de la competencia en el mercado bancario europeo que podían derivarse de las medidas de apoyo a las entidades en dificultades.

En realidad, la Comisión Europea ya había analizado mecanismos de ayuda pública anteriormente adoptados por los Estados europeos en relación con entidades individuales que afrontaban dificultades. El caso más conocido fue, probablemente, el de Northern Rock, en el Reino Unido pero, como veremos más adelante, no fue el único.

Hasta octubre de 2008, la Comisión analizó esos asuntos sobre la base de la aplicación de las reglas “tradicionales” sobre ayudas de Estado. En cambio, a partir de ese momento, se produciría la aparición de nuevos criterios.

El derecho europeo en materia de ayudas de Estado se encuentra contenido, en cuanto a sus aspectos sustantivos, en el propio Tratado, que parte de una consideración amplia de lo que deba entenderse por ayuda de Estado que comprende no sólo las ayudas directamente concedidas por los Estados sino también aquéllas que movilizan recursos estatales.

.....

<sup>1</sup> Concretamente, en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado los días 15 y 16 de octubre de 2008 (Doc.14368/08), y dentro del apartado dedicado a la “situación económica y financiera” se señaló, textualmente, que “en las excepcionales circunstancias actuales, la aplicación de las normas europeas debe seguir respondiendo a la exigencia de una actuación rápida y flexible. El Consejo Europeo apoya a la Comisión en la aplicación, con este ánimo, de las normas relativas a la política de la competencia y, en particular, las relativas a las ayudas públicas, sin dejar de aplicar al mismo tiempo los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas”. Como se comenta en el texto de este trabajo, la referencia a los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas no es una expresión equivalente a la aplicación del régimen de tales ayudas.

En segundo lugar, las ayudas pueden haberse concedido “de cualquier forma”, incluyendo subvenciones a fondo perdido, préstamos en mejores condiciones que las del mercado, bonificaciones de intereses, las exoneraciones o bonificaciones en impuestos o tributos, los suministros de bienes o servicios en condiciones preferenciales e, incluso, las participaciones de autoridades públicas en empresas:

- que falseen o meramente amenacen con falsear la competencia.
- otorgadas a empresas, pero también a producciones, lo que cubre también las ayudas a un ramo o sector.

Ante las ayudas públicas, el artículo 87.1 del Tratado establece, como principio general, la incompatibilidad con el mercado común de las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales.

Este principio general encuentra únicamente excepciones determinadas por el propio Tratado, y que deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

Un primer bloque está integrado por las llamadas “exenciones de oficio”, contenidas en el apartado 2 del artículo 87 del Tratado, y que se refieren a las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional y las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de Alemania.

Ninguna de estas excepciones interesa a los fines del presente trabajo.

Mayor interés revisten, en cambio, los supuestos de “exención eventual” contenidos en el apartado 3 del artículo 87 y respecto de los que la Comisión debe decidir si las ayudas son o no compatibles con el Tratado. Esta decisión de la Comisión debe ajustarse a derecho, motivándose debidamente. No obstante, existe un amplio margen de discrecionalidad en la calificación de las ayudas por parte de la Comisión.

Estas excepciones eventuales del artículo 87.3 del Tratado se refieren a las siguientes ayudas:

- a) Las destinadas a favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones que sufren atrasos en su desarrollo.
- b) Las que contribuyen a la realización de un proyecto importante de interés europeo o a remediar una perturbación grave de la economía de un Estado miembro.
- c) Las destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas.
- d) Las que tienen la finalidad de promover la cultura y la conservación del patrimonio.
- e) Otras categorías de ayuda que determine el Consejo.

Dejando al margen casos menos frecuentes, los que aquí interesan a los presentes efectos son dos:

- Las ayudas para poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro del artículo 87.3.b) del Tratado.
- Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, de acuerdo con el artículo 87.3.c), al amparo del cual la Comisión ha formado un complejo corpus interpretativo bajo la denominación de “Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de empresas en crisis” (DOC 244 de 01.01.2004).

Como indicábamos algunos párrafos atrás, durante los primeros meses de la crisis, la Comisión Europea aplicó, sin mayores especialidades, las normas y criterios derivados del artículo 87.3.c) del Tratado.

Sin embargo, ante la grave situación económica que se vivía en Europa, la Comisión consideró aplicable un precepto distinto, el mencionado artículo 87.3.b). A diferencia del 87.3.c) que había sido objeto de un desarrollo pormenorizado en los años anteriores, el artículo 87.3.b) era un precepto escasamente utilizado<sup>2</sup>, por la que la Comisión hubo de elegir entre la aplicación de las normas dictadas para la aplicación del artículo 87.3.c) o la creación de nuevas normas o criterios.

La Comisión Europea optó por esto último, y, a través de sucesivas Comunicaciones, que serán analizadas en este trabajo, fue estableciendo los criterios que habrían de guiar la interpretación y aplicación del artículo 87.3.b) con el objetivo declarado de minimizar los efectos distorsionadores de la competencia inevitablemente derivados de su aplicación.

En nuestra opinión nos encontramos ante un derecho “excepcional”, en el sentido de que ha surgido con la vocación de aplicarse en un momento determinado y en circunstancias excepcionales, de modo que superadas éstas y, en principio, a partir del 31 de diciembre de 2010, esta normativa “ad hoc” dejará de ser aplicable retornándose al artículo 87.3.c) y su normativa de desarrollo como único instrumento para el análisis de las ayudas de Estado a favor de entidades individuales.

Esta interpretación, se establece con total claridad en la nota de prensa publicada por la Comisión el pasado 23 de julio de 2009 para anunciar la publicación de su Comunicación sobre ayudas a la reestructuración bancaria<sup>3</sup>, cuando se afirma que “estas guías (las cuatro Comunicaciones publicadas a partir de octubre de 2008 para guiar la interpretación y aplicación del artículo 87.3.b) a las ayudas otorgadas

<sup>2</sup> En el informe de la Comisión Europea titulado “State Aid Scoreboard. Spring 2009 update. Special edition on State Aid interventions in the current financial and economic crisis” (COM (2009)164), de 8 de abril de 2009, pp. 4-5, se dice que se ha hecho un uso sin precedentes del artículo 87.3.b) del Tratado, ya que este artículo sólo había sido utilizado con anterioridad en una ocasión (Grecia) a pesar de la existencia de serias crisis económicas que afectaron a distintos Estados miembros en las recesiones de los años 70 y primeros 80.

<sup>3</sup> Referencia: IP/09/1180.

a las entidades de crédito) están basadas en el artículo 87.3.b) del Tratado, que autoriza las ayudas de Estado en caso de una seria perturbación de la economía. Serán temporales y se aplicarán hasta el final de 2010. Después de esa fecha, las reglas normales sobre rescate y reestructuración, basadas en el artículo 87.3.c) del Tratado (ayudas para el desarrollo de ciertas actividades económicas o áreas en que tales ayudas no afecten negativamente a las condiciones de comerciales en un grado contrario a los intereses comunes), se aplicarían nuevamente”.

La opción por la aplicación del artículo 87.3.b) del Tratado no fue tomada por la Comisión Europea hasta que, coincidiendo con la quiebra de Lehman Brothers, se produjo un considerable empeoramiento de la situación de mercados e instituciones financieras a partir de septiembre del año 2008. Hasta ese momento, y como hemos señalado anteriormente, las ayudas públicas concedidas a las entidades de crédito europeas en dificultades, habían sido autorizadas en base al artículo 87.3.c) del Tratado.<sup>4</sup>

El fundamento de este cambio de actitud puede encontrarse en las propias palabras de la Comisión, contenidas en su reciente informe sobre las ayudas de Estado aplicadas hasta la primavera del año 2009<sup>5</sup> cuando se dice que “la erosión general de la confianza en el sector bancario en octubre de 2008 llevó a serias dificultades para acceder a la liquidez. La crisis se había convertido en sistémica y afectó por igual a instituciones financieras cuyas dificultades tenían su origen exclusivamente en las condiciones generales de los mercados que habrían restringido de forma severa el acceso a la liquidez. Se hizo entonces dudoso si las Directrices de Salvamento y Reestructuración (en lo sucesivo, Directrices S&R) continuaban proporcionando un marco jurídico adecuado para responder a la crisis, una vez que ésta había golpeado también a bancos que no podrían haber sido normalmente considerados como entidades “en dificultades”.

Esta necesidad de un cambio de régimen legal se plasmó en la adopción y publicación de una serie de Comunicaciones de la Comisión Europea que guiarían la futura aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado a los mecanismos de apoyo establecidos por los Estados miembros para respaldar a sus sistemas y entidades bancarios.

Hasta el momento, se han publicado cuatro Comunicaciones, con los siguientes títulos<sup>6</sup>:

- The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis (13 de octubre de 2008).

<sup>4</sup> En el caso más notorio, el de Northern Rock (RU) la decisión de iniciar un procedimiento de ayuda de Estado, adoptada en abril de 2008 (Cao C14/2008) se tomó al amparo del artículo 87.3.c) exigiéndose la presentación de un plan de reestructuración.

<sup>5</sup> Vid. nota 2, página 8.

<sup>6</sup> Puesto que no todas ellas han sido oficialmente traducidas, optamos por mantener sus títulos originales en inglés.

- Recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of the aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition (5 de diciembre de 2008).
- Treatment of impaired assets in the community Banking sector (25 de febrero de 2009).
- The return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules (23 de Julio de 2009).

Nos referiremos en este apartado a la primera de estas Comunicaciones, la de 13 de octubre sobre “La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial”<sup>7</sup>.

El objetivo de esta Comunicación era “proporcionar una orientación sobre los criterios pertinentes para la compatibilidad con el Tratado, tanto de los regímenes generales como de los casos individuales de aplicación de tales regímenes y casos particulares de importancia sistémica”. Es decir, se trataba de anticipar los criterios que aplicaría la Comisión de forma que, si los Estados se adecuaban a los mismos, podrían beneficiarse de una autorización rápida de sus mecanismos de ayuda.

Esta primera Comunicación sobre los criterios a aplicar para el análisis de los mecanismos de ayuda a los sistemas bancarios y entidades de crédito individuales tuvo una gran importancia puesto que, como se ha dicho, abrió el camino a la aplicación del artículo 87.3.b) del Tratado, en lugar del 87.3.c).

Esta decisión permitió que la Comunicación reconociera que las entidades fundamentalmente solventes podían recibir ayudas públicas, incluso de recapitalización, sin tener que presentar planes de reestructuración de gran envergadura. Se trataba, en definitiva, de evitar la aplicación del artículo 87.3.c) del Tratado y sus normas de desarrollo, a los mecanismos generales o a las ayudas individuales a determinadas entidades, creando un nuevo marco jurídico.

Además, el artículo 87.3.b) del Tratado se consideró aplicable no sólo a los mecanismos generales de asistencia al sector financiero sino también a las ayudas singulares a determinadas entidades cuando, por su importancia, asumían un carácter sistémico, de forma que sus problemas podían arrastrar al conjunto de un sistema financiero o la economía nacional de un Estado miembro.

De hecho, la fundamentación de esta Comunicación proporciona cobertura jurídica al conjunto de las actuaciones realizadas por la Comisión a partir de octubre de 2008 en materia de ayudas de Estado dirigidas al sector financiero por lo que, aunque se trate de una cita larga, nos parece procedente reproducir los párrafos relevantes de la Comunicación.

.....  
<sup>7</sup> La versión en castellano de esta Comunicación fue publicada por el Diario Oficial de la Unión Europea del 25 de octubre de 2008 (C 270/8 a 14).

Las ideas fundamentales son las siguientes:

- “La ayuda estatal a las empresas en dificultades se evalúa normalmente al amparo del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado y de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (...directrices S&R) que articulan la interpretación por parte de la Comisión del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado para este tipo de ayudas. Estas Directrices S&R son de aplicación general, si bien prevén determinados criterios específicos para el sector financiero”.
- “Por otro lado, de conformidad con el artículo 87, apartado 3, letra b) del Tratado, la Comisión puede permitir ayudas estatales “destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro”.
- “La Comisión reafirma que...el artículo 87, apartado 3, letra b) del Tratado debe interpretarse de forma restrictiva respecto a lo que pueda considerarse una perturbación grave de la economía de un Estado miembro”.
- “Habida cuenta del nivel de gravedad que ha alcanzado la crisis actual en los mercados financieros y de su posible impacto en la economía global de los Estados miembros, la Comisión considera que el artículo 87, apartado 3, letra b), en las actuales circunstancias, es una base jurídica apropiada para las medidas de ayuda adoptadas para abordar esta crisis sistémica. Esta afirmación es especialmente aplicable a las ayudas concedidas mediante un régimen general para varias o todas las instituciones financieras de un Estado miembro”.
- “Las intervenciones específicas de los Estados miembros no están excluidas de las circunstancias que cumplen los criterios del artículo 87.3.b). En el caso tanto de los regímenes como de las intervenciones puntuales, si bien la evaluación de la ayuda debe seguir los principios generales establecidos en las Directrices S&R... las circunstancias actuales pueden permitir la aprobación de medidas excepcionales tales como intervenciones estructurales de urgencia, protección de derechos de terceros (por ejemplo, acreedores) y medidas de rescate que potencialmente pueden superar los 6 meses<sup>8</sup>.”

Se trataría, en todo caso, de medidas coyunturales y de duración acotada, pues, como indica la propia Comunicación, “esto implica la necesidad de que todos los regímenes generales creados sobre esta base... se revisen regularmente y finalicen tan pronto como la situación económica del Estado miembro en cuestión lo permita”<sup>9</sup>.

A la vista de lo anterior, se confirma el carácter de régimen jurídico “excepcional”, de aplicación limitada en el tiempo (de octubre de 2008 a diciembre de 2010

<sup>8</sup> Tomamos la cita de la versión en español de la Comunicación, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de octubre de 2008, referencia C 270, p. 9.

<sup>9</sup> Vid nota anterior.

o, en todo caso, al momento en que en un Estado concreto pueda entenderse finalizada la situación de grave perturbación de la economía) y que permitiría a los Estados no sólo establecer mecanismos generales de apoyo al sector financiero dirigidos a todas o varias entidades de crédito, sino también mecanismos individuales (específicos), dirigidos a entidades concretas, a los que les resultarían aplicables “los principios generales establecidos en las Directrices S&R” pero no éstas en su totalidad.

La tipología de las ayudas que se admite es amplia, destacando, singularmente, las “garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras” y la “recapitalización de las instituciones financieras”.

Cualquiera que sea el tipo de ayuda establecido, deberán respetarse algunos principios generales; el de necesidad (la ayuda debe ser imprescindible para preservar la estabilidad del sistema bancario), el de proporcionalidad (la ayuda concedida no deberá exceder de lo que sea estrictamente necesario para lograr su objetivo legítimo), no discriminación (las ayudas deben establecerse de forma objetiva y no discriminatoria) y prevención de distorsiones de la competencia (las medidas deben establecerse de modo que se eviten o minimicen los efectos negativos en los competidores, en otros sectores y en otros Estados miembros).

Al objeto de prevenir esas distorsiones en la competencia, la Comunicación de la Comisión establecía una serie de medidas que podrían establecerse a modo de salvaguardia. Estas medidas se consideraban también útiles para evitar el riesgo moral, inherente a este tipo de ayudas.

Entre tales limitaciones se citaban, con ánimo no exhaustivo, las siguientes: limitaciones en cuanto al comportamiento que garanticen que las instituciones financieras beneficiarias no emprendan una expansión agresiva aprovechando la garantía pública, restricciones en la conducta comercial (tales como publicidad que exponga el hecho de que el banco beneficiario es objeto de una garantía pública, precios aplicados a los productos o servicios ofertados o expansión de las actividades), limitaciones al valor del balance de las instituciones beneficiarias en relación con una referencia adecuada (por ejemplo, el PIB), prohibición de comportamientos irreconciliables con el objetivo de la garantía (por ejemplo, readquisición de participaciones por instituciones financieras beneficiarias o emisión de nuevas opciones de compra de acciones para sus directivos) o disposiciones adecuadas que permitan al Estado miembro en cuestión garantizar la aplicación de estas restricciones en cuanto al comportamiento.

La decisión de considerar aplicable el artículo 87.3.b) del Tratado no puede censurarse desde un punto de vista jurídico. El deterioro de la situación económica mundial, y, en particular, las dificultades de los países integrantes de la Unión Europea, expresados en términos de desempleo, crecimiento económico, cifras de déficit público y evolución del endeudamiento de los distintos Estados, hacían indiscutible tanto la gravedad de los efectos de la crisis financiera internacional como, sobre todo, el riesgo de que el traslado de los mismos a la llamada

“economía real” provocase una grave recesión internacional que costase un gran esfuerzo superar.

Para evitarlo, era seguramente inevitable el establecimiento de relevantes mecanismos de apoyo público a los sistemas bancarios nacionales e, incluso, a entidades individuales. Ello al margen del resto de las medidas que pudieran adoptarse para estimular a otros sectores y empresas, ajenos, por definición, a este trabajo.

Ante esta situación “excepcional” en lo económico, no parece cuestionable la posibilidad de adoptar medidas igualmente excepcionales para preservar la estabilidad de los mercados financieros, con el amparo de lo dispuesto en el artículo 87.3.b) del Tratado.

El único matiz a lo anterior sería que estas ayudas no deberían tener como objetivo la supervivencia de entidades individuales sino preservar la estabilidad de los sistemas bancarios nacionales y, en última instancia, del sistema bancario europeo, lo que no de ningún modo debería implicar un obstáculo para la consecución de un auténtico mercado interior de servicios bancarios.

En alguna medida, la propia Comisión terminaba reconociendo este imperativo jurídico, derivado del Tratado, al indicar, en la Comunicación de referencia, que la evaluación de la compatibilidad con los Tratados de las ayudas a entidades individuales habría de pasar por la utilización de los principios generales contenidos en las “Directrices sobre ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis”. Es decir, y creemos que es relevante, no se aplicarían directamente las Directrices sino los “principios generales” contenidos en ellas, lo que, obviamente, no es equivalente.

Por ello, el debate respecto de estos mecanismos de apoyo al sector financiero, dirigidos en general a los sistemas bancarios nacionales y no a entidades determinadas, se centra más bien en la concreción e implementación de los distintos instrumentos y no en cuando a su necesidad o compatibilidad general con el Tratado. Por decirlo de otro modo, el punto esencial se concreta en la determinación del grado en el que resultan aplicables esas Directrices de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

Este debate se hacía particularmente importante en relación con la aplicación de las medidas de ayuda a entidades individuales.

La Comunicación de la Comisión partía, en su introducción, de distinguir entre instituciones financieras con problemas que son resultado de su modelo empresarial o de prácticas comerciales particulares, cuyas deficiencias se ven expuestas y exacerbadas por la crisis de los mercados financieros y otras entidades financieras (a las que la Comunicación califica de “sólidas”) cuyas dificultades se derivan exclusivamente de las condiciones generales del mercado, que han restringido gravemente el acceso a la liquidación.

En el primer caso, la Comisión considera que, para que las instituciones en dificultades retornasen a la viabilidad a largo plazo, sin liquidarse, habrían de afrontar un plan de reestructuración de gran envergadura de sus operaciones.

Por el contrario, en el caso de las entidades sólidas, la Comisión considera que la viabilidad a largo plazo de estas instituciones puede requerir una reestructuración menos importante.

Sobre esta relevante dicotomía, la Comunicación de continuada referencia ofrece alguna clave adicional un poco más adelante cuando, dentro del capítulo dedicado a las “garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras”, incluye un apartado denominado “aplicación del régimen a casos individuales”.

En ese apartado, referido a las entidades insolventes, se alude a que tras la adopción de medidas de salvamento de urgencia, se adopten medidas adecuadas que conduzcan a la reestructuración o liquidación del beneficiario.

Al margen de lo anterior, el capítulo V de la Comunicación, referido a la “liquidación controlada de las instituciones financieras” dejaba abierta la puerta a un procedimiento tradicional de liquidación de entidades en crisis, respetando criterios análogos a los que se han enumerado anteriormente.

En definitiva, y sin que parezca necesario ahondar más en estas ideas preliminares, la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2008 estableció la posibilidad jurídica de que entidades “solventes” pudieran recibir ayudas de Estado sometándose a determinadas condiciones tendentes a evitar graves distorsiones de la competencia en Europa pero sin imponer la aplicación del acervo comunitario en la materia y, singularmente, las normas vigentes sobre reestructuración y saneamiento de entidades en dificultades, régimen éste al que, sin embargo, quedarían abocadas las entidades no solventes. Ello sin perjuicio de que a unas y otras operaciones les fueran aplicados los “principios generales” contenidos en las Directrices. En el caso de estas entidades “solventes”, la Comunicación se limita a exigir una reestructuración “menos importante”.<sup>10</sup>

En cuanto a las instituciones financieras “insolventes”, utilizando la expresión de la propia Comunicación<sup>11</sup>, no quedaban forzosamente abocadas a la liquidación, ya que se consideraba admisible una reestructuración aunque de “gran envergadura”, por citar de nuevo la Comunicación.<sup>12</sup>

Sin embargo, y a pesar de la importancia de la distinción entre las entidades solventes y aquéllas en que, afrontando dificultades equivalentes, no se cumpliría este requisito, la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2008 no precisaba qué autoridad nacional o europea certificaría que una determinada entidad tenía o no dicha condición por lo que, de facto, no existía ningún requisito objetivo ni se definía ningún procedimiento para la determinación de que entidades tenían la condición de “solventes”.

<sup>10</sup> Vid nota 5, página 8, párrafo 2.

<sup>11</sup> Vid. nota 5, página 12, párrafo 30.

<sup>12</sup> Vid nota 5, página 8, párrafo 2.

### 3. LOS PRIMEROS PAQUETES DE MEDIDAS ADOPTADAS POR LOS ESTADOS

Teniendo en cuenta los criterios contenidos en la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2008, los diferentes Estados europeos, y entre ellos España, sometieron a la Comisión sus planes nacionales de respaldo al sector financiero. En esos planes se incluían medidas alineadas con los Acuerdos alcanzados en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Área Euro de 12 de octubre de 2008.

No puede dejar de afirmarse, desde un primer momento, que, incluso las medidas aprobadas que se referían a mecanismos generales de compensación de la falta de liquidez o los fallos en los mercados financieros internacionales, aparentemente más inocuas que las medidas de recapitalización directa de entidades, provocaron diferencias en la posición competitiva de las entidades participantes en los mecanismos.

Así, y en la medida en que la garantía pública determina que las condiciones de la emisión se ajustan a las condiciones del garante (es decir, de los Estados europeos) y no sólo a la entidad emisora, se produce una alteración de la situación previa, resultante de una mera comparación entre entidades.

La paradoja que provocó esta situación fue que entidades solventes pasaron a obtener financiación en peores condiciones que entidades menos solventes que se beneficiaban del aval de un Estado con una buena calificación de las agencias de *rating*.

Y es que, por ejemplo, existen diferencias importantes entre la rentabilidad del bono alemán a diez años y su equivalente español (en los últimos meses, esa diferencia se ha situado, aproximadamente, entre 100 y 120 puntos básicos). Las diferencias son igualmente relevantes en el caso del bono francés o el italiano.

No obstante, estas medidas fueron adoptadas con un grado de transparencia aceptable, coherente con su carácter general, siendo conocidas, al menos en lo fundamental, las condiciones y limitaciones a que quedaba supeditada su utilización por parte de las entidades de crédito. Si añadimos a ello su naturaleza y efectos, podemos decir que, aunque este tipo de medidas podían introducir diferencias competitivas entre las entidades de crédito europeas, su impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado bancario fue limitado.

La situación era completamente distinta, y mucho más grave, en lo relativo a las medidas de apoyo consistentes en la recapitalización de entidades.

Como hemos visto en el apartado anterior de este trabajo, al amparo de los criterios de su Comunicación de 13 de octubre de 2008 la Comisión Europea consideró compatible con los Tratados la recapitalización con fondos públicos de las entidades de crédito en tres casos:

El de entidades solventes, aunque adoptando planes de reestructuración de alcance limitado.

El de entidades financieras no solventes, o con problemas de solvencia, en el que debía adoptarse un plan de reestructuración de “gran envergadura”.

El de las entidades financieras en las que el plan de reestructuración no fuese viable o hubiera fracasado, en cuyo caso la recapitalización tendría por objeto permitir la liquidación ordenada de la entidad.

A ello se unían las limitaciones impuestas a las entidades beneficiarias de las ayudas, referidas tanto a la actividad comercial de las entidades como al plano corporativo (políticas de dividendo o retributivas).

Estas limitaciones tuvieron, sin embargo, un efecto reducido en el plano transfronterizo ya que las resoluciones de la Comisión Europea en que se contenían no se hicieron públicas en su integridad, para salvaguardar la información confidencial de las entidades, con lo que los supervisores y autoridades europeos distintos de aquéllos que habían establecido y conocido las ayudas y sus limitaciones, veían dificultada toda labor de control respecto del modo en que las ayudas eran utilizadas y, sobre todo, en cuanto a la actividad comercial de las entidades beneficiarias (campañas de publicidad, políticas agresivas de captación de activos o pasivos, lanzamiento de nuevos productos o líneas de negocio...).

#### 4. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2008

La reunión del Consejo ECOFIN celebrada el 2 de diciembre de 2008, abordó nuevamente el tema de las ayudas a entidades de crédito y, como recogió la Comunicación de la Comisión Europea a que se hará inmediata referencia, “reconoció la necesidad de orientaciones adicionales para las recapitalizaciones cautelares destinadas a sostener el crédito, e instó a su pronta aprobación por la Comisión”.

Se abría camino la idea de las “recapitalizaciones preventivas” de las entidades de crédito.

A fin de proporcionar guías anticipadas sobre su interpretación de las normas sobre ayudas de Estado a estos nuevos mecanismos de apoyo al sector financiero la Comisión Europea aprobó una nueva Comunicación de 5 de diciembre de 2008 sobre “La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia”<sup>13</sup>.

Los criterios establecidos por la Comisión Europea a través de esta Comunicación, fueron posteriormente confirmados por el Consejo Europeo<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> La versión en castellano de esta segunda Comunicación en la materia fue publicada por el Diario Oficial de la Unión Europea del 15 de enero de 2009 con la referencia C10/2 al 10.

<sup>14</sup> Las conclusiones de la Presidencia en relación con los acuerdos adoptados por el Consejo Europeo en su reunión de 11 y 12 de diciembre de 2008 (Documento 17271/1/08 REV 1) respaldaron este cambio de orien-

La aprobación de estos nuevos criterios puede ser justificada desde dos ángulos distintos, aunque seguramente complementarios.

Por un lado, es indiscutible que la Comisión necesitaba concretar algunos de los criterios establecidos en su Comunicación de 13 de octubre de 2008 ya que éstos eran demasiado abstractos para cumplir con su propósito de anticipar criterios de interpretación de las reglas sobre ayudas de Estado en relación con los nuevos mecanismos de recapitalización propuestos por los Estados y anunciados en la mencionada reunión del ECOFIN. Una de las cuestiones a las que debía darse respuesta era a la necesidad de contar con criterios objetivos respecto de las condiciones financieras en que se establecieran las nuevas ayudas.

Por otro lado, podría también entenderse que, ante esos nuevos mecanismos, que implicaban cambios considerables respecto de los criterios contenidos en la Comunicación de 13 de octubre de 2008, se hizo necesario ampliar el enfoque de las medidas admisibles y su posible instrumentación.

Probablemente, ambas perspectivas tienen algo de cierto. En cualquier caso, nuestra interpretación es que la Comunicación, al margen de concretar los criterios aplicables a las medidas de recapitalización que se habían reflejado en la Comunicación previa de 13 de octubre de 2008, significó, en la práctica, un cambio en los criterios contenidos en aquélla, y, consecuentemente, facilitó la autorización de determinados mecanismos de ayuda que, en aplicación de los criterios hasta entonces vigentes, no habían sido autorizadas o pretendían someterse a condiciones que los Estados y entidades concernidos no consideraron aceptables.

Éste fue el caso, aparentemente, de los mecanismos de Francia o Austria y, respecto de entidades determinadas, Alemania<sup>15</sup>.

De hecho, el inciso final del último párrafo de la introducción de la Comunicación de referencia viene a reconocer este cambio cuando señala que “la presente Comunicación ofrece orientaciones para los nuevos regímenes de recapitalización y abre la posibilidad de adaptar los existentes”.

Por ello, la nueva Comunicación introdujo algunos conceptos novedosos en relación con la Comunicación previa de 13 de octubre de 2008.

Conviene recordar en este punto que la introducción de la Comunicación de 13 de octubre de 2008 hacía referencia a dos únicas situaciones: la de las enti-

.....  
tación. Textualmente, se afirmó, en parte repitiendo la declaración realizada en el Consejo anterior: “En las circunstancias actuales, la aplicación, por parte de la Comisión, de las normas de competencia debe responder también a la exigencia de una actuación rápida y flexible. En este contexto, el Consejo Europeo se congratula en particular de la adopción por la Comisión de nuevas directrices para las entidades financieras e insta a su rápida aplicación”.

<sup>15</sup> El 29 de noviembre de 2008 se publicó un artículo en el *Financial Times* en el que, bajo el expresivo título de “Brussels blocks French move to shore up capital for retail banks”, su corresponsal en París, Ben Hall, aludía a la existencia de conversaciones entre el Gobierno Francés y la Comisaría Europea de Competencia para conseguir levantar el veto que, de acuerdo con la información publicada, pretendía imponer la Comisión a la utilización de mecanismos de recapitalización de entidades de crédito con fondos públicos con el objetivo de incrementar el volumen de concesión de créditos.

dades financieras con problemas que eran resultado de su modelo empresarial o de prácticas comerciales particulares, cuyas deficiencias se vieron expuestas y exacerbadas por la crisis de los mercados financieros y respecto de las que, para que retornen a la viabilidad a largo plazo, sería necesaria una reestructuración “de gran envergadura” de sus operaciones, y la de las instituciones financieras sólidas cuyas dificultades se derivan exclusivamente de las condiciones generales del mercado, que han restringido gravemente el acceso a la liquidez y respecto de las que su viabilidad a largo plazo puede requerir una reestructuración menos importante.

Por su parte, la nueva Comunicación de 5 de diciembre de 2008 aumenta la tipología de los supuestos en que cabría una ayuda de Estado compatible con el Tratado, al incluir, en el primer párrafo del apartado dedicado a los “objetivos comunes: Restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y abordar el riesgo sistémico de posible insolvencia”, los siguientes objetivos posibles de la recapitalización de entidades de crédito:

- a) El restablecimiento de la estabilidad financiera y la confianza necesaria para la recuperación de los préstamos interbancarios, lo que puede exigir la inyección de capital en bancos esencialmente sólidos para permitir la absorción de pérdidas y limitar el riesgo de insolvencia de los bancos o, alternativamente, para dar respuesta a la percepción generalizada de que son necesarias ratios de capital más elevadas habida cuenta de la pasada infravaloración del riesgo y del mayor coste de la financiación.
- b) La garantía del mantenimiento del nivel de concesión de préstamos a la economía real, evitando así que los bancos esencialmente sólidos puedan preferir restringir sus préstamos para evitar el riesgo y mantener ratios de capital más elevadas.
- c) Dar respuesta adecuada a los problemas de insolvencia a que se enfrentan algunas instituciones financieras a raíz de su estrategia de inversión o modelo de negocio particular. Una inyección de capital de fuentes públicas que proporcione ayuda urgente a un banco concreto puede contribuir asimismo a evitar los efectos sistémicos a corto plazo de su posible insolvencia. Además, las inyecciones de capital público podrían apoyar los preparativos para la recuperación de la viabilidad duradera del banco interesado o para su liquidación ordenada.

Quedaban, de este modo, ampliados los objetivos a los que podría responder una operación o mecanismo de recapitalización de entidades de crédito. La nueva Comunicación admitía que los mecanismos de ayuda de los Estados europeos a entidades de crédito pudieran tener como objetivo restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y afrontar el riesgo de insolvencia.

Evidentemente, estas ayudas podían provocar distorsiones en la Competencia por lo que la Comunicación prestó especial atención a esta cuestión. A su juicio, estas distorsiones en la competencia podían producirse en tres niveles<sup>16</sup>:

1. Un nivel general, en el que la recapitalización de los bancos de un Estado miembro mediante fondos públicos pudiera darles una ventaja competitiva indebida frente a los bancos de otros Estados.
2. Un segundo nivel en el que los regímenes de recapitalización a los que pudieran acceder todos los bancos de un Estado miembro otorguen una ventaja competitiva a las entidades en dificultades o menos eficientes frente a los bancos que son esencialmente sólidos y más eficaces.
3. Un tercer nivel en el que la recapitalización pública y, en particular, sus condiciones de remuneración, situasen en una peor posición competitiva a las entidades de crédito que hubieran optado por buscar capital adicional en el mercado sin recurrir a los mecanismos de ayuda pública frente a las que sí hubieran utilizado estos instrumentos.

La Comunicación trata de minimizar estos efectos partiendo de una distinción entre “bancos esencialmente sólidos y eficaces” y “bancos en dificultades y menos eficaces”.

Aun admitiendo que ambos tipos de instituciones pudieran ser recapitalizados con fondos públicos, la Comisión Europea entendió que habían de establecerse reglas distintas para unos y otros casos.

Así, y partiendo de las Recomendaciones del Banco Central Europeo, adoptadas por su Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008<sup>17</sup>, la Comisión trató de establecer los principios que habrán de regir la determinación del coste de las ayudas de recapitalización en el caso de las entidades esencialmente solventes y aquéllas en que no concurre esta cualidad. El principio será el de que las primeras entidades podrán beneficiarse de condiciones menos severas que las segundas.

Puesto que la distinción entre unas y otras entidades no era una cuestión fácil, la Comisión trató de establecer algunos criterios objetivos sobre los que fundamentarla como eran el cumplimiento de los requerimientos reglamentarios de solvencia, las perspectivas de adecuación de capital certificadas por las autoridades nacionales de supervisión, las calificaciones de solvencia financiera y los diferenciales de permutas financieras por impago crediticio (CDS spreads) anteriores a la crisis. En todo caso, se trata de una distinción ya presente en las Recomendaciones previamente adoptadas por el Banco Central Europeo.

<sup>16</sup> Vid. nota 13, página 9, párrafos 7-11.

<sup>17</sup> Recomendaciones del Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008 relativas a una metodología para la evaluación comparativa de la fijación de precios de las medidas públicas de recapitalización destinadas a instituciones esencialmente sólidas en la zona del euro.

Sin embargo, quedaba nuevamente por determinar una cuestión crucial: qué autoridad asumiría la competencia para certificar que una entidad concreta tendría o no, en aplicación de esos u otros criterios, la condición de “banco esencialmente solvente”. La Comunicación no introducía ninguna precisión en este punto.

Respecto de los criterios fijados en la Comunicación para la recapitalización de las entidades de crédito, y partiendo de la distinción entre “bancos esencialmente sólidos” y otras entidades, la Comisión Europea, más que fijar remuneraciones concretas, trató de fijar unos criterios generales que, en esencia, fueron los siguientes:

- Cuando las condiciones de remuneración por las ayudas públicas fueran próximas al mercado, la Comisión aceptaría las condiciones fijadas por las partes entendiendo que los efectos de la recapitalización en términos competitivos serían reducidos.
- Cuando las medidas de recapitalización se alejasen de las condiciones de mercado, y aún entendiendo que las mismas se encontraban distorsionadas por los graves problemas que afectaban a los mercados financieros, no podrían implicar una vuelta a las condiciones anteriores a la crisis. A fin de objetivar la decisión, se adoptaba como propio la horquilla de precios previamente recomendada por el Banco Central Europeo para determinados instrumentos financieros.
- Debían establecerse incentivos adecuados para el reembolso del capital público cuando las condiciones de mercado lo hicieran posible.
- Las condiciones de la recapitalización de bancos que no fueran esencialmente sólidos debían estar sujetas a requisitos más estrictos que los de los bancos sólidos, lo que se reflejaba en la exigencia de que la remuneración establecida fuera más alta en el caso de aquéllos.

Al margen de fijar estos principios, la Comisión trató de minimizar los efectos de la recapitalización sobre la competencia al establecer una serie de reglas que, en síntesis, implicaban la prohibición de que las ayudas fueran utilizadas como instrumento para competir en el mercado en una posición ventajosa, bien por la utilización publicitaria de las ayudas recibidas o bien por financiar una expansión comercial agresiva.

Por último, y respecto de las llamadas “recapitalizaciones de rescate de otros bancos”, es decir, de las recapitalizaciones de los bancos “no esencialmente sólidos”, la Comunicación finalizaba con la exigencia de que, en el plazo de seis meses desde la recapitalización, se presentase un plan de reestructuración global o un plan de liquidación para estos bancos.

La importancia de la diferenciación entre los bancos “esencialmente sólidos” y los “otros bancos” no podía ser, pues, mayor, con lo que tenía una mayor relevancia la ausencia de criterios seguros para efectuar la distinción.

## 5. EL SEGUNDO PAQUETE DE MEDIDAS DE LOS ESTADOS. LA SITUACIÓN RESULTANTE

Poco después de la publicación de la segunda Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008, se produjo la aprobación de los mecanismos de ayuda mediante refinanciación de entidades de crédito concretas mediante fondos públicos en Francia y Austria<sup>18</sup>. También se produjo la autorización de alguna medida de recapitalización referida a una entidad concreta establecida por el Gobierno alemán<sup>19</sup>.

En los meses siguientes, se sometieron a la Comisión otros esquemas y medidas individuales.

De acuerdo con los datos de la propia Comisión Europea<sup>20</sup>, desde que la Comisión aprobó sus dos primeras Comunicaciones, se sometieron a su autorización 23 mecanismos de ayuda pública. De ellos, 12 eran mecanismos de garantía, 5 mecanismos de recapitalización y 5 mecanismos que combinaban distintas medidas.

Además, se sometió a autorización la creación de un fondo para la adquisición de fondos financieros, mención ésta referida al Fondo Español de Adquisición de Activos Financieros.

Con arreglo a los mismos datos, Francia, Dinamarca, Italia, Eslovenia y Suecia notificaron a la Comisión mecanismos “puros” de recapitalización, mientras que Austria, Alemania, Hungría, Grecia y el Reino Unido sometieron a la autorización de la Comisión mecanismos de ayuda de contenido complejo y en los que se contenían medidas de recapitalización de todas o varias de las entidades de sus sistemas bancarios.

Todo ello al margen de las notificaciones referidas a entidades individuales (Dexia, Fortis, KBC, Ethias Group, Bayern LB, Nord/LB, IKB, Sicherungseinrichtungsgesellschaft deutscher Banken, Anglo Irish Bank, Bank of Ireland, Parex Banka Latvia, ING, Aegon, SNS Reaal/New, Banco Privado Portugués S.A., Kaupthing Bank y Carnegie Investment Bank)<sup>21</sup>.

En definitiva, en aplicación de los criterios aprobados por la Comisión a través de sus dos primeras Comunicaciones de 2008, un número relevante de Estados europeos estableció mecanismos de recapitalización de todas, varias o alguna de sus entidades de crédito. Se trató de mecanismos heterogéneos con lo que sus efectos negativos sobre la competencia eran seguramente inevitables.

Para no realizar una valoración puramente personal sobre los efectos de estos

<sup>18</sup> La autorización de las medidas de recapitalización de las entidades de crédito en Francia por parte de la Comisión Europea se produjo el 8 de diciembre de 2008. La autorización, en el caso austriaco, se produjo al día siguiente, el 9 de diciembre de 2008.

<sup>19</sup> Concretamente, el 18 de diciembre de 2008 se autorizó la recapitalización de la entidad Bayern LB.

<sup>20</sup> Report from the Commission on State Aid Scoreboard. Spring 2009 update. Vid. nota 2, página 14.

<sup>21</sup> Vid. nota 2, página 21.

mecanismos de recapitalización con fondos públicos de grandes instituciones de crédito europeo, creo preferible remitirme a las conclusiones alcanzadas por el Comité Europeo de Supervisores Bancarios (CEBS) en su “Análisis de los planes nacionales para la estabilización de los mercados” de fecha 5 de febrero de 2009<sup>22</sup>. En ellas, el CEBS reconoció expresamente que “existen ventajas competitivas potenciales para los bancos que se han beneficiado de inyecciones de capital por parte de sus autoridades nacionales”<sup>23</sup>. Concretamente, el informe señaló que “los bancos que han recibido estas inyecciones pueden encontrarse en mejor posición para obtener financiación en el mercado (market funding), garantizar préstamos (grant loans) o desarrollar planes futuros, incluso una vez que la situación de crisis general se haya resuelto”.

A juicio del CEBS, los mecanismos de recapitalización con fondos públicos desarrollados por los Estados miembros pueden disparar una competición para captar capital al más alto nivel, al calar entre las agencias de *rating* y los analistas la idea de que el nivel de capital necesario ha subido, situando a las entidades que no pueden captar financiación en el mercado ante la alternativa de aceptar la recapitalización con fondos públicos o la restricción del crédito con su correlativo efecto sobre los resultados de las entidades (no siendo esto cierto en realidad ya que la regulación en la materia no ha sido modificada).

El informe de CEBS avala la existencia de una situación de asimetría en relación con los objetivos perseguidos y los requisitos establecidos para beneficiarse de las medidas de refinanciación con fondos públicos, diferenciándose los siguientes casos:

- a) Ayudas condicionadas al mantenimiento del crédito a la economía y en particular a las PYMES y los consumidores en el caso de Austria, Alemania, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido.
- b) Ayudas condicionadas al mantenimiento del nivel de empleo en las entidades de crédito beneficiarias en el caso de Austria.
- c) Ayudas condicionadas a la introducción de cambios en los órganos de gobierno de las entidades incluyendo participación o influencia pública en las decisiones del Consejo de Administración (Bélgica, Holanda y Reino Unido).
- d) Ayudas que requieren cambios en la política retributiva de las entidades (Austria, Bélgica, Francia, Italia, Holanda, Portugal y Reino Unido).
- e) Ayudas condicionadas a la introducción de cambios en la política de dividendo de las entidades beneficiarias (Austria, Italia, Portugal y Reino Unido).

<sup>22</sup> “Analysis of the supervisory implications of the national plans for the stabilization of markets”. Puede localizarse en la página web del propio Comité Europeo de Supervisores Bancarios: [www.ceb-s.org](http://www.ceb-s.org)

<sup>23</sup> Vid. nota anterior, página 12.

- f) Ayudas en las que se exige contar con un determinado nivel de recursos propios antes de formular la solicitud (Austria, Bélgica, Luxemburgo y Holanda).
- g) Ayudas establecidas para alcanzar un determinado nivel de capital o cambiar la estructura del mismo (Finlandia, Francia, Alemania, Reino Unido, Bélgica y Luxemburgo).

En cuanto a los aspectos en que se observan diferencias relevantes entre los mecanismos de ayuda mediante recapitalización establecidos por los Estados, CEBS destaca los siguientes: instrumentos elegidos, las condiciones de precio, la atribución de una calificación determinada como instrumento de capital (tier 1), las cantidades proporcionadas o los criterios de selección de los bancos destinatarios de las ayudas<sup>24</sup>.

La situación resultante de todo ello (sumados los efectos de todas las medidas adoptadas por los Estados europeos desde septiembre de 2007) es que los mecanismos de recapitalización aprobados por los Estados y autorizados por la Comisión han generado una profunda asimetría en las condiciones competitivas a que se enfrentan las entidades de crédito europeas que se evidencia, entre otros, en los siguientes aspectos:

1. Las recapitalizaciones aprobadas se han producido a través de la compra de acciones ordinarias, preferentes, o subordinadas, lo que determina efectos distintos sobre los accionistas de las entidades y, por extensión, sobre su capacidad de obtener financiación por otras vías. La dilución en los derechos de los accionistas que se produce en cada uno de estos casos es muy distinta.
2. Además, los instrumentos utilizados para la recapitalización han visto, en algunos casos, artificialmente incrementada su eficacia al calificarse unilateralmente por la normativa interna de un Estado como “core capital” o “Tier 1”.
3. La combinación de las medidas anteriores ha permitido, en el caso de determinados Estados, la exigencia de un mayor nivel de capital o de recursos propios, no exigido por la Directiva sobre Requerimientos de Capital, lo que ha tenido efectos sobre otras entidades no receptoras de ayudas públicas que han debido reforzar su capital acudiendo al mercado.
4. Las condiciones de precio que se han fijado para la recapitalización difieren notablemente entre sí y, en determinados casos, se sitúan en un coste notablemente inferior al del mercado, lo que de nuevo penaliza a las entidades no beneficiarias de las ayudas de recapitalización con fondos públicos.

<sup>24</sup> Vid. notas anteriores, pp. 10 y 11.

Además del problema de la falta de homogeneidad, debe hacerse además referencia a los problemas de transparencia que han provocado estas ayudas. Esos problemas de transparencia se refieren, en primer lugar, a las propias ayudas, ya que las condiciones financieras en que han sido concedidas no siempre son fáciles de conocer.

Por otro lado, también ha existido falta de transparencia real en cuanto a las limitaciones y condiciones de toda índole al que se subordinó la autorización de las ayudas públicas por parte de la Comisión Europea, puesto que, en este último caso, las resoluciones de la Comisión en las que se establecen no han sido publicadas íntegramente por motivos de confidencialidad.

Insistimos nuevamente en la idea de que esta falta de transparencia ha dificultado en la práctica que los competidores de las entidades receptoras de las ayudas e, incluso, los supervisores bancarios y las autoridades distintas de aquéllas que, por haber establecido las ayudas, fueron parte en el procedimiento seguido por la Comisión, puedan conocer el detalle de las ayudas y las limitaciones de comportamiento comercial que llevaban aparejado.

Por ello, fuera del ámbito estrictamente nacional, estas limitaciones y condiciones son un instrumento escasamente útil a la hora de compensar los efectos derivados de las medidas de recapitalización con fondos públicos sobre la competencia entre las entidades de crédito.

## 6. UN PASO MÁS: LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN LA REUNIÓN DEL CONSEJO ECOFIN DE 10 DE FEBRERO DE 2009. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 25 DE FEBRERO DE 2009

Puesto que, aparentemente, las medidas de recapitalización con fondos públicos de entidades en dificultades no consiguieron ni resolver los graves problemas de algunas entidades ni contener el rápido efecto contractivo del crédito que amenazaba con empeorar la recesión en la “economía real”, los Estados se vieron obligados a adoptar medidas complementarias.

Así, en la reunión del Consejo ECOFIN celebrada el 10 de febrero de 2009, se alcanzaron algunos Acuerdos que abrieron la puerta a la adopción de nuevas medidas de apoyo a entidades de crédito en dificultades por parte de las Autoridades nacionales.

Concretamente, se habilitó a los Estados para que pudieran proceder a la creación de instituciones o vehículos (conocidos coloquialmente como “bad Banks”) que pudieran proceder a la adquisición de activos tóxicos que se encontraban en el balance de las entidades de crédito.

Al igual que en casos anteriores, la Comisión dio pronta respuesta a esta nueva tipología de ayudas de Estado, publicando una nueva Comunicación, la tercera,

“sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario”.<sup>25</sup>

La introducción de la Comunicación explica su fundamentación última al afirmar que, tras la adopción de medidas de recapitalización a los bancos, “varios Estados miembros han anunciado su propósito de complementar las medidas de apoyo ya en vigor adoptando un plan de rescate de los activos bancarios cuyo valor ha sufrido un deterioro (activos deteriorados). Estas declaraciones han impulsado, en paralelo a una iniciativa similar de los Estados Unidos, un debate de mayor alcance en la Comunidad sobre la idoneidad del rescate de activos como medida de ayuda pública a favor de los bancos... La presente Comunicación se centra en las cuestiones que deben abordar los Estados miembros a la hora de concebir, elaborar y aplicar medidas de rescate de activos”.

A pesar de que, como ya hemos visto, los Supervisores Bancarios coincidían en su evaluación crítica de los efectos de las medidas anteriormente adoptadas, el nuevo mecanismo de ayuda pública respondía a líneas semejantes a los instrumentos de recapitalización con fondos públicos.

En primer término se apostaba, una vez más, por la adopción de medidas nacionales, lo que resultaba difícilmente conciliable con un mercado interior de servicios financieros y no tendería, dada la heterogeneidad de las medidas adoptadas, a minimizar los impactos competitivos derivados de este tipo de ayudas públicas.

En segundo término, y puesto que las medidas estarían dirigidas, fundamentalmente, a la adquisición de activos “cuyo valor había sufrido un deterioro”, afectarían asimétricamente a las entidades puesto que unas dispondrían de esos activos y otras no, provocándose también asimetrías derivadas del distinto volumen de activos dañados de que pudieran disponer unas y otras entidades.

En tercer lugar, y a pesar de que, como veremos, la Comunicación de 25 de febrero de 2009 realizó un relevante esfuerzo para reducir la heterogeneidad de los instrumentos a establecer por los Estados, no fue capaz de introducir criterios realmente homogéneos ni para valorar los activos ni, tan siquiera, para la definición de los activos elegibles, lo que permitía a cada Estado adoptar decisiones propias en aspectos tan relevantes como la política de precios a aplicar (efectuar las operaciones a precio de mercado, que podía minimizar los problemas políticos, amenazaba con restringir la eficacia de las ayudas, o fijar precios más altos), o los activos elegibles, todo lo cual tiene importantes repercusiones en términos competitivos.

De este modo, la tercera Comunicación de la Comisión venía a prolongar la situación anteriormente existente, aunque ahora ampliada a la nueva tipología de las ayudas: los Estados podían adoptar medidas heterogéneas con lo que sus efectos afectarían inevitablemente a la capacidad competitiva de las entidades bancarias europeas.

<sup>25</sup> La Comunicación fue publicada, en su versión en castellano, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de marzo de 2009, con el número C 72.

No quiere decirse con ello que la Comunicación de la Comisión no contuviera elementos positivos que evidenciaran un intento de evitar los efectos de distorsión competitiva inevitablemente asociados a la heterogeneidad de las medidas que podían adoptar los Estados. Todo lo contrario, la Comunicación parte del reconocimiento de que las nuevas medidas conllevaban el riesgo de falseamientos graves de la competencia entre bancos, lo que exigía el establecimiento de medidas tendentes a evitarlo.

A tal fin, la Comunicación contiene unas “orientaciones sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales a las medidas de rescate de activos” a través de las cuales la Comisión persigue minimizar, *ex ante*, los efectos distorsionadores de la competencia potencialmente derivados de las ayudas.

Lo más importante era determinar con precisión cuándo existe una ayuda pública asociada a la compra de activos de una entidad de crédito. La Comunicación de la Comisión lo aclara cuando dice que “se considera que una garantía constituye ayuda estatal cuando el banco beneficiario no puede encontrar en el mercado ningún operador privado independiente dispuesto a ofrecerle una garantía similar. El importe de la ayuda estatal corresponde a la obligación neta máxima que el Estado se compromete a asumir”.<sup>26</sup>

Partiendo de esta definición, la Comisión reitera la vigencia de los principios generales ya conocidos: necesidad, proporcionalidad y minimización de los falseamientos de la competencia ya se produzcan entre entidades de crédito beneficiarias y no beneficiarias de las ayudas y, entre aquéllas, entre las que reciben ayudas menores o mayores o en unas condiciones más o menos beneficiosas.

Aunque una exposición detallada de los contenidos de la Comunicación excedería de los límites de este trabajo, sí debe indicar que la Comunicación, y, sobre todo, sus anexos, realizan un claro esfuerzo por reducir –aunque no eliminar– la heterogeneidad en las condiciones de acceso al mecanismo de la adquisición de activos deteriorados. Los elementos que, a nuestro juicio, resultan más importantes son los siguientes:

- Las medidas de rescate de activos deben basarse en una identificación precisa de los problemas relacionados con los activos del banco, lo que exige la realización de algunas tareas de análisis previas al establecimiento de los instrumentos de adquisición de activos. El objetivo de estas tareas sería el de garantizar que estas ayudas se dirigen a entidades viables (estudio de viabilidad).
- Los bancos deberían soportar las pérdidas asociadas a los activos deteriorados en la mayor medida posible.
- Los mecanismos de adquisición de activos deben tener una duración limitada en el tiempo que la Comunicación fija en seis meses.

<sup>26</sup> Vid. nota 25, página 4, nota a pie de página nº 2.

- Se establece un criterio relativamente amplio respecto de la elegibilidad de los activos ya que se admiten tanto activos “tóxicos”, como otros que no lo son. De hecho, y en una mención que puede ser interesante en el caso español, se dice que debería permitirse a los Estados miembros cuyo sector bancario se vea afectado por otros factores de magnitud tal que amenacen la estabilidad financiera, como el estallido de una burbuja en su mercado inmobiliario, extender la elegibilidad a categorías de activos bien definidas correspondientes a esa amenaza sistémica, con la debida justificación y sin restricciones cuantitativas.

Pero, sin duda, el elemento de determinación más compleja y al que mayor atención presta la Comunicación es el relativo a la valoración de los activos elegibles para las medidas de rescate y los criterios para la determinación de los precios de adquisición. Siendo consciente de que en este punto pueden producirse los mayores problemas de falseamiento de la competencia, la Comisión trató de fijar reglas objetivas para la valoración de los activos.

Así, se estableció la regla general de que, siempre que fuera posible, los activos deberían valorarse según su valor actual de mercado.

Sin embargo, la propia Comunicación dejaba abierta la posibilidad de establecer una valoración más alta “para lograr el efecto de rescate”. Además, se hacía referencia a otros instrumentos alternativos como la creación de un banco sano con el que el Estado compraría los activos sanos y otros instrumentos a través de los cuales los bancos pasarían a ser propiedad pública.

En definitiva, a pesar del esfuerzo realizado, lo cierto es que los Estados conservaban una amplia capacidad de decisión para el establecimiento de sus medidas de adquisición de activos lo que, una vez más, conduciría a la heterogeneidad de las medidas adoptadas y sus efectos potencialmente distorsionadores de la competencia.

Quedaba, no obstante, una pieza que, al igual que en las Comunicaciones anteriores, podía tener una gran influencia sobre los efectos de los mecanismos establecidos: la exigencia de adopción de medidas de reestructuración y recuperación de la viabilidad por parte de las entidades beneficiarias de las ayudas.

Como en las Comunicaciones precedentes, la Comunicación de 25 de febrero de 2009, incluía un apartado referido a las medidas de seguimiento, con mención específica a la reestructuración y recuperación de la viabilidad.

Si bien ese apartado contenía algunos elementos relevantes, como la declaración de que se presumiría la necesidad de proceder a una reestructuración profunda cuando de una valoración apropiada de los activos deteriorados se desprendiera una situación de insolvencia técnica o neto patrimonial negativo en ausencia de intervención pública o cuando la entidad hubiera recibido cualquier tipo de ayuda estatal que, bien contribuyera a la cobertura o evitación de pérdidas o bien en conjunto supere el 2% del total de los activos del banco

ponderados en función del riesgo, lo cierto es que la determinación del alcance de la reestructuración y la definición de los casos en que procedía quedaba todavía pendiente. De ahí la necesidad de una nueva Comunicación de la Comisión Europea.

## 7. LA COMUNICACIÓN DE 23 DE JULIO DE 2009 SOBRE EL RETORNO A LA VIABILIDAD Y LA ASISTENCIA A LAS MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO EN EL CONTEXTO DE LA PRESENTE CRISIS BAJO LAS REGLAS DE LAS AYUDAS DE ESTADO

Aunque la idea de la reestructuración aparece presente, como hemos visto, en las tres Comunicaciones anteriores, es lo cierto que la Comisión Europea no había terminado de definir ni los supuestos en que procedía ni, sobre todo, su alcance, tratándose de una cuestión de la mayor importancia a la hora de realizar la evaluación de los seis primeros meses de vigencia de las primeras ayudas.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la materia, y del hecho de que los primeros vencimientos de ese plazo de revisión de las ayudas de seis meses se produjeron ya en abril de 2009, la Comunicación de la Comisión Europea no fue aprobada hasta el pasado 22 de julio, haciéndose pública al día siguiente.<sup>27</sup>

Se trataba, como se ha dicho, de un documento imprescindible, cuya aprobación y publicación hubiera debido producirse antes de que concluyera el plazo de seis meses que había establecido la Comisión para la realización de una primera evaluación de los mecanismos de ayuda establecidos por los Estados. El retraso producido evidencia las dificultades políticas y el debate técnico que hubo de afrontar esta relevante Comunicación, sobre la que llegó, incluso, a dudarse sobre si podría ser aprobada antes de que se produjera el relevo de la Comisión actual.

Lo cierto es que, a pesar de todos los rumores que circularon durante semanas sobre un aplazamiento en la aprobación de la nueva Comunicación, ésta fue finalmente aprobada en la reunión del Colegio de Comisarios de 22 de julio de 2009. Lo contrario hubiera sido difícilmente explicable puesto que esta Comunicación constituía un instrumento jurídico necesario para dar credibilidad a la acción de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado.

Y es que, en la medida en que la autorización concedida por la Comisión se había condicionado, en algunos casos, a la presentación de un plan de reestructuración, la Comisión debía proporcionar a los Estados algunas orientaciones al respecto.

<sup>27</sup>

Al tiempo de escribir este trabajo la Comunicación no ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea. No obstante, su texto se hizo público el 23 de julio de 2009 en la página web de la Comisión Europea.

La Comunicación parte de la distinción, ya conocida, respecto de las entidades esencialmente solventes y las que no cumplen este requisito. La reestructuración de gran envergadura a que se refiere la Comunicación está limitada a estas últimas.

El objetivo de los planes de reestructuración es el de restaurar la viabilidad de la entidad en dificultades de modo que, a largo plazo, deje de necesitar ayudas públicas.

De forma complementaria, la Comunicación trata de establecer los mecanismos necesarios para evitar los efectos de distorsión competitiva que, como hemos visto reiteradamente, van asociados a los mecanismos de ayuda pública, incluso en el caso de que se produzcan en el contexto de un plan de reestructuración.

La Comunicación explica los criterios que la Comisión piensa utilizar para analizar la compatibilidad con el Tratado de las ayudas públicas para la reestructuración de los bancos en la presente crisis. Una vez más, aparece la idea de la flexibilidad por cuanto se anuncia que dicho análisis “modulará” prácticas anteriores de la normativa sobre ayudas de Estado a la vista de la naturaleza y carácter global de la presente crisis financiera, el rol sistémico del sector bancario para toda la economía y los posibles efectos sistémicos derivados de la necesidad de que varios bancos deban afrontar procesos de reestructuración al mismo tiempo.

Ante todo, y como resultado de la aplicación de los criterios contenidos en las Comunicaciones anteriores, es preciso señalar que la nueva Comunicación no se aplicará a todas las entidades beneficiarias de ayudas públicas sino sólo a aquellas que estén obligadas a someter a la autorización de la Comisión un plan de reestructuración. Una vez más podemos ver cómo la determinación de si una entidad tiene o no el carácter de “esencialmente solvente” constituye una cuestión crucial para la aplicación de esta nueva normativa europea sobre ayudas de Estado.

Incluso en el caso de que se trate de una entidad obligada jurídicamente a la presentación de un plan de reestructuración, éste debe acreditar la futura viabilidad de la entidad en un futuro sin ayudas de Estado. Ello implica una relevante tarea de análisis sobre las circunstancias que han provocado la crisis de la entidad, su modelo de negocio y sus posibilidades de futuro, todo lo cual formará parte del plan de reestructuración.

Como herramienta al servicio del análisis de la situación de las entidades de crédito, la Comunicación de la Comisión contiene una referencia a los “stress-tests”, que ya se han utilizado ampliamente en Estados Unidos.

Otro indicio de la “flexibilidad” con la que la Comisión contempla estos planes de reestructuración deriva del reconocimiento de que el periodo de “reestructuración” puede ser de cinco años

La reestructuración de la entidad en dificultades puede pasar, de acuerdo con la Comunicación, por la venta a otra entidad sana, en cuyo caso se recomienda un proceso de compra abierto, transparente y público, lo que permitiría evitar las distorsiones competitivas derivadas de las ayudas eventualmente establecidas o, alternativamente, la reestructuración puede acometerse por la propia entidad

en cuyo caso la cuestión relativa a la remuneración de las ayudas pasa a tener la mayor importancia.

La Comunicación de la Comisión se refiere a este último caso exigiendo la participación de la propia entidad y de sus propietarios en los costes asociados a los mecanismos de ayuda, tanto para evitar el riesgo moral inherente como para reducir el riesgo de distorsión competitiva. A ello contribuirá, igualmente, que las ayudas se reduzcan al mínimo imprescindible para lograr los objetivos perseguidos. Serán, en todo caso, los propios recursos de la entidad y sus propietarios los que habrán de financiar el plan de reestructuración.

Los mecanismos a través de los cuales tratan de minimizarse el riesgo moral y el impacto sobre la competencia entre entidades de crédito son, además de los ya mencionados, la mención (no muy expresiva) sobre las limitaciones en las políticas de remuneración del capital (que no se prohíben durante el periodo de reestructuración) y las limitaciones en el comportamiento comercial de la entidad beneficiaria de las ayudas, que, por ejemplo, no debe ofrecer productos o servicios en condiciones alejadas de las normales en el mercado (utilizando así de forma indebida las ayudas públicas recibidas).

Sin embargo, la Comunicación no resuelve uno de los problemas más delicados que se derivan de los planes de reestructuración y las ayudas públicas concedidas en atención a los mismos: el de sus efectos sobre la competencia más allá de las fronteras del Estado que concede las ayudas.

La Comisión presta gran atención a un tema conexo, cual es la prohibición de que las ayudas se condicionen a que la actividad de la entidad beneficiaria se reduzca o desaparezca en el territorio de otro Estado. Se trata de evitar el serio riesgo de fragmentación del mercado bancario europeo.

Por el contrario, nada se dice, o muy poco, sobre los mecanismos que habrán de impedir que, con el apoyo que suponen las ayudas, una entidad en reestructuración pueda adoptar una estrategia comercial agresiva en el territorio de otro Estado, ofreciendo productos o servicios en mejores condiciones que las que existan en ese mercado.

Puesto que la competencia para vigilar estas conductas no corresponderá ya a las autoridades del Estado que hubiera concedido las ayudas, la efectividad de las limitaciones tendentes a la protección de la competencia en el mercado bancario dependerá del nivel de información y el respaldo de la Comisión Europea de que puedan disponer las autoridades locales. En este sentido, la falta de atención de la Comunicación hacia esta problemática resulta, de antemano, preocupante.

No se trata de establecer reglas o limitaciones adicionales a las que ya existieran a nivel nacional, sino de garantizar la aplicación efectiva de esas limitaciones en otros territorios.

## 8. CONCLUSIÓN

El inicio de la crisis financiera internacional en el verano del año 2007 no provocó ninguna modificación en las pautas de interpretación y aplicación de las normas europeas en materia de ayudas de Estado.

Hasta octubre de 2008, las autorizaciones de ayudas dirigidas a entidades de crédito europeas fueron analizadas por la Comisión Europea a la luz de las normas anteriormente vigentes, es decir, los artículos relevantes del Tratado (especialmente su artículo 87), las normas procedimentales y los criterios de interpretación y aplicación de las mismas, con especial referencia a las Directrices sobre Sanearamiento y Reestructuración.

Sin embargo, el agravamiento de la crisis financiera internacional a partir de octubre de 2008, coincidente con la crisis de Lehman Brothers, obligó a los Estados miembros a adoptar importantes medidas de respaldo a sus sistemas bancarios y entidades de crédito individuales.

La Comisión Europea aceptó, ya desde su primera Comunicación en la materia, de 13 de octubre de 2008, que dichas ayudas podrían considerarse en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 87.3.b) del Tratado y no, como se había hecho hasta el momento, en el marco del artículo 87.3.c).

Esta decisión inicial tuvo relevantes consecuencias prácticas ya que, en lugar, de aplicar los criterios de interpretación y aplicación que en años anteriores se habían establecido a propósito del último precepto mencionado, hubieron de establecerse criterios interpretativos nuevos, coherentes con un precepto de aplicación excepcional y que, hasta ese momento, únicamente había sido utilizado en la práctica para autorizar las ayudas adoptadas por Grecia frente a su grave crisis económica de los años ochenta.

El artículo 87.3.b) hubiera permitido, sin duda, la adopción de medidas globales de respuesta frente a la crisis económica en los países afectados. Sin embargo, en la interpretación de la Comisión, pudo servir como fundamento jurídico y justificación de medidas exclusivamente dirigidas a respaldar a sistemas bancarios nacionales y entidades de crédito individuales.

A lo largo de sus cuatro Comunicaciones en la materia (tras la Comunicación de 13 de octubre de 2008 se aprobaron tres Comunicaciones adicionales dedicadas, respectivamente, a los mecanismos de recapitalización con fondos públicos, la adquisición de activos cuyo valor se hubiera deteriorado y las medidas de reestructuración), la Comisión ha ido estableciendo los criterios de interpretación y aplicación de las normas europeas sobre ayudas de Estado, anticipando sus decisiones individuales a propósito de la autorización de las medidas propuestas por los Estados.

El esfuerzo de la Comisión por dotar de previsibilidad a sus actuaciones, así como su rapidez a la hora de dar respuesta a una nueva situación económica, debe ser reconocido, como también debe serlo su constante esfuerzo por lograr que las

medidas autorizadas, necesarias para evitar el colapso total del sistema bancario, tuvieran los menores efectos negativos desde el punto de vista de la competencia en el sistema bancario europeo.

Sin embargo, la necesidad de actuar con criterios flexibles frente a una situación de extraordinaria gravedad, hizo que el delicado equilibrio entre la adopción de las medidas que pudieran dar respuesta a la recesión de forma eficaz y la pretensión de evitar una distorsión relevante de la competencia bancaria, quedase a mi juicio alterado a favor del primer objetivo.

Ello era la consecuencia probablemente inevitable del hecho de que la respuesta a la crisis financiera europea recayese, fundamentalmente, sobre las arcas públicas nacionales, asumiendo los Estados la responsabilidad de adoptar las medidas que, en cada caso, se entendieron necesarias.

Esta respuesta nacional, y no europea, al no encontrarse sujeta, a priori, a normas suficientemente detalladas que limitasen su heterogeneidad, provocó que las condiciones en que las ayudas fueron otorgadas en cada Estado fueran distintas, lo que se superpuso a una situación de fondo en que unas entidades de crédito recibieron ayudas y otras no, por considerar que su situación era mejor.

La última de las Comunicaciones de la Comisión cierra, por el momento, este ciclo "normativo". Se encuentran ya publicados los criterios de interpretación y aplicación de las normas sobre ayudas de Estado y, a partir de ahora, la Comisión deberá ejercer sus competencias para salvaguardar las reglas del Tratado en esa materia, evitando un daño mayor a la competencia entre entidades de crédito europeo.

En esta materia, es previsible que, con ocasión de las sucesivas revisiones de las ayudas adoptadas, que se irán produciendo cada seis meses de acuerdo con el calendario en cada caso establecido, la Comisión Europea vaya endureciendo las condiciones de la autorización, hasta llegar a un momento, coincidente, como máximo, con el 31 de diciembre de 2010, en el que las nuevas ayudas se analizarán en un marco normativo distinto, el derivado del artículo 87.3.c) lo que significará, en términos jurídicos, el final del "estado de excepción" en materia de ayudas de Estado. Ello, por supuesto, si la crisis económica internacional no tiene continuidad a partir de esa fecha y se hace necesario una eventual prolongación del periodo de vigencia de los nuevos criterios.

El 31 de diciembre de 2010 no marcará, sin embargo, el final de la aplicación de estos criterios excepcionales a las ayudas ya autorizadas. Como anuncia la última Comunicación publicada, de 22 de julio de 2009, las medidas de reestructuración adoptadas con arreglo a los criterios en ella contenidos podrán tener continuidad durante un periodo máximo de cinco años con lo que la vigencia efectiva de estas nuevas normas sobre ayudas de Estado tendrá una considerable duración en el tiempo.

En cualquier caso, la tarea de la Comisión Europea, que habrá de propiciar el retorno a la situación de normalidad en los mercados bancarios europeos, y el

final de este periodo de excepción en las normas sobre defensa de la competencia, tendrá en el futuro la mayor relevancia.

La importancia de la tarea de las autoridades europeas de competencia, incluyendo las nacionales, en la recuperación de una situación de competencia “normalizada” entre las entidades de crédito europeas no pasa sólo por los procedimientos de autorización y revisión de las ayudas de Estado sino también, y ello, cada vez, será más importante, respecto del control de concentraciones.

En efecto, en la medida en que buena parte de las situaciones de crisis de sistemas bancarios y entidades de crédito en dificultades habrán de resolverse a través de operaciones sujetas a los procedimientos de control de concentraciones, es de esperar que las autoridades europeas y nacionales utilicen los instrumentos de que disponen para impedir que operaciones de concentración “nacional”, “regional” o “local” puedan provocar un daño irreparable en la competencia en el mercado interior europeo de servicios financieros.

En última instancia, como dice el artículo 2.2 del Reglamento europeo sobre concentraciones, deben considerarse incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante a resultas de la cual se obstaculice de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Las autoridades europeas habrán de afrontar, en este ámbito, una tarea tan compleja como la que se ha producido en la evaluación de las ayudas de Estado. Se trata de alcanzar un equilibrio aceptable entre la necesaria concentración de las entidades de crédito europeas para dar lugar a operadores capaces de competir internacionalmente y la defensa de la competencia en el sistema bancario europeo.

“Pero esa es otra historia, y merece ser contada en otra ocasión”.



## AYUDAS DE ESTADO EN TIEMPOS DE CRISIS EL SISTEMA FINANCIERO EUROPEO

FERNANDO JIMÉNEZ LATORRE<sup>1</sup>  
NERA Economic Consulting

### 1. INTRODUCCIÓN

Las ayudas de Estado están prohibidas en la UE en la medida en que distorsionan la competencia al favorecer a unas empresas menos eficientes frente a otras más eficientes. Se trata de una intervención pública contraria al mercado, en donde la dinámica es la selección de las empresas más innovadoras y mejor gestionadas, capaces de producir a menores costes y de ofrecer a los consumidores finales mejores productos a menores precios. El proceso de destrucción de empresas es inherente al mercado, careciendo de sentido sostener empresas inviables con cargo a recursos públicos.

No obstante, las ayudas pueden ser legítimas cuando persiguen objetivos de interés general, como pueden ser la cohesión económica y social, la investigación y el desarrollo, o la solución de determinados fallos del mercado. Por eso, la normativa comunitaria establece a un régimen de autorización previa, de forma que bajo determinadas circunstancias las ayudas se pueden legitimar.

La abrupta y profunda crisis económica de los últimos tiempos planteó una serie de problemas que el mercado no podía solucionar. En esencia, el mercado sufría de una crisis generalizada de confianza que impedía el correcto funcionamiento del sistema financiero, consecuencia de la incapacidad de discernir entre

.....  
<sup>1</sup> El autor dirige la práctica de competencia en la oficina de Madrid de NERA Economic Consulting, y agradece la colaboración recibida de Javier Coronado Saleh para la elaboración del artículo. No obstante, los errores que se puedan identificar en el mismo son enteramente responsabilidad del autor.

las entidades que tenían problemas de fondo de las que no. En este contexto, la concesión de ayudas públicas que restableciesen la confianza en el sistema parecía necesaria.

Los problemas de fondo de algunas entidades provenían de su activismo en la titulización de hipotecas; o la inviabilidad del modelo de negocio elegido, como la concesión de préstamos a largo plazo con financiación a corto, o la concentración de riesgos en la concesión de préstamos hipotecarios por la totalidad del valor inmueble que servía de garantía real, con la expectativa de subida ulterior del precio de dicho activo, que era más el caso más habitual en España.

Mención especial merecen las ayudas de salvamento y reestructuración (S&R) de empresas en crisis. Los procesos de ajuste o liquidación de empresas son costosos y la intervención puede estar justificada para minimizarlos. En ese sentido, la UE ha desarrollado una serie de criterios de intervención para facilitar la reestructuración o liquidación de empresas en crisis.<sup>2</sup>

Este último tipo de ayudas debe ser excepcional, limitado temporal y cuantitativamente, y sujeto a una serie de condiciones muy estrictas. El proceso de destrucción de empresas es inherente al mercado, y la selección de las empresas que continúan desarrollando su actividad ha de realizarla el mercado y no las autoridades públicas mediante los mecanismos de protección que éstas adopten.

Las ayudas concedidas a las entidades financieras en la actual crisis económica no tienen precedentes en la historia de la UE por su magnitud y generalización en todos los Estados miembros. Desde el inicio de la reciente crisis financiera, se ha adoptado una sucesión de instrumentos y recursos de apoyo financiero a las entidades, que ha legitimado la concesión de ayudas de Estado, incluidas las garantías públicas, en torno a tres billones de euros, lo que representa más de un 20% del PIB de la UE. Esta cantidad de recursos ha sido concedida en un espacio de tiempo muy limitado, con lo que el análisis crítico sobre el cumplimiento de los estrictos criterios que normalmente se han exigido a las ayudas públicas es pertinente.

La Comisión Europea es la responsable de garantizar que las ayudas otorgadas no distorsionen la competencia, aplicando los criterios de control que se han consolidado a lo largo de los últimos años. En este caso, su papel de control está siendo especialmente complejo, no sólo por la magnitud de las ayudas que se están concediendo, sino por el conflicto en el que pueden entrar la defensa de la competencia, el riesgo sistémico y el riesgo moral (*moral hazard*).

En este contexto se plantean las dudas sobre si la solución al riesgo sistémico ha primado sobre la defensa de la competencia, y si en el proceso de ayuda a las entidades financieras se ha producido o no una serie de distorsiones que han perjudicado a las entidades financieras más eficientes. Igualmente se plantea un

.....  
<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión – Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de Salvamento y de Reestructuración de empresas en crisis. Diario Oficial nº 244 de 1 de octubre de 2004, pp.2-17.

conflicto entre la necesidad de facilitar el crédito al sector privado y posibles problemas de riesgo moral.

En caso que se constataste que tales conflictos eran inevitables y que ha prevalecido la solución al riesgo sistémico sobre la defensa de la competencia, la siguiente cuestión es determinar cuál es el tiempo necesario para que vuelvan a prevalecer los criterios de competencia. Este artículo trata de responder a estas cuestiones.

## 2. PROBLEMÁTICA ECONÓMICA

Antes de entrar en el análisis de las ayudas concedidas a las entidades financieras parece oportuno identificar el tipo de problemas que pretendían resolver. Para ello es necesario conocer el origen y el porqué de las dificultades de las entidades financieras y sus consecuencias.<sup>3</sup>

### 2.1. CRISIS FINANCIERA

Desde mediados de 2007, el sistema financiero internacional ha sufrido su mayor crisis desde 1929. Normalmente, el origen de la crisis se identifica con la de los préstamos hipotecarios subprime, concedidos principalmente en EE.UU. y en menor medida en algunos Estados miembros de la UE.

Las causas de la crisis se han atribuido a unas políticas macroeconómicas globales generadoras de un exceso de liquidez y a una pobre supervisión financiera, que en lugar de moderar los riesgos de crisis, los potenció. Consecuencia de estos dos factores, a partir de 2004, se registró una fuerte expansión del crédito, y un cambio en el modelo de negocio de las entidades de crédito que se aproximó al de la banca de inversión, con el auge de la titulización de los préstamos hipotecarios. En este periodo, las entidades financieras buscaron mayores rendimientos de su actividad a través de la titulización de créditos y el cobro de las consiguientes comisiones.

Esta dinámica de titulización de los créditos hipotecarios (Collateralized Debt Obligations CDO) permitió a las entidades financieras sacar de sus balances una parte significativa de su pasivo, y obtener recursos adicionales para aumentar sus operaciones crediticias. La consecuente expansión del crédito facilitó un apreciable incremento de los precios de los activos inmobiliarios y mobiliarios. La contrapartida era que las entidades alcanzaban elevados niveles de apalancamiento. En ocasiones, el endeudamiento de las entidades llegaba a 60 veces sus recursos propios.

<sup>3</sup> The Current Financial Crisis: Causes and Policy Issues. Adrian Blundell-Wignal, Paul Atkinson and See Hoon Lee. OECD (2008). NERA Economic Consulting. How Did We Get Here? The Story of the Credit Crisis. Faten Sabry & Chudozie Okongwu.

Además, la pendiente positiva de la curva de interés estimuló que algunas entidades realizasen operaciones de préstamos de largo plazo que se iban financiando con operaciones de corto plazo en los mercados mayoristas, provocando un desajuste en los plazos de las posiciones activas y pasivas de las entidades.

En este proceso, se produjo un significativo error de cálculo del riesgo en el que estaban incurriendo las entidades financieras, tanto por parte de las agencias de *rating*, como de los supervisores bancarios y de las propias entidades. Las agencias de *rating* crediticio no fueron capaces de medir adecuadamente el nivel de riesgo de los activos derivados de créditos inmobiliarios, y les concedieron la calificación de AAA. La misma que a la deuda soberana.

La supervisión bancaria no sólo no fue capaz de detectar el nivel de riesgo que generaba la proliferación de productos derivados de préstamos, sino que además tendió a facilitarlos.<sup>4</sup> Por una parte, con Basilea I se animó a las entidades a que sacarán de balance este tipo de operaciones. Por otra parte, se exigía a las entidades que cubrieran sus posiciones pasivas con activos AAA, aumentando la demanda de CDOs.

Finalmente, los supervisores bancarios confiaron en exceso en los procedimientos de medida del riesgo de las propias entidades, que contaban con menos experiencia en la gestión del riesgo derivado de las actividades de titulización, frente a la actividad crediticia tradicional, apreciablemente más sencilla. Los sistemas de medida de los riesgos de la nueva actividad posteriormente se revelaron imperfectos.

La delicada situación de las entidades financieras comenzó a ponerse de relieve con la aparición de tensiones inflacionistas y el consecuente endurecimiento de la política monetaria de la FED en EE.UU., a mediados de 2006. Para obtener liquidez las entidades pusieron en venta parte de sus activos, cuyos precios se revelaron inflados, después de un largo periodo de expansión económica.

La caída en los precios de los derivados de los créditos hipotecarios puso de manifiesto su baja calidad, planteando serias dudas sobre la solidez financiera de las entidades. Esto tuvo un impacto directo en los mercados mayoristas, incidiendo a su vez sobre el modelo del negocio de algunos bancos, lo que minaba en mayor medida la confianza entre las entidades. Con ello, se empezaron a registrar restricciones de liquidez importantes en los mercados interbancarios.

Así, se inició un proceso de ajuste que no hacía sino empeorar la situación de las entidades. Por una parte, la caída de los precios de los activos agravaba el elevado nivel de apalancamiento de las entidades. Por otra, las agencias de *rating* al constatar la baja calidad de los CDO disminuían la calificación de estos activos, obligando a los bancos a tomar medidas adicionales para reducir su apalancamiento. Además, la caída de los precios de los activos creaba nuevas necesidades de capi-

<sup>4</sup> Informe Larosière. The High Level Group on Financial Supervision in the EU, presidido por Jacques Larosière. (Febrero de 2009)

tal, y disminuían la calificación de las entidades, con el consecuente incremento adicional de sus necesidades de capital.

El sistema de supervisión agravaba el proceso en la medida en que el criterio contable a aplicar era el del precio del mercado, y en que la caída de los precios de los activos por la ventas realizadas por algunas entidades provocaba ajustes en los balances del resto de las entidades.

Las primeras dificultades se manifestaron en EE.UU., destacando la adquisición del banco de inversión Verán Stearns por JP Mogan, con el apoyo de la FED, en marzo de 2008, y la intervención de las dos agencias líderes en el mercado hipotecario americano, Freddie Mae y Fannie Mae.

En este contexto, las entidades financieras comenzaron a dudar sobre las garantías de contraparte que se obtenían en los mercados mayoristas, produciéndose una fuerte restricción de liquidez en los mercados mayoristas, que hacía que el mercado interbancario dejase de funcionar como un mecanismo eficiente de distribución de liquidez.

La situación se fue progresivamente deteriorando y la crisis de confianza alcanzó a las entidades financieras no americanas. Las primeras entidades europeas afectadas fueron las británicas, especialmente las más expuestas a deuda colateralizada (CDO) o las que habían seguido modelos de negocio insostenibles. Aunque en menor medida, también quedaron afectadas las entidades que sin haber tomado una posición activa en la titulización de préstamos, habían recibido como contraparte este tipo de títulos, en sus operaciones activas en los mercados mayoristas.

Para evitar la quiebra de esas instituciones y el efecto de contagio al resto del sistema financiero, los Estados miembros intervinieron en favor de estas entidades. Cuando las autoridades americanas dejan caer a Lehman Brothers, a mediados de septiembre de 2008, desapareció la garantía implícita de “demasiado grande para caer”, la confianza en las instituciones financieras llegaba a su nivel más bajo, y los mercados interbancarios dejaron de ser un mecanismo eficiente de distribución de liquidez en el sistema, creando una crisis de liquidez a gran escala.

Los valores de los activos siguieron un proceso de progresiva caída, y a 18 meses del inicio de la crisis habían perdido 16 billones<sup>5</sup> de euros, lo que representa en torno a 1,5 veces el PIB de la UE, poniéndose en marcha un círculo vicioso, en virtud del cual las entidades vendían parte de sus activos para resolver sus problemas de liquidez, lo que provocaba la caída del precio de los activos, tendiendo a generar problemas de solvencia.

A continuación se presenta un cuadro con la relación de eventos más destacados de la crisis financiera descrita en este apartado.

.....  
<sup>5</sup> Trillones ingleses.

**Cuadro 2.1**  
**Eventos de la crisis financiera**

Fecha	Evento
05.03.2007	HSBC anuncia elevadas tasas de morosidad de hipotecas subprime.
30.07.2007	El alemán IKB anuncia pérdidas que pueden alcanzar los EUR 700 millones por la exposición al mercado subprime norteamericano.
09.08.2007	El BCE inyecta liquidez "overnight" por EUR 95.000 millones.
17.08.2007	La entidad alemana Sachsen LB es rescatada por las cajas de ahorros.
19.09.2007	El Banco de Inglaterra anuncia diversas ayudas para el Northern Rock Bank severamente apalancado con títulos de crédito hipotecario
12.12.2007	Acción coordinada FED, BCE y Banco de Inglaterra para apuntalar los mercados mayoristas de liquidez.
20.12.2007	UBS, Bear Stearns y otros anuncian la devaluación de la cartera de activos, previamente Fannie Mae anuncia pérdidas y necesidad de capitalización.
15.01.2008	Citi y Merrill Lynch anuncian pérdidas significativas en 2007.
17.02.2008	El Gobierno británico anuncia la nacionalización de Northern Rock.
16.03.2008	Tras de reconocer problemas de liquidez y necesidades de ayuda financiera, Bear Stearns es adquirido por JP Morgan con ayudas de la FED por USD 30.000 millones.
18.06.2008	Lehman Brothers y Morgan Stanley anuncian pérdidas significativas.
30.06.2008	El Gobierno norteamericano anuncia un plan de rescate para Fannie Mae y Freddie Mac. Posteriormente estas empresas se nacionalizan.
15.09.2008	Lehman Brothers anuncia su suspensión de pagos.
18.09.2008	Los británicos Lloyds y HBOS anuncian su fusión.
29.09.2008	Aportación pública de Benelux en Fortis por EUR 11.200 millones.
30.09.2008	Bélgica, Francia y Luxemburgo anuncian una inyección de capital en Dexia.

03.10.2008	La FSA británica incrementa su garantía de depósitos hasta las 50.000 libras. El congreso norteamericano aprueba un plan de rescate para la banca de USD 700.000 millones
07.10.2008	El Gobierno alemán anuncia el rescate de Hypo Real Estate, BNP Paribas anuncia la adquisición de Fortis, el Gobierno islandés interviene buena parte del sistema bancario.
07.10.2008	El ECOFIN anuncia medidas generales para estabilizar el sistema, se propone aumentar las garantías de depósitos.
08.10.2008	El Gobierno británico anuncia un paquete de ayudas generales a la capitalización y garantías para emisión de deuda de corto y medio plazo no titulizadas.
19.10.2008	El Gobierno holandés inyecta EUR 10.000 millones en capital para ING.
25.10.2008	La CE emite una comunicación para enmarcar las Ayudas Generales de Estado en el marco de una "grave perturbación de la economía".
...	

Fuente: FSA, Notas de prensa.

## 2.2. CRISIS EN LA ECONOMÍA REAL

La caída de los precios de los CDOs reveló el elevado nivel de apalancamiento al que habían llegado las entidades financieras, e iniciaba un círculo vicioso en el que en su intento para sanear su solvencia, ésta no hacía sino deteriorarse. Por una parte vendían parte de sus activos, con lo que se generaba una clara presión a la baja en el precio de estos activos. Por otra, tomaban una posición más restrictiva en sus políticas de préstamos, con lo que la situación real tendía a deteriorarse, con el consecuente impacto sobre la morosidad, y los resultados de las entidades.

En definitiva, la crisis financiera se fue transmitiendo a la económica real.<sup>6</sup> Como se ha comentado, la restricción del crédito incidía negativamente sobre la demanda, iniciándose con ello la transmisión de la crisis financiera hacia la economía real. Simultáneamente, la fuerte caída de los precios de los activos, tanto mobiliarios como inmobiliarios restringió la demanda de las economías domésticas, a través del efecto riqueza, con el consecuente efecto sobre la desaceleración de la actividad.

Simultáneamente se producía una retroalimentación de la crisis real sobre el sistema financiero, que agravaba los problemas de las entidades. Con la fuerte y

.....  
 Informe Anual. Banco de España (2008).

abrupta desaceleración de la actividad económica aumentaban las quiebras de las empresas y el paro, con el consecuente impacto en la morosidad en la cartera de las entidades.

Con todo ello, se ponía en marcha un proceso de desaceleración económica que terminó provocando la recesión más brusca y profunda sufrida por el mundo occidental desde 1945. Según las últimas estimaciones del Fondo Monetario Internacional<sup>7</sup>, en el mundo desarrollado, durante el cuarto trimestre de 2008, el PIB se contrajo un 7,8%, esperándose una caída para este año del 3,8%.

En lo que se refiere a las perspectivas para el año que viene, el FMI destaca el necesario saneamiento del sistema financiero que consolide la confianza y permita el crecimiento de la financiación a la economía.

En este contexto de recesión económica, la intervención pública parece que debe ir más allá de la gestión de las políticas de demanda, tratando de garantizar el correcto funcionamiento del sistema financiero. Por tanto, los significativos estímulos de la demanda, con políticas monetarias y fiscales, han de acompañarse de apoyos a las entidades financieras, que permitan la reestructuración de la industria, su viabilidad futura, y el cumplimiento de su función de canalización del ahorro hacia la inversión.

Fue en este contexto de crisis financiera y real, en el que se diseñaron distintos esquemas de apoyo tendentes a garantizar el correcto funcionamiento de los sistemas financieros. Por una parte, se produjo una casi generalizada subida de los mínimos de garantía de los depósitos. En algunos Estados miembros la garantía subió hasta el 100%, en otros subió de forma significativa el mínimo garantizado. Por otra, el BCE y el Sistema Europeo de Bancos Centrales aumentaron sus provisiones de liquidez a las entidades financieras, por ejemplo con la asignación completa en las subastas. Finalmente, los Gobiernos diseñaron mecanismos específicos para financiar a las entidades. Con respecto a esto último, la Comisión trató de establecer unas reglas de coordinación de las iniciativas de los distintos Estados miembros, y vigiló el cumplimiento de los criterios establecidos para la legitimación de las ayudas de Estado.

Los mecanismos de garantía de depósitos y la provisión de liquidez extraordinaria por el BCE no se han considerado como instrumentos de ayudas, en la medida en la que en teoría no son discriminatorias. No obstante, en un contexto en el que unas entidades están con mayores dificultades que otras, unas pocas entidades se pueden convertir en las beneficiarias efectivas de estos mecanismos, generando ciertas distorsiones en los mercados, que no son objeto de análisis en este artículo.

<sup>7</sup> World Economic Outlook (WEO). Fondo Monetario Internacional (Abril 2009).

### 3. MARCO ECONÓMICO PARA EL ANÁLISIS

Dentro de las distintas ayudas concedidas a las entidades financieras se pueden diferenciar las que pretenden resolver problemas de liquidez de las que diseñadas para solucionar problemas de solvencia. Las primeras se refieren a un problema transitorio de crisis de confianza, descrito en el punto anterior, que provocó un elevado riesgo sistémico. Las segundas pretenden resolver un problema específico de la entidad financiera, debido a una mala gestión que ha puesto a la entidad en una situación inviable en el medio y largo plazo.

Aunque ambos tipos de ayudas tratan de resolver problemas diferentes, su concesión plantea riesgos similares, como es de selección adversa, el riesgo moral y la distorsión de la competencia. A continuación se tratan los problemas que las ayudas pretenden resolver y los que pueden crear.

#### 3.1. EL PROBLEMA DE LA SELECCIÓN ADVERSA

Las ayudas de Estado destinadas a resolver problemas de liquidez de las entidades financieras pueden justificarse con lo que en la literatura económica se ha conocido con el nombre del problema de Selección Adversa.

De acuerdo con Mas-Colell et al.<sup>8</sup>, el problema de selección adversa surge cuando una de las partes que desea realizar una transacción comercial posee información privada sobre el valor fundamental del activo que se desea comerciar. De este modo, la parte en desventaja no puede discernir con exactitud si el activo es fundamentalmente bueno o malo, lo cual reduce el valor de la transacción, frustrando el comercio y evidenciando con ello un fallo del mercado. En definitiva, las asimetrías de información producen una pérdida de eficiencia, al impedir que se realicen transacciones esencialmente beneficiosas.

En un contexto de crisis de confianza y agudización de la incertidumbre, es posible que bancos esencialmente solventes tengan que afrontar restricciones financieras debido a la dificultad de diferenciarse claramente de instituciones con dificultades. En tal sentido, las ayudas destinadas a instituciones solventes, temporalmente afectadas por la crisis, pueden generar eficiencias al mantener el flujo de recursos para el sostenimiento de entidades viables, que permita la continuidad de sus actividades.

En definitiva, las ayudas de Estado requieren la coordinación de los supervisores de las entidades y de los Gobiernos de modo que, siendo éstos los que en principio poseen mayor información, se pueda discernir entre instituciones que califican para ser asistidas e instituciones que requieren una intervención profunda para rediseñar su modelo de negocio o abandonar de manera ordenada el mercado.

<sup>8</sup> A. Mas-Colell, M.D. Whinston & R.J. Green. *Microeconomic Theory*

### 3.2. EL PROBLEMA DEL RIESGO MORAL

Potencialmente, las ayudas de Estado a instituciones financieras pueden traer consigo problemas asociados a lo que en economía se conoce como Riesgo Moral. Los problemas de riesgo moral pueden surgir en lo que en la literatura se ha conocido como relación *principal-agente*. Por ejemplo, este tipo de situaciones se dan en una relación vertical entre distintas partes, en la cadena de valor de un producto, productor (*principal*)-distribuidor (*agente*); o en una simple relación laboral, empresario (*principal*)-trabajador (*agente*). En este caso concreto, la relación sería entre el Estado (*principal*), que aporta recursos financieros, y la entidad financiera (*agente*), que utiliza dichos recursos en la manera que mejor considera.

El problema de riesgo moral surge, entre otras circunstancias, cuando el agente tiene incentivos para actuar en contra de los intereses del *principal*, con el que firma un acuerdo, aprovechando que sus actos son no observables. En la medida de lo posible, el principal, debe incentivar que el agente actúe en forma acorde con los intereses del proyecto común y no de forma unilateral. Sin embargo, dado el contexto de información incompleta e incertidumbre no es posible determinar con claridad si los resultados del proyecto se debieron a las malas acciones del agente o a las malas condiciones del contexto del negocio.<sup>9</sup>

El problema de riesgo moral está latente en los todos los programas de ayudas diseñados para las entidades financieras, toda vez que permiten a las entidades financieras obtener recursos que de otro modo no habrían podido obtener, dadas las condiciones de incertidumbre del mercado.

Estas facilidades pueden jugar en contra de la estabilidad del sistema en el largo plazo, en la medida en la que las entidades tienen incentivos para adoptar un mayor riesgo crediticio (en contra de los objetivos del Estado, si éstos son la estabilidad financiera) al verse beneficiados con recursos a tipos que no necesariamente reflejan el riesgo fundamental de la institución. El problema fundamental, consiste en que el riesgo de las malas decisiones se traslada de la institución financiera a sus acreedores gracias a la acción del Estado, con lo cual un banco puede verse motivado a no mejorar su esfuerzo, aceptando más riesgo, dado el atenuante que el Estado saldrá en su ayuda ulteriormente. Por su parte, los acreedores podrán optar por más riesgo, en detrimento de los bancos no beneficiarios de las ayudas, en el entendido que eventualmente, el Estado se hará cargo de cualquier impago del banco.

<sup>9</sup> Para mayor claridad, un caso clásico donde se manifiesta el problema de riesgo moral es aquél en el que un individuo, el agente, decide adquirir un seguro que lo cubre frente a un siniestro. La aseguradora, el principal, tiene que afrontar el problema de que el agente, después de la firma del contrato del seguro, no tiene incentivos para esforzarse en procurar minimizar la probabilidad del siniestro. El problema de información surge porque el principal no puede observar las acciones del agente. La prima del seguro y otras condiciones, por tanto, deben diseñarse *ex ante* con el objetivo de incentivar al agente a no actuar en forma displicente.

### 3.3. EL PROBLEMA DE COMPETENCIA

Otro tipo de problema que pueden plantear las ayudas de Estado es la distorsión de la competencia. La empresa que recibe la ayuda es capaz de quitar negocio a la empresa rival que no recibe ayuda, sea en términos de captación de depósitos o de concesión de préstamos a entidades solventes.

Por ejemplo, este tipo de problemas se plantea en la captación de depósitos. Los ahorradores, grandes y pequeños, pueden verse tentados a aceptar más riesgo contratando a instituciones financieras menos solventes que deben, necesariamente, ofrecer mejores condiciones. No se está sugiriendo que son los ahorradores, con sus decisiones sobre dónde colocar sus recursos, los que deben disciplinar los riesgos tomados por las entidades de crédito, lo que resulta más labor del supervisor bancario y de las medidas de regulación prudencial. Estamos identificando un problema potencial que puede devenir en un falseamiento de la competencia entre bancos, en este caso en el mercado minorista de captación de depósitos.

En el medio plazo, los efectos sobre el falseamiento de la competencia pueden verse multiplicados en una industria como la bancaria donde los costes de cambio son importantes. En un artículo académico, Klemperer (1995)<sup>10</sup> sugiere que los bancos utilizan estrategias con costes de cambio de modo que inicialmente ofrecen productos, por ejemplo depósitos, con altas rentabilidades para captar clientes creando pérdidas en el corto plazo. En el medio plazo, los clientes tenderán a mantenerse con su banco debido a que cambiarse a otra entidad produce elevados costes de cambio, por ejemplo por comisiones de cierre de cuentas, comisiones por el traslado de créditos o por el simple hecho de perder tiempo en realizar los trámites correspondientes. Esto produce un efecto de *lock-in* de los clientes que permite al banco ofrecer una gama de productos que en el medio plazo le reporta un beneficio que compensa las pérdidas iniciales.

### 3.4. EL PROBLEMA DE LA INVIABILIDAD DEL NEGOCIO

La inviabilidad del negocio surge cuando una entidad no cumple los estándares mínimos de solvencia exigidos por la regulación prudencial o incurre en unas pérdidas crónicas, consecuencia de sus decisiones estratégicas anteriores, que por ejemplo no han diversificado suficientemente su negocio, o se han basado en unas perspectivas que se ha revelado optimistas.

Dado que el sistema financiero se basa en la confianza de los depositantes en la entidad donde tienen sus ahorros, la quiebra de la entidad puede deteriorar

<sup>10</sup> Klemperer, Paul (1995), "Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade"; *Review of Economic Studies* 62, pp. 515-539.

al resto, especialmente si una buena parte de ellas se encuentran en un contexto adverso.

Así, la intervención tiene sentido, si con ello se consigue la liquidación ordenada de la entidad, o la reestructuración de su negocio que le permita no seguir incurriendo en pérdidas, evitándose con ello el riesgo de contagio en la confianza del resto de las entidades.

#### 4. RACIONALIDAD ECONÓMICA DEL MARCO LEGAL

La UE dispone de un sistema de control de las ayudas de Estado sin parangón en otras jurisdicciones. En este apartado se identifica el marco legal de las ayudas de Estado concedidas a las entidades financieras en el actual contexto de crisis, explicando su racionalidad económica.

##### 4.1. ANTECEDENTES

###### 4.1.1. *El Tratado de la Unión Europea*

El artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe las ayudas de Estado que afectan al comercio intracomunitario y que pueden restringir la competencia.

...serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

No obstante, también prevé que bajo determinadas circunstancias las ayudas pueden ser compatibles con el Tratado. Por ejemplo, el artículo 87.3.b) admite la posibilidad de autorizar ayudas de Estado en circunstancias de grave perturbación de la economía de un Estado miembro. Igualmente, el artículo 87.3.c) reconoce que determinadas ayudas de salvamento a empresas en crisis pueden ser compatibles con el Tratado.

Podrán considerarse compatibles con el mercado común: ...b) las ayudas ... 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..., siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

Por tanto, se establece un procedimiento que permita la autorización de aquellas ayudas que se consideren compatibles con el Tratado. Hasta la reciente crisis financiera no se habían autorizado ayudas justificadas con base en la grave perturbación de la economía de un Estado miembro. En lo relativo a las ayudas concedidas a empresas en crisis, los criterios de valoración han venido siendo muy restrictivos, tal y como quedan reflejados en las Directrices de 2004<sup>11</sup>.

#### 4.1.2. Directrices anteriores a la actual crisis

El sistema de control de las ayudas de Estado en la UE se ha venido desarrollando con la experiencia de años de control, durante los cuales se han consolidado una serie de criterios objetivos de evaluación. No es objeto de este artículo identificar la evolución de estos criterios. No obstante, en la medida en la que buena parte de los mismos se han utilizado para valorar las ayudas a las entidades financieras en el actual contexto de crisis, si procede identificarlos, al menos someramente.

Previamente, conviene resaltar que las ayudas a empresas en crisis tienden a distorsionar la competencia y el correcto funcionamiento del mercado, ya que la desaparición de las empresas ineficientes, incapaces de innovar y de adaptarse a las necesidades de los consumidores es consustancial a la dinámica del mercado. Esto es lo que Schumpeter denominó destrucción creativa.<sup>12</sup> Por eso los criterios establecidos para su autorización son especialmente estrictos. De forma resumida, las principales condiciones que se han venido exigiendo para autorizar este tipo de ayudas han sido los siguientes:

##### 1. Viabilidad futura de la empresa beneficiaria de la ayuda.

Por una parte, se exige una reestructuración de la empresa que permita su viabilidad futura. No tiene sentido sostener a una empresa cuya inviabilidad futura es manifiesta. Mantener a una empresa contra los criterios de mercado se hace insostenible y costosa en términos de bienestar social. En un contexto globalizado, la empresa ineficiente sustrae recursos de la economía y saca del mercado a las empresas eficientes, vía impuestos o efectos de expulsión en los mercados de capitales. Por eso, en la evaluación de las ayudas se exige un plan de negocio a medio plazo que demuestre la viabilidad de la empresa.

<sup>11</sup> Comunicación de la Comisión - Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. Diario Oficial n° 244, de 1 de octubre de 2004, pp. 2-17. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC1001\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC1001(01):ES:HTML)

<sup>12</sup> Schumpeter, Peter (1975), *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Row.

## 2. Carácter de indispensabilidad.

Se exige que la financiación sea la estrictamente necesaria. Esto se refiere tanto a la magnitud de la ayuda como a su dimensión temporal. Para ello, normalmente se requiere que los términos de la ayuda se ajusten al máximo a las condiciones de mercado. Por ejemplo, se ha exigido la participación del capital privado o del propio beneficiario de la ayuda en la mayor medida posible. Esta participación privada es una garantía de la eficacia del plan de ajuste y de la viabilidad de la empresa en el futuro. Por los mismos motivos se exige que la ayuda sea de una vez por todas, no aprobándose ayudas reiteradas a una empresa.

## 3. Condiciones para evitar efectos restrictivos de la competencia.

Finalmente, se condiciona la ayuda a que se adopte una serie de medidas como las siguientes. Por una parte, desinversión de activos en aquellas áreas del negocio no rentables. También se puede prever la liquidación ordenada de la sociedad, por eso se ha diferenciado entre medidas de reestructuración y de liquidación. Por otra, la Comisión puede imponer medidas específicas tendentes a limitar los efectos restrictivos de la competencia de las ayudas, como puede ser limitar sus políticas comercial o corporativa.

## 4.2. DIRECTRICES ESPECÍFICAS PARA LA ACTUAL CRISIS

Dada la gravedad de la crisis del sistema financiero europeo, la proliferación de iniciativas de ayudas que se estaban adoptando en los distintos Estados miembros, la necesidad de tomar acciones coordinadas para evitar efectos de contagio que provocase un nivel de ayudas superior al estrictamente necesario, la Comisión Europea ha aprobado cuatro Comunicaciones que se complementan:

- a) Comunicación Bancaria<sup>13</sup>
- b) Comunicación de Recapitalización<sup>14</sup>
- c) Comunicación de Adquisición de Activos Deteriorados<sup>15</sup>
- d) Comunicación de Vuelta a la viabilidad<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión - La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial. Diario Oficial nº 270, 25 de octubre de 2008, pp. 8-14.

<sup>14</sup> Comunicación de la Comisión - La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitaciones de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia. D.O. nº C 10, 15 de enero de 2009, pp. 2-10.

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyos valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario. D.O. nº 72, 26 de marzo de 2009, pp.1-22.

<sup>16</sup> Commission Communication. The return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules.

#### 4.2.1. *Comunicación bancaria*

La Comunicación bancaria se adoptó en octubre de 2008, que era el momento de mayor tensión en los sistemas financieros, tras el deterioro generalizado producido por la caída de Lehman Brothers. Esta comunicación se realizó cuando se constató que el nivel de las ayudas que se iban a conceder podían ir más allá de las dirigidas a entidades concretas, considerándose oportuno realizar un esfuerzo de coordinación que hiciese más eficaces estas ayudas.

Debido a la naturaleza específica de los problemas actuales del sector financiero, tales medidas pueden tener que ir más allá de la estabilización de instituciones financieras individuales e incluir a los regímenes generales.

Por tanto, constituyó el primer intento de la Comisión Europea para tratar de coordinar la reacción de los Estados miembros a la compleja situación que se presentaba, estableciendo los criterios con los que se pretendía garantizar el respeto de los principios establecidos en el Tratado para las ayudas de Estado, y especialmente la no distorsión de la competencia.

Respecto a la base jurídica de estas ayudas, la Comisión indicó que las evaluaría al amparo del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado, y de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. Se indicó que también es aplicable el apartado 3, letra b) del mencionado artículo, dado el nivel de gravedad que había alcanzado la crisis en mercados financieros y de su posible impacto en la economía real de los Estados miembros. No obstante, se recordó que la aplicación del apartado b) debería entenderse de forma restrictiva, no observándose su posible aplicación en otras industrias.

Este apartado debe interpretarse de forma restrictiva respecto a lo que puede considerarse una perturbación grave de la economía de un Estado miembro.

En esencia, se concibieron tres tipos de esquemas de ayudas, los de inyección de liquidez, los de concesión de garantías y los de liquidación ordenada de las entidades. Para los tres se establecieron las siguientes condiciones o requisitos: (i) Necesidad de establecer unos criterios de elegibilidad objetivos y no discriminatorios, de forma que todas las entidades financieras de un Estado miembro, con independencia de su nacionalidad, puedan acceder a los mecanismos generales que se aprueben. (ii) Temporalidad del régimen, para lo cual se establece un procedimiento de revisión periódica, a los 6 meses. (iii) Limitación de la ayuda a lo estrictamente necesario para resolver el problema, pretendiendo que el precio que se pague por los recursos concedidos se aproxime lo más posible al de mercado. (iv) Salvaguardias para evitar posibles abusos y distorsiones indebidas

de la competencia. (v) Exigencia de que la recapitalización vaya seguida de un plan de reestructuración del beneficiario, que será examinado separadamente por la Comisión Europea.

Mención aparte merecen los esquemas de liquidación ordenada, en la medida que la aportación de fondos públicos también puede ser necesaria en el proceso para evitar efectos de contagio al resto del sistema. Cuando el proceso termina con la venta de los activos a otras entidades, se establecen los requisitos que deben cumplir: (i) Que el proceso de venta sea abierto y no discriminatorio. (ii) La venta se haga en condiciones de mercado. (iii) El precio de venta de los activos y pasivos en cuestión deberá ser el máximo posible. (iv) La ayuda se someterá a los criterios de las Directrices de S&R.

En la tabla siguiente se sintetizan los principios y condiciones específicas establecidos por la Comisión Europea con los que se pretenden coordinar las acciones de los Estados miembros, tratándose de limitar los efectos restrictivos de la competencia.

**Cuadro 4.1**  
**Condiciones para la compatibilidad de los esquemas de AE**

<i>Aspecto</i>	<i>General</i>	<i>Esquemas de Garantías</i>	<i>Esquemas de recapitalización</i>
<b>Elegibilidad</b>	Objetiva y no discriminatoria; abierto a todas las instituciones financieras de un Estado, independientemente de su "nacionalidad"		La objetividad se debe basar en criterios de solvencia y adecuación de capital
<b>Ámbito</b>		Garantías de depósitos minoristas.  Garantizar depósitos interbancarios.  Garantizar ciertos tipos de deuda de corto y largo plazo (excluyendo tier-2 capital)	
<b>Límites</b>	Mínimo necesario / Proporcionalidad		

Remuneración	Benchmark de mercado	Costes de garantías de mercado, pero considerando las actuales circunstancias  Diferir el pago con sobre costes si la institución no es capaz de cubrirlos en el corto plazo	Precio de emisiones de acciones debe tener una orientación de mercado
Falseamiento de la Competencia	No debe permitir el uso de los recursos para expandir agresivamente el negocio	No se debe publicitar la garantía	
Temporalidad	No determinada con revisiones cada seis meses		

Fuente: Elaboración propia.

#### 4.2.2. Comunicación de recapitalización

El objetivo de la Comunicación de recapitalización de las entidades financieras (de diciembre de 2008) era triple. Por una parte, evitar que en los esfuerzos de las entidades por mejorar sus ratios de solvencia se restringiera aún más la financiación a la economía real. O dicho en otras palabras que la capitalización de las entidades se tradujera en un mayor crédito a la economía real. Por otra, evitar una crisis de confianza que condujera a una crisis del sistema (disminuir el riesgo sistémico). En la medida en la que había una clara percepción de que los ratios de solvencia de las entidades tenían que mejorar, los esquemas de recapitalización eran necesarios. Finalmente, había entidades financieras que tenían problemas de solvencia de fondo, cuya reestructuración y en su caso liquidación ordenada eran necesarios para evitar efectos de contagio, y el consecuente riesgo sistémico.

Dados los esquemas de recapitalización que se iban adoptando,<sup>17</sup> la Comisión sintió la necesidad de establecer unos criterios más específicos y precisos que los

<sup>17</sup> Cuando se aprobó la Comunicación, la Comisión ya había autorizado tres esquemas de aportación de capital: Reino Unido (Asunto N 507/08 Financial Support Measures to the banking Industry), Alemania (Asunto 512/08 Support measures for financial institutions in Germany) y Grecia (Asunto N 560/08 Support measures for the credit institutions in Greece). Además, se habían aprobado dos aportaciones de capital específicas: Asunto N 528/08 Netherlands Aid to ING Group; y Asunto NN 68/08 Latvian State support to JSC Parex Banka.

establecidos en la Comunicación Bancaria. En este sentido, el aspecto que más se desarrolló con la nueva Comunicación era el relativo al precio de las aportaciones de capital que se concediesen. Igualmente, se desarrollaron algunos criterios para minimizar los efectos restrictivos de la competencia.

Los criterios establecidos para determinar el nivel de remuneración de las aportaciones de capital se pueden resumir de la forma siguiente.

- Se exige que el precio de la financiación se aproxime lo más posible al de mercado. Para ello, se han de tener en cuenta los niveles de riesgo de la entidad beneficiaria, exigiéndose que la entidad con mayor riesgo tenga que pagar un mayor precio por la financiación.
- Cuanto más próxima esté la financiación a las condiciones de mercado, menores serán las condiciones establecidas en las políticas comerciales de la entidad beneficiaria, las relativas a la remuneración de sus directivos y las de reparto de dividendos. En este sentido, se considera que si a la financiación pública le acompaña financiación privada, ello constituye una garantía de financiación en condiciones de mercado.
- Se establecen algunos indicadores de medida del riesgo de las entidades. Por ejemplo, el nivel de apalancamiento de la entidad, el modelo de negocio que ha seguido, si financiaba préstamos de largo plazo con operaciones pasivas de corto, la calidad de sus activos, etc.
- Igualmente, se indica la relación entre el riesgo y el instrumento que se utiliza para la financiación de la sociedad. Acciones, deuda subordinada, y deuda no subordinada. De modo que cuanto mayor sea su vinculación con los resultados de la entidad, mayor habrá de ser su remuneración.
- Finalmente, se destaca la importancia de introducir incentivos para la devolución del capital público, como mecanismos que hagan que el precio tienda a subir con el tiempo, la limitación en la política de dividendos mientras se mantenga la aportación de capital público, etc.
- Buena parte de estos criterios también se establecían con la idea de limitar los posibles efectos restrictivos de la competencia, ya que cuanto mayor proximidad de las condiciones de la aportación de capital a las de mercado, y menor su duración en el tiempo, menor la posible distorsión de la competencia. En todo caso, se insiste en la posibilidad de limitar la política comercial de la entidad beneficiaria.
- Finalmente, se destaca la necesidad de establecer criterios más estrictos para las ayudas de rescate, para bancos esencialmente insolventes. En este sentido, se exige la presentación de un plan de saneamiento o liquidación a los seis meses de la concesión de ayuda de rescate.

De forma resumida, en el Cuadro 4.2 se reflejan los criterios establecidos en la Comunicación de Recapitalización.

**Cuadro 4.2**  
**Criterios AE de Recapitalización**

<i>Aspecto</i>	<i>Detalle</i>
<b>Precios y remuneraciones</b>	La remuneración al capital ha de estar en línea con el mercado, el nivel de riesgo del beneficiario y su solvencia*.
<b>Incentivos a la redención de capital público</b>	La remuneración del capital debe incentivar que los beneficiarios busquen recursos privados. Por ejemplo, la remuneración exigible puede ir en aumento con el tiempo.
<b>Prevención de falseamiento de la competencia</b>	<p>Cuanto mayor sea la remuneración exigible al capital, menores salvaguardias para preservar la competencia.</p> <p>Limitar la publicidad de las ayudas obtenidas del Estado en términos de recapitalización.</p> <p>Prevenir el uso de recursos en una política comercial agresiva, restringiéndose al desarrollo debe únicamente buscarse mantener el flujo de crédito normal a la economía real.</p> <p>Las fusiones y adquisiciones pueden ser un vehículo para fomentar la estabilidad financiera y la capitalización. Sin embargo, para no favorecer a los bancos beneficiarios, dichas operaciones deben realizarse mediante procesos de subasta competitivos.</p>

*Fuente:* Elaboración propia.

#### 4.2.3. Comunicación de adquisición de activos dudosos

Los mecanismos de ayuda anteriormente mencionados fueron eficaces para afrontar el riesgo sistémico pero no para facilitar el crecimiento del crédito al sector privado. Pese a las aportaciones de capital que se habían concedido a las

\* De acuerdo con la CE y las recomendaciones del BCE, entre los instrumentos de mercado que deben ser analizados para establecer la posición relativa de riesgo de una institución beneficiaria, se deben considerar los *spread* de CDS (Credit Default Swaps) que son instrumentos derivados que los bancos tienen para "asegurar" sus créditos contra posible *defaults* de sus clientes. De forma efectiva, los CDS no hacen más que trasladar parte del riesgo crediticio de un Banco a un tercero acreedor, por lo tanto el precio del CDS, es decir su *spread*, refleja la percepción de riesgo que el mercado tiene sobre la calidad de los activos del banco en cuestión.

entidades, su situación patrimonial seguía planteando dudas, en la medida en la que se consideraba que buena parte de sus activos tenían un valor muy inferior al contabilizado, y se iban deteriorando progresivamente con la profundidad de la crisis económica. Además, se desconocía el valor aproximado de cierta parte de la cartera de las entidades, y se ignoraba su localización precisa. Por eso, se estimó que la mejor forma de eliminar estas dudas era sacando del balance los activos más dudosos, y, en línea con una iniciativa semejante en EE.UU., algunos Estados miembros diseñaron esquemas complementarios.

Los esquemas de adquisición de activos deteriorados podía constituir una ayuda de Estado en la medida en la que el activo se adquiriera por un precio inferior al de mercado, o si el precio de la garantía de adquisición de los activos no compensa al Estado por la obligación a la que se compromete en virtud de la garantía, en la medida en la que se produjera cierta discriminación entre entidades beneficiarias.

En la medida en la que no existiese un mercado para los activos en cuestión, resulta complejo determinar su valor, y la probabilidad de que la adquisición o garantía se hiciera por debajo de su valor real era elevada. Además, en la medida en la que no se tuviese en cuenta los diferenciales de riesgo entre entidades en las adquisiciones de activos, se produciría una discriminación.

En este contexto, la Comisión Europea estimó oportuno realizar un esfuerzo adicional de coordinación, para evitar que la aplicación de estos esquemas produjera una distorsión de la competencia, tanto entre entidades de distintos Estados miembros, como entre entidades dentro de un mismo Estado miembro, se evitase que las acciones no coordinadas provocase una competencia entre Estados miembro por subvencionar a sus entidades financieras, o se produjese un problema de riesgo moral.

Por tanto, se establecieron unos requisitos generales que deberían cumplir estas adquisiciones de activos dudosos, para que se considerasen compatibles con la normativa de ayudas de Estado. Los criterios se diseñaron a nivel general, de modo que hubiese cierta flexibilidad para que cada Estado miembro pudiera adecuar el esquema de ayudas que mejor se ajustase a las necesidades específicas de sus entidades. En cierta medida, este enfoque de criterios *ex ante* sustituía a un esquema de control *ex post*, que obligase a corregir cada esquema aplicado por considerarse incompatibles con el Tratado. No obstante, esto no quiere decir que la Comisión no tuviera que hacer el debido control *ex post* sobre el cumplimiento de cada esquema con los criterios establecidos. Con este sistema se minimizaban las probabilidades de exigir ajustes *ex post*.

Los principales requisitos establecidos por la Comisión Europea para estos mecanismos se reflejan en el Cuadro 4.3.

## Cuadro 4.3

## Principales requisitos para esquemas relativos a activos dudosos

<i>Aspecto</i>	<i>Detalle</i>
Identificación del problema	<p>Transparencia <i>ex ante</i> respecto de la dimensión de los activos dudosos, su valor de mercado y la ayuda necesaria para soportar la pérdida. La valoración debe estar a cargo de un agente independiente.</p>
Compartir los costes de la acción	<p>Los bancos son los que deben soportar el máximo posible de las pérdidas ocasionadas por la venta de activos dudosos, además de los costes relativos a la ayuda de Estado.</p> <p>En principio, una vez identificado el importe de activos dudosos y la pérdida relacionada, si esto generase la insolvencia del banco, éste debe ser puesto bajo la administración y posteriormente liquidado. Si esto no fuese aconsejable para sostener la estabilidad del sistema, se puede optar por ayudar al banco comprando sus activos con el compromiso de reestructuración o liquidación futura.</p> <p>Si los costes de las pérdidas no pueden ser cubiertos por los accionistas en el momento de la intervención, estos deben sufrir la carga en el futuro con el correspondiente sobrecoste.</p>
Alineamiento de incentivos	<p>Para evitar comportamientos estratégicos que pueden generar que los bancos retrasen la valoración de sus activos, el esquema debe tener como máximo un periodo de 6 meses para que los bancos se apunten al mismo.</p> <p>Se debe incentivar a la participación de los bancos más afectados, incluyendo la obligatoriedad, si ello fuera necesario.</p> <p>Se debe limitar el uso de los recursos liberados, especialmente no se deben permitir las compras de bancos saludables en detrimento de otros competidores.</p>

Fuente: Elaboración propia.

#### 4.2.4. *Comunicación de vuelta a la viabilidad*

En julio de 2009, la Comisión publicó una nueva Comunicación en la que anunciaba los criterios que aplicaría en la valoración de las ayudas de Estado concedidas a las entidades financieras en procesos de reestructuración, en el actual contexto de crisis financiera y económica.

Esta Comunicación pretende garantizar que el sistema financiero europeo vuelve a una situación de viabilidad y estabilidad que permita cumplir su función de canalización del ahorro hacia la inversión productiva. Más concretamente, persigue un triple objetivo: (i) comprobar la viabilidad en el largo plazo del negocio de la entidad, tras el proceso de reestructuración de las entidades que han recibido ayudas de Estado, (ii) conseguir el adecuado reparto de la carga entre accionistas y administradores de la entidad beneficiaria de las ayudas, (iii) limitar la distorsión de la competencia, en la mayor medida posible. Finalmente, se establece un procedimiento de supervisión.

##### 4.2.4.1. *Restablecimiento de la viabilidad en el largo plazo*

El Estado que conceda una ayuda a una entidad financiera habrá de demostrar que la entidad financiera tiene un plan de negocio que la hace viable en el largo plazo sin recibir ayudas ulteriores. Para ello se deberá partir del diagnóstico de sus problemas, se habrán de especificar los supuestos económicos en los que se basa el plan de negocio de la entidad, y sus activos deberán estar debidamente valorados.

El mencionado plan de negocios se habrá de basar en unos supuestos económicos comunes, y se someterá a una prueba de esfuerzo (*stress test*) con escenarios alternativos más adversos. Igualmente, se habrá de comparar la opción de la ayuda con otras opciones, más orientadas al mercado y menos distorsionadas de la competencia, como la fusión con otra entidad o la división de la entidad en diversas entidades, con el cese de algunas líneas de negocio.

En caso de enajenación de la entidad, se aplicarán los mismos requisitos que los establecidos para valorar las ayudas de reestructuración: viabilidad en el largo plazo, reparto de la carga y mínima distorsión de la competencia. Además, en estos casos se establecen una serie de requisitos más concretos. Entre otros, se puede destacar la necesidad proceder a la enajenación mediante un proceso competitivo, transparente, objetivo y no discriminatorio; la obligación que tendrá la entidad adquirente de probar la viabilidad del negocio conjunto; y la prohibición de que la adquisición se financie con ayuda pública.

Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento de los procedimientos y criterios establecidos para el control de concentraciones empresariales, de modo que aunque la concentración facilite la estabilidad y viabilidad del sistema financiero, si la consolidación plantea problemas de competencia, se habrán de aplicar los remedios adecuados. Si el adquirente no ofreciese estos remedios la operación de concentración no podría autorizarse.

No obstante, la participación de fondos públicos en el proceso de venta no se ha de considerar necesariamente como ayuda pública. Este puede ser el caso si el valor de la entidad que se adquiere es negativo, y su liquidación comporta unos mayores costes de los necesarios para conseguir la enajenación a otra entidad.

#### 4.2.4.2. *Reparto de la carga*

El criterio de reparto de la carga pretende minimizar los problemas de riesgo moral que las ayudas pueden provocar, haciendo que la entidad o sus accionistas soporten una parte sustancial de las consecuencias de su comportamiento pasado. Así, se establecen los siguientes criterios. Por una parte, se exige que la ayuda se limite al mínimo imprescindible, debiendo la entidad beneficiaria de la ayuda o sus accionistas participar en la financiación de la reestructuración en la mayor medida posible.

En este sentido, en dicha financiación se han de utilizar en primer término sus propios recursos. Por ejemplo, absorbiendo pérdidas con cargo a capital, o enajenando parte de sus activos o líneas de negocio. No obstante, en la medida en la que las circunstancias del mercado pueden impedir el adecuado reparto de la carga en el corto plazo, se concibe una especie de cláusula transitoria, que permite que se posponga el reparto de la carga a un momento ulterior.

Por otra, se establece un criterio de destino de la ayuda, obligándose a que se dirija a cubrir los costes inherentes al proceso de reestructuración. En este sentido, se prohíbe destinar la ayuda a financiar actividades que puedan distorsionar la competencia. Curiosamente, se acepta una excepción a este criterio, permitiéndose la adquisición de una entidad o la financiación de nuevas inversiones con fondos públicos, cuando ello fuera imprescindible para conseguir la viabilidad económica de la entidad.

Adicionalmente, se establecen algunas limitaciones en la política de reparto de dividendos, por ejemplo prohibiéndose que la entidad beneficiaria de la ayuda reparta dividendos con cargo a reservas pasadas. En el mismo sentido, se prohíbe a la entidad beneficiaria que remunere su capital, o deuda subordinada mientras no sea capaz de generar los beneficios necesarios.

#### 4.2.4.3. *Distorsión limitada de la competencia*

Finalmente, se pretende minimizar la distorsión de la competencia, reconociéndose que mientras que las ayudas pretenden evitar los riesgos sistémicos, también pueden crear problemas de competencia y de riesgo moral. Después de todo, la ayuda va destinada a las entidades que en el pasado siguieron políticas comerciales que no pudieron seguir sus rivales y las ayudas les permitirán mantener sus ventajas competitivas, alterando el contexto competitivo justo (*level playing field*).

Para minimizar los riesgos de distorsión de la competencia se establecen unos criterios generales de intervención en las políticas comerciales o corporativas de las entidades beneficiarias de las ayudas. En función de estos criterios se podrán imponer determinadas condiciones, estructurales o de comportamiento. Como ejemplo de remedio estructural se puede citar la desinversión de determinados activos o líneas de negocio. El ejemplo de comportamiento típico es el que limita el crecimiento de la entidad, sea con estrategias comerciales o corporativas.

En lo que a los criterios de valoración se refieren, por una parte, se dice que se realizará un análisis caso por caso. Por tanto, la necesidad de imponer condiciones que resuelvan los problemas de competencia o de azar moral que plantea cada ayuda específica se valorarán en sus propios méritos.

Para cada ayuda en concreto, uno de los criterios de valoración se establecerá en función de la magnitud y de las características de la ayuda concedida. Cuanto mayor sea la magnitud de la ayuda concedida y mayor su proporción respecto de los recursos propios de la entidad, más estrictas serán las medidas limitativas de sus políticas comerciales y corporativas.

Igualmente, se tendrá en cuenta la proximidad de las condiciones de la ayuda a las de mercado, de modo que cuanto más próximas estén, menores serán las limitaciones que habrán de imponerse a su política comercial.

El mismo criterio se aplica en función de reparto de la carga, de modo que cuanto mayor sea la financiación privada en el proceso de reestructuración de la entidad, menores serán las limitaciones necesarias.

Adicionalmente, se habrán de tener en cuenta las condiciones de mercado específicas de la entidad beneficiaria. Cuanto mayor sea su cuota de mercado, mayor el riesgo de distorsión de la competencia y mayores serán las limitaciones que se habrán de imponer en sus políticas comerciales.

Finalmente, sensible al refuerzo del mercado interior, la Comisión europea tendrá en cuenta la medida en la que la ayuda acabe favoreciendo no sólo los prestamos concedidos en el Estado miembro de la entidad beneficiaria, sino también en otros Estados miembros. Esto significa que si en el plan de negocio de la entidad figura la expansión del crédito fuera del Estado miembro donde desarrolla la parte principal de su negocio, ello será bien valorado por la Comisión Europea.

#### *4.2.4.4. Supervisión de los procesos de reestructuración*

Se establecen unas breves directrices de notificación de los planes de viabilidad, y la necesidad de comunicar a la Comisión el plan de viabilidad de la entidad a los seis meses de la concesión de la ayuda, y posteriores informes de seguimiento.

En general, los Estados miembros deberán informar a la Comisión sobre la puesta en práctica de estos programas de ayudas, incluyendo las previsiones de salida del capital de las entidades correspondientes y la valoración de la viabilidad de las entidades correspondientes y en su caso la reestructuración prevista.

### 4.3. APLICACIÓN PRÁCTICA

A continuación se mencionan algunos ejemplos de ayudas concedidas bajo algunos de los esquemas descritos hasta ahora. Las primeras medidas adoptadas en Europa se dirigieron a entidades expuestas de manera significativa a CDOs, que en ocasiones financiaban estos activos con operaciones de corto plazo en los mercados mayoristas.

La entidad británica de crédito hipotecario Northern Rock fue una de las primeras víctimas europeas de la crisis de 2007. La Comisión autorizó las garantías concedidas a la entidad como medidas de rescate, hasta que se procediese a la reestructuración de la sociedad. Actualmente, la Comisión decidió abrir una investigación formal sobre esta ayuda que está pendiente de conclusión.

Bear Stearns fue la siguiente entidad que cayó por la crisis. WestLB también se vio afectada por la caída del precio de su cartera y con la ayuda de su propietarios estableció una cobertura sobre sus activos dañados de 5.000 millones de euros.

El caso de Bradford and Bingley constituye un ejemplo adicional de medidas tomadas para la liquidación ordenada de una entidad, garantizando la protección de los depositantes, y la venta de su cartera de clientes a Abbey National.

Los casos de los bancos alemanes IKB y Sachsen LB constituyen ejemplos de aportaciones de líneas de liquidez privadas acompañadas de ciertas reestructuraciones, sin las cuales no podrían haber continuado sus negocios.

En la medida en la que la congelación de los mercados interbancarios, en agosto de 2007, no podía conceder las facilidades crediticias ofrecidas. Una *pool* de Cajas (Landesbanken) se comprometieron a ofrecer una línea de liquidez de 17 millones de euros a Sachsen LB. Las ayudas se notificaron a la Comisión Europea, que consideró que hubo una significativa participación privada, y que se habían adoptado medidas compensatorias para minimizar la distorsión de la competencia.

Sachsen finalmente se vendió a la caja Landesbank Baden-Württemberg, dejando fuera de la adquisición a la filial que se dedicaba a las inversiones en activos estructurados, Ormond Quay para lo que se creó una nueva entidad, a la que el Estado de Sajonia ofreció una garantía de 2.750 millones de euros.

La Comisión consideró que se trataba de una ayuda de rescate, compatible con el Tratado, en la medida en la que estaba limitada a 6 meses y no superó lo estrictamente necesario para permitir el plan de reestructuración. Además, hubo participación privada, y medidas limitadoras de la competencia, como la venta de la filial dedicada a los activos estructurados, así como el compromiso de abandonar la financiación inmobiliaria en 2011.

En julio de 2008 se procedía a la liquidación del banco danés Roskilde, otorgando la plena protección de sus acreedores, ayuda que fue aprobada por la Comisión Europea.

En septiembre de 2008 la confianza en las instituciones se deterioró significativamente con la quiebra de Lehman Brothers. En dicho mes, el banco hipotecario

Bradford and Bingley entró en dificultades y las autoridades británicas diseñaron un paquete de medidas para garantizar la estabilidad de la entidad, proteger a los depositantes y facilitar su liquidación ordenada, mientras que la cartera de depósitos se vendía al Abbey Nacional, a través de un proceso competitivo.

También Hypo Real Estate sufrió una crisis de liquidez debido a su estrategia de financiar operaciones de largo plazo con operaciones de corto plazo. Un conjunto de bancos alemanes, junto con el Gobierno federal proveyeron garantías de préstamos. La comisión autorizó la medida bajo el compromiso de que presentarían un plan de reestructuración.

Como ejemplo de solución a los problemas de solvencia de una entidad mediante su adquisición por otra, mediando fondos públicos, se puede citar el siguiente caso. BNP Paribas adquiere distintas entidades del grupo Fortis: Fortis Bank of Belgium, Fortis Bank of Luxemburg y Fortis Insurance Belgium. Esta operación fue notificada el 29/10/08 y aprobada con compromisos por la Comisión Europea el 3/12/08. No consta que el proceso de venta a BNP Paribas se realizase por un sistema competitivo.

Previamente, el 29/09/08 el Estado belga adquiere el 49,9% del capital de la entidad por 4,7 billones de euros y el Banco Central de Bélgica hace a la entidad beneficiaria de Asistencia de Liquidez de Emergencia. Posteriormente, el 5/09/08 el Estado belga adquiere el 50,01% restante por otros 4,7 billones de euros. Simultáneamente, el mismo día el Estado belga adquiere el 24% del Vehículo Especial creado para la adquisición de Activos Deteriorados de Fortis. El 28/11/08 se autorizó el mecanismo de garantías públicas concedido a Fortis por el Estado belga.<sup>18</sup>

En lo que se refiere a los esquemas generales, hasta la fecha, se han notificado 28 esquemas a la Comisión Europea,<sup>19</sup> 12 de garantía, que alcanzan un máximo de 2.300 millones de euros; 10 de recapitalización que alcanzan un valor de 273.840 millones de euros, 5 que combinan ambos, y uno de adquisición de activos. Además, diez Estados miembros han adoptado intervenciones específicas en favor de algunas entidades financieras.

Finlandia, Irlanda, Letonia, Holanda y Portugal notificaron esquemas de garantía. Francia, Dinamarca, Italia, Eslovenia y Suecia notificaron esquemas de garantía primeramente, y después de recapitalización. Austria, Alemania, Hungría, Grecia y el Reino Unido diseñaron esquemas que combinaban medidas de garantía, de capitalización y otras intervenciones en el capital. España notificó un esquema de adquisición de activos, más tarde uno de garantía y más recientemente uno de reestructuración.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Caso N 574/2008

<sup>19</sup> Report from the Commission; State Aid Scoreboard-Spring 2009 Update- Special Edition on State Aid Interventions in the Current Financial and Economic Crisis

<sup>20</sup> Real Decreto Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

## 5. CONCLUSIÓN

La Comisión Europea se ha enfrentado al control del mayor programa de ayudas públicas concedidas en la historia de la UE por su magnitud, que ha alcanzado un nivel superior al 20% del PIB de la UE; por la rapidez en la que se han tenido que tomar las decisiones, provocada por la necesidad de restablecer la confianza en el sistema financiero; y por el enfoque, ya que hasta ahora no se habían concedido ayudas debido a la grave perturbación económica registrada en las economías de los Estados miembros, cuando el sistema financiero europeo sufrió una crisis de confianza sin precedentes, que llevó a la recesión más abrupta y profunda vivida en la UE.

En este contexto, el esquema de control se ha basado en el establecimiento y aprobación de unos principios generales *a priori*. La Comisión europea fue aprobando una serie de comunicaciones que trataban de coordinar los esquemas de ayuda que parecían más convenientes, las mencionadas Comunicaciones Bancaria, de Recapitalización, de Adquisición de Activos Deteriorados, y de Valoración de Reestructuración para la Vuelta a la Viabilidad de largo plazo. Igualmente, se han aprobado los esquemas generales que han venido diseñando los Estados miembros para asistir a sus respectivas entidades con dificultades, así como las ayudas específicas de salvamento y reestructuración. En este sentido, la Comisión Europea ha hecho un esfuerzo extraordinario de coordinación entre los Estados miembros.

No obstante, estas iniciativas previas a la concesión de las ayudas específicas a las entidades financieras no son la parte esencial del control de los apoyos otorgados. Lo primordial es el control *a posteriori*, es decir la valoración específica de cada una de las ayudas concedidas, y en su caso la imposición de medidas correctoras o la exigencia de su devolución. Este ejercicio está en gran medida pendiente.

Esta efectiva vigilancia por parte de la Comisión Europea es especialmente importante por diversos motivos. En primer lugar, por los conflictos con los que se han planteado las ayudas en cuestión. Así, se observa que los objetivos de promoción de la competencia han entrado en conflicto con el riesgo sistémico. Ante esta tesitura, ha primado evitar el riesgo sistémico, relegando el mantenimiento de las condiciones de competencia para un momento ulterior.

En ocasiones se observa que no se han exigido las debidas limitaciones en las políticas comerciales o corporativas de las entidades, constatándose políticas agresivas de captación de depósitos de entidades que han recibido importantes ayudas públicas, como el ejemplo citado de ING o el caso específica de la Caja Castilla-La Mancha, en España, u operaciones corporativas tras concesiones de ayudas públicas significativas, como el caso de BNP Paribas/Fortis.

Además, los planes de ayuda se han sucedido unos a otros, los esquemas de apoyo se han alejado de las condiciones de mercado, con frecuencia no ha habido participación privada en las reestructuraciones de las entidades, y los criterios de reparto de la carga se han pospuesto.

Igualmente se observa cierto conflicto entre la concesión de las ayudas y el riesgo moral. Por una parte, la delicada situación de buena parte de las entidades en cuestión se debe a un excesivo crecimiento del crédito concedido en el pasado. Por otra, en lugar de exigir el rápido saneamiento de su situación patrimonial, se ha incentivado la concesión de préstamos adicionales. Incentivos que pueden tener su justificación para evitar una mayor profundidad de la crisis en la economía real, pero que introducen incentivos incorrectos en la gestión de las entidades y en sus políticas de inversiones.

En segundo lugar, porque buena parte de las ayudas concedidas están condicionadas a que las entidades procedan a los esquemas de reestructuración necesarios para garantizar la viabilidad financiera de la entidad, en el largo plazo, o en su caso proceder a su liquidación ordenada. La valoración de buena parte de los correspondientes ajustes y reestructuraciones está pendiente.

Finalmente, porque las ayudas tienen una vocación de temporalidad, debiéndose devolver tan pronto lo permitan las condiciones económicas. Como regla general, los Estados miembros los deben revisar regularmente los apoyos concedidos, al menos cada 6 meses, e informar de ello a la Comisión Europea para su adecuado control.

En este contexto, es probable que como resultado de los programas de ayudas que se han venido concediendo, así como de las ayudas específicas, las entidades que finalmente superen la crisis no sean exclusivamente las más eficientes y mejor gestionadas, sino que se están incluyendo las que no habrían sobrevivido sin las ayudas recibidas.

## EL ARTÍCULO 12, PÁRRAFO 3, DE LA LEY 15/2007

MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Magistrado

### 1. INTRODUCCIÓN

#### LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA EN LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La nueva Ley de Defensa de la Competencia tiene, sin duda, entre otras finalidades, la de reforzar la independencia de las autoridades de Defensa de la Competencia, y a tal fin se crea una autoridad única que aúna las competencias de los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia.

En el Título III, Sección II, artículos 24, 25 y 26, se configuran las funciones de la Comisión Nacional de Competencia.

En el artículo 26, y entre otras novedades reseñables de esta Ley, aparecen reguladas las *competencias reforzadas* de la Comisión Nacional de Competencia para la promoción de la libre competencia, y dentro de estas, a los efectos que nos interesan, merece la pena recordar las incluidas en su párrafo primero, letras c) e) y f).

En este artículo 26.1 y en la letra c) se ha previsto para la Comisión Nacional de Competencia la función de “realizar informes, en su caso, con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de normas legales”.

En la letra e) la de “dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas

de su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados”.

En la letra f) “proponer al Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación, en su caso, al Consejo de Ministros, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél y, en particular, las propuestas de elaboración y reforma normativa correspondientes”.

El conjunto de las funciones que la Ley 15/2007 señala a la CNC se refuerza con el reconocimiento, por el artículo 12, párrafo 3, de la Ley, de la legitimación “para impugnar ante la jurisdicción competente 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 el mercado”.

El artículo 13.2 LDC confiere igual capacidad procesal a las autoridades de la competencia autonómicas dentro de su ámbito geográfico de actuación:

2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio 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.

### 1.1. ¿QUÉ CONFIGURACIÓN JURÍDICA LE HA DADO LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO SOPORTE PARA LA REALIZACIÓN DE ESTAS FUNCIONES?

En el artículo 19 se define a la CNC en los siguientes términos:

1. La CNC es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La CNC actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico.

Este artículo 19, en su párrafo 2, declara expresamente que la Ley 30/92 y la Ley 6/97 son supletorias. Conviene por tanto recordar que la Disposición Adicional 10 de esta Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado regula el régimen jurídico de determinados Organismos Públicos: Comisión Nacional del Mercado de Valores, Consejo

Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, Universidades, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y Comisión Nacional de la Competencia.

Todos estos organismos “se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley. El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía”.

Este primer acercamiento a la regulación básica de la CNC y sus competencias ya nos permite ciertas conclusiones:

- Indudablemente, la previsión del artículo 12.3 es un síntoma más del reforzamiento de la independencia de la CNC.
- La previsión del artículo 12.3 no debe entenderse sólo como la posibilidad de hacer frente a la actuación administrativa que, por serlo, es decir, por venir de una Autoridad Administrativa no puede ser sancionada, sino como un reforzamiento de la obligación de *competition advocacy*.

En palabras del anterior presidente de la Federal Trade Commission Americana, la promoción de la libre competencia, la *proactive competition advocacy*, debe consistir “más que en la defensa de la libre competencia, debe llegar a ser una manera de organizar la economía. Como defensores de la libre competencia debemos apoyar en todo momento la filosofía de la política de competencia en cualquier oportunidad y en cualquier foro. En los Consejos del ejecutivo, ante los legisladores nacionales y locales, ante la opinión pública, tenemos que aumentar nuestros esfuerzos para poner de manifiesto la necesidad de defender el libre mercado”.

En este momento histórico ya no cabe, tanto entre las autoridades de defensa de la competencia como entre los especialistas en la materia de la cátedra y la abogacía, ninguna duda de que, superada pero no dejada de lado la actividad de *enforcement* tradicional, debe reforzarse la actividad de aquellas autoridades con la denominada promoción de la competencia o labor de *advocacy*.

En la exposición de motivos del Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la CNC se justifica la creación de la Dirección de Promoción de la Competencia como reflejo de la importancia que la Ley 15/2007 ha dado a esta cuestión, poniendo así de relieve la existencia de nuevas competencias en la materia atribuidas por la Ley a la CNC, y el correspondiente refuerzo institucional para llevarlas a cabo.

La citada Dirección, en su página web, en un apartado titulado “La Promoción de la Competencia, ¿Qué hacen las autoridades de defensa de la competencia? ¿son efectivas?”, dentro de lo que denomina “Actividad renovada en *advocacy*” y concretamente dentro de la “Evaluación de políticas y actuaciones públicas” señala que se integran tres aspectos:

1. El control de la actividad no mercantil del sector público, con la elaboración de informes regulatorios, propuestas de regulación y desregulación etc.
2. La legitimación activa para impugnar actos administrativos o normas de rango inferior a la ley que ocasionen obstáculos a la competencia efectiva en los mercados.
3. Un mayor seguimiento de las ayudas públicas.

El hecho de que en el referido Estatuto se atribuya a esta Dirección de Promoción de la Competencia la función de elevar la propuesta a la CNC en relación con la impugnación regulada en el artículo 12.3 LDC sitúa directamente esta facultad en el ámbito de la *competition advocacy*.

En el documento de trabajo elaborado por la CNC para un Seminario interno sobre “La legitimación activa de las autoridades de competencia españolas para impugnar actos y reglamentos restrictivos de la competencia” que tuvo lugar en Madrid el día 31 de marzo de 2009, se afirmaba: “Esta atribución se incardina dentro del conjunto de instrumentos de promoción de la competencia, en sentido amplio, que proporciona la LDC a las AC”.

Por tanto, no cabe duda de que la propia CNC interpreta esta previsión legal del artículo 12.3 de la Ley 15/2007 como un instrumento de *advocacy* o promoción de la competencia.

La *competition advocacy* ha sido definida por el Banco Mundial como “the ability of the competition office to provide advice, influence and participate in government economic and regulatory policies in order to promote more competitive industry structure, firm behavior and market performance” (The World Bank, OECD: A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy).

En general, la lectura de los textos e intervenciones sobre la materia publicados por organismos internacionales y autoridades de competencia de distintos países revela una concepción de la promoción de la competencia que se articula sobre expresiones como “influir” o “aconsejar” aunque en ocasiones igualmente se considera que incluye la obligación de “asegurar” que las normas de competencia se inserten adecuada y sistemáticamente en las restantes normas legales. En general, la mayoría de los expertos dirigen sus intervenciones sobre esta cuestión de la *advocacy* a resaltar la conveniencia de que las autoridades de defensa de la competencia eduquen a los Gobiernos en la necesidad de tener en cuenta estas normas no sólo en la elaboración de las leyes sino en la toma de decisiones de política económica.

Visto así, no resulta tan evidente que la facultad del artículo 12.3 (y 13.2) de la Ley de Defensa de la Competencia sea un medio más para promover la libre competencia.

El Tribunal Galego de Defensa da Competencia por exemplo no parece entenderlo así en el Informe sobre repercusiones legales, funcionales y organizativas de la nueva Ley de Defensa de la Competencia sobre los órganos de Defensa de la Competencia de Galicia, de 18 de diciembre de 2007.

En relación con la función regulada en el artículo 13.2 LDC, considera que se trata

“a efectos prácticos de una auténtica función de control de la actuación de las Administraciones Públicas”.

Resalta, además, que para que esta función sea efectiva debe combinarse

“con las actividades de seguimiento, análisis de los actos y de las normas emanadas de las distintas instancias públicas y las consiguientes propuestas de modificación normativa, contempladas en el artículo 26.1 LDC”.

A juicio del TGDC, es una “importante potestad que cierra y completa este conjunto de medidas de control de la actuación pública”.

## 1.2. ¿CUÁNDO INTERVENIR?

La Ley de Defensa de la Competencia establece que la CNC puede “impugnar ante la jurisdicción competente 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 el mercado”.

La primera cuestión a tener en cuenta es si la impugnación debe abordarse como la respuesta inmediata a la actividad administrativa que conlleva esos obstáculos o como el último recurso. Efectivamente, las previsiones que la LDC contiene en el artículo 26, párrafo 1, letras c) y e) y especialmente en el artículo 25 (dictamen preceptivo en proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia) conllevan que la CNC deba informar con regularidad sobre proyectos normativos. No siempre será consultada (si se considera que la norma no supondrá afectación de la competencia por ejemplo) ni su informe será siempre favorable y no siempre su informe será tenido en cuenta.

Habrà por tanto que decidir cómo acceder a la información sobre tales actos de las Administraciones Públicas y, una vez resuelta esta cuestión, cómo reaccionar ante el apartamiento de la Administración correspondiente bien de las reglas que aseguran la libre competencia bien de las consideraciones que en su caso pudiera haber presentado la autoridad de defensa de la competencia. No parece que la

actuación de la CNC deba quedar al albur de la denuncia de los particulares, del traslado para informe en el caso de disposiciones generales de rango inferior a la ley o de la consulta voluntaria por la Administración autora del acto.

No menos importante resulta la debida articulación entre esta potestad y la facultad reconocida igualmente por la LDC de informar en los supuestos del artículo 26: parece evidente que la Ley 15/2007 no ha establecido un cierto automatismo entre la "ignorancia" (por no solicitarlo o por no seguirlo) por la Administración autora del acto del informe de la CNC y la consideración de tal actuación como un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva. A mayor prestigio y efectividad de la autoridad de competencia debería corresponder un mayor seguimiento de sus indicaciones por la Administración, pero ¿se adquiere este prestigio utilizando la vía de la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa? Indudablemente el éxito en el recurso sí favorece un futuro seguimiento de los informes de la CNC por parte de la Administración autora del acto impugnado, pero igualmente resulta que el fracaso en el recurso pudiera animar a la Administración demandada en sentido contrario.

Racionalizar el acceso a la información es tan decisivo como reaccionar adecuadamente a la actuación administrativa, valorando la existencia de otros intereses públicos igualmente necesitados de protección; no parece que la LDC esté pensando en una sobreexposición de la autoridad de Defensa de la Competencia en su relación con el resto de la Administración Pública, por lo que en principio el uso de esta facultad de impugnación debería estar gobernado por la prudencia y alejado del exceso de celo impugnatorio.

## 2. ASPECTOS PROCESALES

La norma objeto de este comentario tiene un indudable contenido procesal, centrado específicamente en la cuestión de la legitimación.

Como principio general puede señalarse que, en nuestro sistema jurídico-procesal con base en este precepto, la CNC en el marco de un proceso es Administración Pública con personalidad jurídica y, en consecuencia, con legitimación.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, regula la legitimación en su artículo 19, debiendo destacar, a los efectos estudiados, los siguientes apartados:

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:
  - c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos Públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.

- d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.
- e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos Públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

Éstas son las normas generales sobre la legitimación, junto con el procedimiento de declaración de lesividad regulado en el artículo 19, párrafo 2 (y que a los efectos estudiados no nos interesa).

## 2.1. LEGITIMACIÓN DE LA CNC

La legitimación en el caso de que la Administración se proponga iniciar un proceso debe estar conectada a los conceptos de competencia o de interés.

La legitimación a estos efectos refleja el círculo de las competencias que la Administración tiene encaminadas a la salvaguarda de:

1. Los intereses generales.
2. Los principios esenciales del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el punto de partida es que la CNC no puede impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de otras Administraciones Públicas que no tengan ninguna relación con la esfera de competencias que la LDC le atribuye.

En esta materia, como ocurre en general en nuestro sistema jurídico, debe respetarse también el principio de la accesividad de la legitimación de la CNC (fundada en la legitimación inherente al poder del Estado para hacer efectiva la garantía del principio de legalidad) respecto de la legitimación que, en su caso, tendrían los TDC autonómicos cuando la cuestión se limite a su ámbito de competencias, es decir, cuando la Administración que ha adoptado una actuación contraria a la libre competencia es autonómica (y de su propia Comunidad Autónoma). Así queda reflejado, por otra parte, en la doble previsión, de los artículos 12.3 y 13.2 respectivamente.

En el marco de este comentario, no se analizará una cuestión que vista la redacción de este segundo precepto, plantea serias dificultades: se trata de la

competencia de la CNC respecto de las actuaciones de las autoridades locales, especialmente si existe una autoridad de Defensa de la Competencia autonómica y esta decide no ejercitar la legitimación para impugnar que le reconoce el artículo 13.2 LDC. Queda fuera de este trabajo por tanto el problema que plantean las relaciones Administración Local/Administración Autonómica y los efectos sobre la legitimación de la CNC en relación con la actuación de la Administración Local.

## 2.2. ¿QUÉ CLASE DE LEGITIMACIÓN SE ESTABLECE EN EL ARTÍCULO 12, PÁRRAFO 3, DE LA LDC?

La Ley parece haber caracterizado a la CNC como parte, con un contenido “material” y no meramente (o más) “formal”, como se ha caracterizado el tipo de intervención de las autoridades de Defensa de la Competencia ante los jueces que juzgan litigios entre particulares como *amicus curiae*. No se trataría por tanto de una mera norma procesal y si de una norma sustantiva que además de atribuir legitimación a la CNC establece causas de nulidad o anulabilidad de la actuación administrativa.

La Disposición Adicional Segunda de la LDC introduce el artículo 15 bis de la LEC :

### Intervención en procesos de defensa de la competencia.

La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate.

La diferencia de los términos empleados por uno y otro precepto es evidente: mientras la LEC dice claramente que la CNC, la Comisión Europea y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas “podrán intervenir sin tener la condición de parte”, la LDC dice que la CNC “está legitimada”.

La legitimación “formal” es una condición externa de actuación y defensa de una pretensión, o de oposición a la pretensión de otro, sin tener la titularidad material de los derechos e intereses que resultan respaldados por esa posición, titu-

laridad material que corresponde a otras personas. Es el caso del Ministerio Fiscal, que defiende el interés objetivo en el cumplimiento de la legalidad.

¿Cuál es la legitimación de la CNC? A mi juicio la LDC contempla la legitimación “material”, porque utiliza la expresión “impugnar” y por la propia sistemática del precepto.

En apoyo de este punto de vista está el hecho de que el Ministerio Fiscal en su Estatuto tiene reconocido el derecho a “recurrir” en determinados supuestos: en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, el artículo 3 regula las facultades que tiene el Ministerio Fiscal para el cumplimiento de las misiones que le son conferidas en el artículo 1, y en el apartado 14 se habla de “defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención”.

En conjunto, la lectura de este artículo 3 comparado con el artículo 12.3 LDC pone de manifiesto que mientras que el primero dice que el Fiscal tiene la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, la CNC puede “impugnar ante la jurisdicción competente”.

A estos efectos es interesante recordar lo que razonó el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el día 20 de enero de 2007 resolviendo el recurso de casación (num. 6991/2003) interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional que a su vez estimaba parcialmente el recurso presentado por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de noviembre de 1999, recaída en el expediente 432/1998.

La Audiencia Nacional había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulado parcialmente el acuerdo impugnado, señalando que se había cometido una infracción tipificada en el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al haberse acreditado la existencia de prácticas concertadas restrictivas de la competencia consistentes en la adopción simultánea por las compañías aéreas imputadas de un acuerdo tendente a unificar las tarifas.

El Tribunal Supremo examina detalladamente la legitimación activa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias para recurrir un acuerdo del TDC. A la vista del contenido del acuerdo del TDC concluye que los hechos investigados y denunciados “afecta(n) a las condiciones de competitividad y de funcionamiento en que se presta por las Compañías aéreas el servicio de transporte aéreo regular de viajeros” y son “de indudable transcendencia para los habitantes de las Islas Canarias, al facilitar su movilidad, y para el desarrollo económico y social del archipiélago”.

La consecuencia que extrae el Alto Tribunal es que se ha evidenciado el interés directo y legítimo de la Comunidad Autónoma porque:

— tiene la obligación de satisfacer el interés general, y esta obligación la tiene,

dice el Tribunal Supremo “toda Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución”.

- y la impugnación atañe directamente al ejercicio de sus competencias de defensa de los intereses canarios y de los consumidores y usuarios, que le atribuyen los artículos 1 y 31 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por la Ley Orgánica 10/1984, de 10 de agosto, reformado por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.

Dice la sentencia:

En efecto, la insularidad de las Islas Canarias ha propiciado históricamente la institucionalización de un régimen económico y fiscal especial, como instrumento de solidaridad interterritorial, a que alude el artículo 138 y la Disposición Adicional Tercera de la Constitución, con el objetivo de impulsar el desarrollo económico y social del archipiélago, según se refiere en la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2003, de 27 de marzo, y 137/2003, de 3 de julio, que ha sido objeto de reconocimiento en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que califica a las Islas Canarias de región ultraperiférica que motiva que los poderes públicos canarios asuman como principios rectores de su actuación, entre otros, según establece el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Canarias, la promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades, entre los que cabe englobar el derecho de libre circulación y la libertad de empresa, que les legitima para entablar ante los Tribunales de Justicia cuantas acciones sean precisas con el objeto de favorecer la defensa de los intereses del pueblo canario, y en particular, la satisfacción efectiva del derecho a la movilidad y la libertad de establecimiento, que concierne, entre otras actividades, al transporte aéreo.

El Tribunal Supremo cita el artículo 19.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la Administración de las Comunidades Autónomas “para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía”.

A tales efectos se remite a dos sentencias del Tribunal Constitucional (28/1991, de 14 de febrero y 199/1987, de 16 de diciembre). Esta referencia debe interpretarse respecto de aquellas actuaciones administrativas que inciden directamente en su posición institucional de portadores de intereses públicos vinculados a garantizar la efectividad de los derechos de la colectividad, marco en que se inserta el ejercicio de sus potestades, sin limitarse objetivamente a la defensa estricta de las competencias.

Cita igualmente una sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2002 (RC 5194/2000), según la cual el que la Administración Autónoma se rija por el principio de legalidad “no permite rechazar el interés legítimo

como interés general de legitimación”, que está en la base de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, de 27 de diciembre de 1956, y en el artículo 19.1. a) y d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, porque, según se afirma, “no puede excluir en absoluto, su capacidad para recurrir jurisdiccionalmente actos de otra Administración que resulten lesivos para sus legítimos intereses, en relación con la defensa de sus competencias”.

Finalmente es importante resaltar que esta doctrina jurisprudencial, que aprecia la legitimación activa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias para recurrir en este supuesto una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, con base en la aplicación del artículo 19.1 a) y d) de la Ley Jurisdiccional, se revela acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración Pública en su vertiente de derecho de acceso al proceso, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución.

Retomando el tema de la legitimación, el Alto Tribunal recuerda una vez más que el concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, debe interpretarse a la luz del principio *pro actione* que tutela el artículo 24 de la Constitución (STC 45/2004, de 23 de marzo), equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta.

Si bien esta sentencia no reconoce una legitimación como la que es objeto de este estudio, sí proporciona unas pautas para centrar la interpretación del artículo 19, párrafo 1, letras a) y d) de la Ley Jurisdiccional, y permite enlazar con el tratamiento procesal de la legitimación de la CNC y el artículo 12.3 LDC.

Continuando con este aspecto de la cuestión, debe recordarse que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación *ad processum* y la legitimación *ad causam*. La primera ha sido definida como la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso. La segunda es la legitimación propiamente dicha e “implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito”. Añadiendo la doctrina científica que “esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal”.

Cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo debe justificarse la legitimación: la Ley de la Jurisdicción incluso ha previsto que en determinados supuestos además de razonar en el escrito de interposición del recurso la legitimación, se justifique documentalmente.

A tales efectos, el artículo 12.3 LDC ha sido desarrollado por el artículo 10 del Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia. En su artículo 10 señala entre las funciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia: “d) Acordar

la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

### 2.3. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE

Los artículos 25 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regulan la actividad administrativa impugnabile.

Son impugnables las disposiciones de carácter general y los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, la inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Según dispone el artículo 12, párrafo 3, de la LDC, en este caso son impugnables “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 el mercado”. La primera parte no plantea obstáculos, pero si la segunda, la que hace referencia a los obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. La dicción del precepto vincula la base jurídica de la impugnación a que de la actividad administrativa se deriven esos obstáculos.

La primera duda que se plantea es si la Ley vincula la impugnabilidad a la infracción de los artículos 1 a 3 de la LDC, enlazando con la previsión del artículo 4 de la misma Ley. En ese caso para impugnar las resoluciones correspondientes habría que tener presente:

- 1º. Si se ha infringido la LDC de manera que el “obstáculo” no sería sino uno de los tipos infractores. Cualquier razonamiento y prueba que sustente la impugnación debería quedar referida a la infracción de tales preceptos.
- 2º. Si no existe una norma legal que expresamente ampare la infracción por parte de la Administración autora del acto.

Esta concepción es coherente con la consideración de que el artículo 12.3 LDC está dirigida a perseguir las infracciones de esta Ley llevadas a cabo por la Administración, pero no con la idea de que es un aspecto de la *competition advocacy*.

Otra opción sería entender que el “obstáculo” queda desvinculado de los tipos infractores regulados en la LDC, y referido a las causas de nulidad de los actos administrativos establecidas en la Ley 30/92. La duda persiste porque tales causas deberán igualmente vincularse a otros preceptos del ordenamiento jurídico: posiblemente la Ley 15/2007 aunque no los artículos 1 a 3, el derecho comunitario de competencia (con el inconveniente de que no habría “obstáculos” cuando el efecto sobre la competencia efectiva en el mercado no sea significativo para el mercado

común) y en general cualquier norma que contenga previsiones sobre el mantenimiento de la libre competencia.

La propia CNC en el documento elaborado para el citado Seminario interno concluía que “sería la propia impugnabilidad de estos actos y reglamentos la que conduce a establecer su carácter contrario al ordenamiento jurídico, sin necesidad de remisión a otro precepto legal”. Es difícil sostener esta tesis en el marco del sistema de impugnación de los actos administrativos que establece la Ley Jurisdiccional: la causa de la solicitud de declaración de nulidad o anulabilidad no puede limitarse a la cita del artículo 12, párrafo 3, de la LDC, porque no todos los obstáculos a la competencia efectiva son ilegales.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la Defensa de la Competencia no es el único interés público constitucional.

Según el Tribunal Constitucional, la defensa de la competencia, en su aspecto normativo comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y en su caso la represión de las situaciones que impongan obstáculos a la competencia en el mercado (STC 71/1982).

La Ley 15/2007 prevé expresamente la posibilidad de una colisión entre el interés general de defensa de la competencia, y otros, siendo el ejemplo más claro la previsión del artículo 10 respecto a la intervención del Consejo de Ministros (artículo 60) “por razones de interés general distintas de la defensa de la competencia”.

En el artículo 10, párrafo 4, se recoge la lista:

- defensa y seguridad nacional,
- protección de la seguridad o salud públicas,
- libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
- protección del medio ambiente,
- promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, y
- garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

La Exposición de Motivos aclara que se trata de una lista no exhaustiva, y concreta que la toma de decisiones de la Comisión Nacional de Competencia se fundamentará en el “criterio sustantivo” del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, frente a la protección del interés general de la sociedad que es el fundamento de la intervención del Gobierno.

Las dudas se acentúan si se piensa en los supuestos en los que la actividad administrativa de la *que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado* es fruto del uso de sus competencias por alguno de los otros órganos de la Administración Pública que tienen igualmente encomendada la defensa de la competencia.

Por ejemplo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un Organismo Público dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada (artículo 48.1 de la Ley 32/2003), así como de patrimonio propio, independiente del patrimonio del Estado (artículo 48.13 de la Ley 32/2003). Tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y *el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales*, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos (artículo 48.2 de la Ley 32/2003). Asesora al Gobierno y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado.

O la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de la actividad de cuantos intervienen en los mismos. Su objetivo es velar por la transparencia de los mercados de valores españoles y la correcta formación de precios, así como por la protección de los inversores.

La eventual actuación de la CNC contra resoluciones de estos u otros organismos, que tienen definidas sus competencias siempre en el marco de la libre competencia o la libertad del mercado que regulan, ofrece especiales dificultades dada la sensibilidad que ha demostrado alguno de estos órganos reguladores respecto de sus propias competencias, hasta el punto de enfrentarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa al Ministerio del ramo.

Recientemente (10 de marzo de 2009), el Tribunal Supremo dictó sentencia en el recurso contencioso-administrativo 61/2005 resolviendo el interpuesto por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra un Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

La primera cuestión que aborda la sentencia es la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado al amparo del artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional, por entender que se encuentra en el supuesto contemplado en el artículo 20.c) de la misma, y que no le comprende el último inciso de dicho artículo, puesto que la CMT carece de un específico estatuto de autonomía respecto de la Administración del Estado.

El Alto Tribunal rechaza tal alegación con el siguiente fundamento:

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, creó la CMT como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, como se precupa de resaltar su Exposición de Motivos. Consecuente con ello, su artículo 1º le

atribuye personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, lo que significa, en principio, su legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos y disposiciones que se dicten por otras Administraciones Públicas y que afecten a sus competencias. Sin embargo, se plantea la duda de si la referencia que en ese precepto se hace a su adscripción al Ministerio de Fomento le impide impugnar las decisiones adoptadas por el Gobierno, en cuya estructura se incardina dicho Ministerio, lo que determinaría la aplicación del artículo 20.c) de la Ley Jurisdiccional, que impide interponer el recurso a “Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de que dependen”.

Ésta es la tesis del Abogado del Estado, que, sin embargo, no puede ser aceptada, pues del examen del artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones, se desprende que las relaciones entre la CMT y la Administración a la que se adscribe son de coordinación y no de jerarquía, siendo la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, la encargada de ejercer dichas funciones coordinadoras, que por su propia naturaleza son relaciones que se ejercen en un plano de igualdad y no de subordinación o superioridad respectivamente.

A esta conclusión lleva igualmente la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en la que se expresa que el Gobierno y la Administración General del Estado, respecto de los Organismos que en ella se mencionan, entre los que se encuentra la CMT, ejercerán “las facultades que la normativa que cada uno de ellos les asigne, en su caso, *con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía*”, lo que significa que cualquier extralimitación de ese respeto supondrá una vulneración que permitirá la reacción frente a ella ante la jurisdicción competente.

Además, la propia Disposición Adicional, en su apartado 2, establece que estos Organismos se registrarán por su normativa específica “en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía”, lo que supone la reiterada preocupación del legislador por otorgarles libertad de actuación.

El ejemplo es útil en cuanto que se trata de un litigio que enfrenta a un regulador y el Ministerio correspondiente, y expresamente se reconoce la legitimación del demandante, si bien las causas por las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones interpuso el litigio están relacionadas con las competencias de la recurrente y del Ministerio. Competencias que, según indicó el Tribunal Supremo en la sentencia, han de converger para un adecuado logro de los objetivos y principios establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones.

## 2.4. OTRAS CUESTIONES PROCESALES

El artículo 10, párrafo 2, letra d) del Real Decreto 3317/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia, determina que es el Consejo de la CNC el órgano competente para “acordar la impugnación de los actos y disposiciones a que se refiere el artículo 12.3 LDC”.

El artículo 15 del mismo Decreto también establece, entre las funciones de la Dirección General de Promoción de la Competencia, como se indicó más arriba: “j) Elevar propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en relación con la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, sin perjuicio de las funciones que correspondan a otros órganos de la Comisión Nacional de la Competencia”.

Según dispone el artículo 45 de la Ley Jurisdiccional, la CNC deberá acompañar al escrito de interposición del recurso certificación del acuerdo adoptado por el Consejo en tal sentido.

La Administración demandada será, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 29/1998 aquella contra cuya actividad se dirija el recurso. Igualmente podrían, como establece dicho precepto en el párrafo 1, letra b), comparecer como codeemandados “las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”.

La lectura conjunta de los artículos 12.3 y 19.1 LDC y 20 de la Ley Jurisdiccional permite concluir que con la referencia a las “Administraciones Públicas” se está admitiendo la posibilidad de que sean parte demandada, como autoras del acto sujeto al derecho administrativo del que se deriven obstáculos para la competencia efectiva, tanto la Administración General del Estado, la Autonómica, la Local, y las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a éstas, así como a las Corporaciones de Derecho Público.

Dado el interés que preside la actuación de la CNC en general y el ejercicio de esta facultad en particular, resulta difícil concretar cómo se habrá de dar cumplimiento a la obligación establecida en los artículos 48 y 49 de la Ley Jurisdiccional de emplazar a los interesados. Este precepto se refiere únicamente a “cuantos aparezcan como interesados en él”, quienes hayan de ser en cada caso será más o menos evidente según la naturaleza del acto administrativo impugnado. Si bien ante la CNC no se ha tramitado un expediente que revele la condición de interesado en el mismo conforme a las reglas de la Ley 30/92, puede haber particulares interesados en el expediente que en su caso hubiera tramitado la Administración demandada en el que se dictó el acto administrativo objeto del recurso contencioso-administrativo.

El Juez o Tribunal ante el que deberá presentarse el recurso será el competente según quien sea la Administración autora del acto, en aplicación de las normas que a tales efectos establece la Ley 29/1998.

### 2.4.1. *El requerimiento previo*

El artículo 44 de la Ley 29/1998 establece que “cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material o inicie la actividad a que está obligada”.

Del propio tenor literal del precepto resulta el carácter potestativo de este requerimiento, si bien su tramitación no está expresamente regulada, excepto en los siguientes extremos:

- Se formulará por escrito al órgano competente.
- En el escrito se concretará la disposición acto, actuación o inactividad objeto del mismo.
- El plazo para efectuarlo es el de dos meses desde que se publique la norma, se tenga conocimiento o se hubiera podido conocer el acto, actuación o inactividad.
- Se entenderá rechazado si dentro del mes siguiente a su recepción el requerido no ha contestado.

Estos elementos aproximan al requerimiento previo a un recurso administrativo, cuya finalidad sería lograr de la Administración autora del acto que proceda a anular o declarar nulo de pleno derecho aquella disposición, acto, actuación o a poner fin a la inactividad que reúne los requisitos previstos en el artículo 12, párrafo 3.

El plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo se reabre (artículo 46, párrafo 6, Ley 29/1998) desde el día siguiente a aquél en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado.

El requerimiento previo parece la solución para evitar un litigio que, dada la configuración de la legitimación de la CNC que se está analizando, y la posible colisión del interés público de la defensa de la competencia con otros intereses públicos, objetivamente plantea dificultades extraprocesales en las relaciones interadministrativas.

La solución no es sencilla incluso si el requerimiento fuera aceptado, especialmente si la afectación a la libre competencia deriva de una disposición de carácter general de rango inferior a la ley. La vía evidente para que la Administración requerida dé cumplimiento a lo que se le solicita, que no es otra cosa que hacer desaparecer el acto o disposición en cuestión, es la de la revisión de oficio de disposiciones y actos nulos regulada en el artículo 102 de la Ley 30/92. Según este precepto las Administraciones Públicas pueden en cualquier momento, y tanto por iniciativa propia como a solicitud de interesado, declarar de oficio la nulidad de actos o disposiciones administrativas en los supuestos del artículo 62, párrafos 1 y 2.

La causa de nulidad sería la vulneración de la LDC, las normas de competencia del Tratado de la Unión Europea o cualquier norma de rango superior que contenga previsiones sobre el mantenimiento de la libre competencia.

La CNC, como demandante en el proceso, tiene la obligación, según las normas generales de la carga de la prueba, de acreditar el hecho que fundamenta su pretensión: que el acto o disposición supone obstaculizar la libre competencia. Igualmente deberá acreditar que este interés debe prevalecer sobre el interés público que el acto o disposición impugnado atiende, y que indudablemente será hecho valer por la Administración autora del mismo.

#### 2.4.2. *La sentencia*

Del tenor del artículo 31 de la Ley Jurisdiccional resulta que la pretensión de la CNC debería quedar limitada a solicitar la declaración de nulidad o anulación del acto o disposición impugnado:

1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el Capítulo precedente.

Por otra parte, el artículo 33 determina: “1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.” Por lo tanto, la recurrente debe claramente fijar su pretensión, dadas las limitaciones a que se enfrenta el Juzgador: según el artículo 68 de la Ley 29/1998, la sentencia inadmitirá el recurso, lo estimará o lo desestimará. Y si lo estima (artículo 71): “Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.”

Resulta en consecuencia que, para lograr el éxito, la CNC deberá acreditar que el acto o disposición impugnada supone obstáculos a la libre competencia, que este interés público de la libre competencia es prevalente sobre cualquier otro que pueda justificar tal actuación o disposición administrativa, y que en consecuencia el acto o disposición debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.

### 3. CONCLUSIONES

La regulación establecida en el artículo 12, párrafo 3, es una novedad esencial de la Ley 15/2007 y un síntoma de la reforzada independencia de las autoridades de Defensa de la Competencia.

Contar con este instrumento jurídico debería permitir a la CNC afrontar los problemas que planteó en el pasado la prevención y la persecución de actuaciones anticompetitivas de la Administración Pública. Su configuración legal y sistemática permite considerar que se trata de un medio para avanzar en la actividad de *competition advocacy*.

No existen obstáculos procesales para el reconocimiento de esta legitimación en el marco del proceso contencioso-administrativo que regula la Ley 29/1998.

La cuestión a delimitar es precisamente la más importante: ¿qué quiere decir la Ley con “que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado”?

Madrid, Julio 2009.



## LA EXENCIÓN DEL ACCESO DE TERCEROS A INFRAESTRUCTURAS EL SECTOR DEL GAS Y EL DE TELECOMUNICACIONES

FERNANDO BARRERA REY  
Frontier-economics

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ OVEJERO<sup>1</sup>  
Frontier-economics

### 1. INTRODUCCIÓN

La exención del acceso de terceros a las infraestructuras es un asunto complejo en los sectores regulados en Europa. El sector del gas y el sector de las telecomunicaciones comparten una larga historia de regulación pero además, más recientemente, han contado y cuentan con metodologías desarrolladas a nivel comunitario para determinar las circunstancias bajo las cuales una exención al acceso es aceptable y con aplicaciones de estas metodologías en diferentes países miembros.

De esta manera, aunque las características de los sectores son diferentes, ambos tienen reglas claras respecto a la no aplicación de la regulación (exenciones de acceso o “vacaciones de acceso”), si bien sus enfoques difieren por varias razones.

<sup>1</sup> fernando.barrera@frontier-economics.com; jose.maria.rodriguez@frontier-economics.com. Los autores son Directores Asociados en Frontier Economics Ltd en España de las prácticas de energía y telecomunicaciones respectivamente. Las opiniones expresadas en este artículo son las opiniones de los autores y no representan la posición de Frontier Economics Ltd. Los autores agradecen las discusiones con Xavier Mas, Pablo González, Mónica Gandolfi, Júlía Lucena y colegas de Frontier, pero asumen todos los errores e imprecisiones que existan en este artículo.

Primero, el gas es un recurso natural de costosa reproducción y del que Europa es una importadora neta, lo cual hace que la seguridad de suministro sea una importante consideración en el diseño del marco regulatorio. La necesidad de asegurar el suministro y la posibilidad de cortes prolongados del servicio hacen que los reguladores tengan una visión menos estricta de la competencia.

Segundo, la introducción de la competencia en el sector de las telecomunicaciones se inicia con la apertura de las redes de los antiguos monopolios a los competidores, para lo que el acceso regulado es la piedra fundamental. Los beneficios demostrados de una liberalización, en la que la regulación ha tenido un papel decisivo, hace más difícil para un regulador renunciar a la misma. En el sector del gas, la competencia es más reciente y tiene beneficios menos palpables por lo cual se persigue desde un primer momento un equilibrio entre competencia y regulación y, sobre todo, entre regulación y acceso de terceros.

Tercero, en las telecomunicaciones se regulan los servicios más que las infraestructuras, debido a que la convivencia de tecnologías permite prestar servicios sustitutivos. En el sector del gas, al ser el producto una mercancía (*commodity* en inglés), se divide la cadena productiva en segmentos de infraestructura, identificando de esta manera mercados diferentes, de acuerdo con el potencial de competencia en cada mercado. Pueden clasificarse así: mercados con potencial de competencia y mercados sin este potencial (monopolios naturales), donde el acceso regulado a terceros es la norma.

Estas consideraciones sugerirían un enfoque menos intervencionista en el sector del gas que en el de las telecomunicaciones, y a simple vista éste parece ser el caso porque el número de exenciones al acceso de terceros en el sector del gas ha sido alto, mientras que en telecomunicaciones no han existido las exenciones específicas. Sin embargo, un análisis más detallado de estos sectores revela justamente que el sector del gas es más intervencionista.

El sector del gas, por ejemplo, tiene un sistema de exenciones al acceso en el cual el peso de la prueba recae en la empresa solicitante, ya que se presume que todas las inversiones en interconectores, transporte, distribución y terminales de regasificación deben ser reguladas por medio de tarifas. Asimismo, en el gas también, el acceso a terceros es la norma regulatoria para las infraestructuras gasistas con independencia de la tecnología o del mercado relevante, sin que medie un análisis previo de competencia o de conveniencia del acceso a terceros. Por eso el acceso es la norma y la exención al acceso de terceros está debidamente reglamentada aunque, como se verá más adelante, el test de exención puede llevar a que no se apliquen exenciones en entornos competitivos.

Este artículo analiza la exención a la regulación en los dos sectores. Está compuesto por cuatro secciones además de esta introducción. La primera analiza las razones por las cuales la exención a la regulación puede ser necesaria. La segunda discute las exenciones en gas y la tercera en telecomunicaciones. La última sección concluye.

## 2. RAZONES DE LA EXENCIÓN O “VACACIONES” DE ACCESO

La exención a la obligación del acceso de terceros es primordialmente un asunto regulatorio que tiene consecuencias sobre el desarrollo competitivo de los sectores en los que se contempla su aplicación.<sup>2</sup> La conveniencia de la aplicación de las exenciones a nuevas inversiones en sectores regulados es un asunto muy ligado al problema de oportunismo regulatorio o a lo que, en otras situaciones, se denomina el problema del *hold up*.

El problema de oportunismo regulatorio es resultado de la falta de credibilidad de un regulador. Se produce porque antes de la inversión, el regulador puede manifestar que está dispuesto a pagar todos los costes de la misma con tal de que ésta se lleve a cabo, pero una vez acometida es posible que sólo esté dispuesto a pagar lo necesario para que la empresa continúe operando. Este último valor, cuando hay inversiones “hundidas” o inversiones que no tienen un valor alternativo, es inferior al coste total del proyecto. Al anticipar esta reacción la empresa prefiere no invertir.<sup>3</sup>

Otra forma en que se manifiesta el oportunismo regulatorio es lo que se denomina como rentabilidades truncadas por la regulación.<sup>4</sup> La empresa tiene motivos para creer que en el caso en que se presenten beneficios altos derivados de una inversión, el regulador reducirá el retorno de dicha inversión a niveles normales (por ejemplo permitiendo el acceso de competidores a precios orientados a costes) pero que, en el caso contrario, en que los retornos sean bajos, dejará que la empresa asuma pérdidas. Esta asimetría en los retornos hace que la rentabilidad esperada de una inversión regulada sea inferior a la que existiría sin tarifas reguladas.

La no realización de inversiones asociada al problema del *hold up* es un caso extremo. Lo más probable en estos casos es que las inversiones se retrasen. El retraso de nuevas inversiones para una empresa regulada es más factible en la medida en que esta empresa sea la única que pueda acometer la inversión, ya que no tendrá la amenaza de otros que se le puedan adelantar.

Si existe más de una empresa que pueda llevar a cabo la inversión, el retraso dependerá del propio carácter de la inversión y de la situación del mercado. Si la inversión es replicable, el mercado será competitivo y la exención no tendrá ningún impacto en la decisión sobre el momento de invertir. Si la inversión no es replicable, las exenciones tienden a acelerar las inversiones porque las empresas compiten por quedarse con la “patente” (es decir, la exención).<sup>5</sup>

<sup>2</sup> En sectores no regulados no existe obligación de dar acceso a terceros, salvo que la denegación del mismo sea considerada anticompetitiva.

<sup>3</sup> Vid., por ejemplo, Armstrong, Cowan y Vickers (1994), *Regulatory Reform*, MIT Press, pp. 85-91.

<sup>4</sup> Vid. Caillaud y Triole (2004), “Essential facility financing and market structure”, *Journal of Public Economics*, 88 (3-4), pp. 667-94.

<sup>5</sup> Vid., por ejemplo, Gans y King (2004), “Access holidays and the timing of infrastructure investment”, *Economic Record*, 80 (1), pp. 89-100.

La exención puede entenderse como una forma de aliviar el problema regulatorio de falta de credibilidad o como la manera que tiene el regulador de reconocer la dificultad de fijar tarifas eficientes de acceso en entornos inciertos. No es sólo probable que el regulador sea oportunista, como lo explica el problema del *hold up*, sino que en un entorno de alta incertidumbre el marco regulatorio para nuevas inversiones no sea fácil de diseñar.

En estas circunstancias la exención puede reducir la reticencia a la inversión al aumentar la credibilidad del regulador. Primero, y a pesar de que el compromiso de exención de acceso puede no ser totalmente creíble, el oportunismo regulatorio relacionado con el incumplimiento de la exención es más fácil de demostrar ante la autoridad relevante, que el oportunismo asociado al problema de acotamiento regulatorio de la rentabilidad.

Segundo, el diseño de tarifas eficientes para una nueva inversión no es sencillo. En la práctica el riesgo de una inversión con acceso regulado está intrínsecamente ligado al marco regulatorio imperante. En ese caso los riesgos de la inversión son:<sup>6</sup>

- Riesgo de reconocimiento de la inversión. Riesgo que el regulador no considere como eficiente el coste de la inversión o sus costes de operación.
- Riesgo de demanda. Riesgo que la demanda esperada sea diferente a la real y que la infraestructura sea útil y sea utilizada.

El primero ya ha sido discutido y está ligado al problema de oportunismo regulatorio. Adicionalmente el riesgo de demanda es un componente muy importante en la decisión de invertir.

En la práctica, los marcos regulatorios difieren de manera importante en la forma en que transmiten a la empresa regulada el riesgo de demanda. Algunos no actualizan tarifas con cambios en la demanda, otros lo hacen y otros –los que tiene planificación obligatoria– garantizan la recuperación de la inversión eficiente y limitan el riesgo de la empresa regulada al riesgo de reconocimiento de costes.

La manera en que debe asumirse el riesgo de demanda en un marco regulatorio es un asunto complejo, sobre todo en situaciones de alta incertidumbre en el valor de la misma. El riesgo en entornos cambiantes de tecnología –como en las telecomunicaciones– o por evolución incierta de la demanda, como el que puede darse en mercados recientemente liberalizados o con baja penetración del producto, puede condicionar la rentabilidad de la nueva inversión.

<sup>6</sup> En esta lista no se incluye el riesgo de precios, tan importante en mercados competitivos, pero que no se presenta en el caso de acceso regulado, porque por definición los precios son fijados por el regulador.

Bajo la incertidumbre en la demanda las tarifas reguladas son de difícil cálculo y administración. Aunque muchos reguladores consideran que puede ser posible fijar tasas de retorno de acuerdo con el riesgo de demanda de la empresa regulada, la verdad es que dicho cálculo no es fácil si no existe un número suficiente de comparadores o un conocimiento de cómo este riesgo afecta el coste de capital de la empresa regulada.

En estas situaciones, al igual que en situaciones de oportunismo regulatorio, la exención puede ayudar a viabilizar las inversiones. Esta exención puede materializarse permitiendo la suscripción de contratos de largo plazo –no prohibidos pero de difícil suscripción en la práctica– o por medio de tarifas comerciales más flexibles y recursivas que las que puede fijar un regulador con conocimiento limitado del negocio.

Si sobre esta base se justifican las vacaciones de acceso, la duración de las mismas no es de difícil determinación. Se considera que la duración de las vacaciones debe ser fijada por adelantado y debe estar ligada a la recuperación de la parte hundida de las inversiones. En algunos casos las vacaciones pueden ser cortas porque la mayor parte de los beneficios de la inversión se materializan en un plazo corto posterior a la misma y en otros casos pueden ser largas, si los principales réditos del proyecto se materializan tarde en el tiempo.

En resumen, las situaciones relevantes para el inversor son los rendimientos esperados con exención y los rendimientos esperados con regulación. El primero puede ser superior al segundo por dos motivos:

- Para un mismo rendimiento medio, en los casos en que el riesgo regulatorio es superior al riesgo de mercado; y
- Para un mismo nivel de riesgo, en los casos en que el rendimiento de mercado es superior al rendimiento regulado.

Pero puede ocurrir que el rendimiento con exención sea positivo y sin la exención, negativo. Es decir que la exención sea el factor que haga viable la inversión. Este caso es más factible cuanto más contingente sea el marco regulatorio y mayor la incertidumbre.

### 3. EXENCIÓN DE ACCESO EN EL MERCADO DE GAS

La Directiva 2003/55 está construida sobre el principio básico de acceso a terceros. El principio general de acceso a terceros toma la forma de acceso regulado en el cual se establecen tarifas reguladas de manera *ex ante* para las actividades de transporte, distribución y regasificación de gas natural licuado (GNL), quedando la opción de acceso negociado en los casos de almacenamiento y gasoductos en el

sector *upstream*. El borrador de la nueva Directiva –conocida como tercer paquete legislativo– añade las ampliaciones de capacidad como infraestructura susceptible de exención (aumentos significativos de capacidad de infraestructura existente o modificaciones de infraestructura existente que permiten el desarrollo de nuevas fuentes de suministro de gas).<sup>7</sup>

### 3.1. CASOS SUSCEPTIBLES DE EXENCIÓN

El acceso regulado a terceros fue el principal logro de la Directiva y la reticencia a aplicar exenciones es una de las características de su filosofía regulatoria. Pero los problemas de seguridad de suministro y la necesidad de nuevas inversiones explican la existencia de una posible exención al acceso de terceros y, probablemente, la alta concesión de exenciones en la práctica.

Para que la exención de acceso de terceros a nuevas inversiones pueda aplicarse (artículo 22 de la Directiva y 35 del borrador de Directiva) existen las siguientes reglas que deben cumplirse de manera conjunta:

- se restringe a interconectores entre Estados miembros, instalaciones de GNL, e instalaciones de almacenamiento;
- las inversiones deben ser de tamaño grande;
- el nivel de riesgo de la inversión debe ser tal que no se haría la inversión sin la exención;
- la inversión debe favorecer la competencia y la seguridad de suministro;
- la infraestructura será propiedad de una persona física o jurídica distinta de los gestores de redes en cuyas redes vaya a construirse la infraestructura;
- la exención no irá en detrimento de la competencia, del funcionamiento eficaz del mercado interior del gas ni del funcionamiento eficaz de la red regulada a la que esté conectada la infraestructura.

Las exenciones deben analizarse caso por caso, ya que no se admiten exenciones por actividad o en bloque. La decisión sobre la exención recae en la autoridad nacional de regulación pero la Comisión Europea revisa dichas decisiones –pudiendo pedir enmiendas o vetando la exención– y, en el borrador de la nueva directiva, la nueva agencia de reguladores europeos deberá también opinar sobre la exención.

<sup>7</sup> En el caso de almacenamiento de gas se solicita exención al acceso negociado, porque el acceso regulado no es obligatorio para estas infraestructuras.

Con miras a facilitar la labor de revisión de las exenciones y la coherencia en las decisiones, la Comisión publicó, inicialmente, una nota interpretativa –no vinculante– que precisó el alcance de la exención.<sup>8</sup> En la nota del año 2004 se le ponía un valor al concepto de “grandes inversiones” considerando que un límite apropiado era el de casos en los que los costes de inversión fueran superiores a 10 euros por usuario beneficiario de la infraestructura.

Pero el tamaño de la inversión no era suficiente sino que también la inversión debía tener un nivel de riesgo privado<sup>9</sup> representado por una ratio beneficio-coste incierta o un alto coste de inversión representado por un alto porcentaje de inversiones hundidas –sin uso alternativo– o elevados riesgos de mercado posteriores a la construcción de la infraestructura.

Respecto a favorecer la competencia se precisaba que las exenciones no se aplicarán, en general, cuando se cree o refuerce una posición de dominio o cuando el otorgamiento de la concesión reduce las posibilidades de erosión de una posición de dominio. Ante la posibilidad de creación de una posición de dominio se consideraba que la exención es menos probable si no existen otras infraestructuras que compitan con la infraestructura en cuestión, ya sea por razones técnicas, económicas o de localización.

La aplicación por exención implica que el peso de la prueba recae sobre el solicitante de la exención. En la solicitud de exención se deben explicar claramente las razones por las cuales el tratamiento regulado de la infraestructura no brinda los incentivos necesarios para su construcción ya que debe demostrarse que la exención es el factor que viabiliza la nueva inversión.

Motivada por la experiencia con las exenciones otorgadas desde la expedición de la Directiva y lo que se ha interpretado como falta de claridad para las autoridades nacionales y los agentes del mercado sobre la aplicación de los criterios para evaluar las solicitudes, la Comisión ha emprendido, recientemente, una revisión de la Nota Explicativa del año 2004 publicando un borrador que busca reemplazar dicha nota.<sup>10</sup>

En esta nota se modifica el criterio de tamaño de la infraestructura y se deja que sea función del tamaño del mercado relevante. La nota también precisa la contribución de “seguridad de suministro” que era un tema que no había sido abordado por la nota original y tipifica dicha contribución como:

- Contribución a la diversificación de las fuentes de suministro, en especial, una nueva ruta de abastecimiento;

<sup>8</sup> Exemptions from certain provisions of the third party access regime. Note of DG Energy and Transport on Directives 2003/54-55 and Regulation 1228/03 in the electricity and gas internal market.

<sup>9</sup> Proyectos financiados de manera pública por el estado miembro o la Comisión no son susceptibles de exención.

<sup>10</sup> Commission Draft Staff Working Document Article 22 of Directive (EC) N° 2003/55 and Article 7 Regulation (EC) N° 1228/2003.

- Contribución a alcanzar los estándares de seguridad de suministro para clientes residenciales establecidos en la Directiva 2004/67/EC.<sup>11</sup>

Los casos en los que dicha contribución es más plausible, son casos en los que el proyecto aumenta la flexibilidad de traer gas al mercado, como es el ejemplo de un terminal de GNL comparado con un gasoducto.

### 3.2. ALCANCE DE LA EXENCIÓN

Se presume que la exención al acceso regulado de terceros no tiene por qué representar una ganancia importante para la empresa exenta. La razón es que el regulador tiene bastante flexibilidad en la fijación de tarifas de acceso que permitiría compensar a la empresa la pérdida de la flexibilidad en la fijación de sus tarifas. En el sector del gas, la obligación de los reguladores es la de diseñar marcos regulatorios y tarifas que brinden las señales económicas apropiadas para que se hagan las inversiones necesarias en términos de seguridad de suministro. Es decir, la regulación debe permitir que se hagan nuevas inversiones sin que se tenga que restringir de manera innecesaria la competencia por medio de exenciones al acceso.

El regulador puede, por ejemplo, dar tasas de retorno superiores para ciertas infraestructuras si el riesgo de demanda es superior, o fijar tarifas por uso de largo plazo, o permitir la suscripción de contratos bilaterales de acceso de largo plazo. Lo importante es que el regulador fije las tarifas *ex ante*, que éstas sean coherentes con la Directiva y que se sigan las reglas de competencia —sobre todo en los contratos de largo plazo, introduciendo la posibilidad de reventa de la capacidad o la adopción de fórmulas de uso “úselo-o-piérdalo”—.

La exención al acceso de terceros puede ser total, en cuyo caso los operadores de la infraestructura no tendrían que publicar tarifas ni tampoco existiría un sistema de resolución de conflictos o intervención *ex post*. Si la exención es parcial no es tampoco necesaria la publicación de tarifas pero el proceso de asignación de la capacidad debe hacerse por medio de concurso (*open season procedures*), subastas o negociación bilateral. En este caso, el regulador aprobaría el método de asignación de la capacidad utilizado por el inversor.<sup>12 13</sup>

La exención de acceso de terceros significa que las tarifas pueden causar cierto grado de discriminación entre usuarios; que la empresa se reserve parte de la capa-

<sup>11</sup> Los estándares se refieren a condiciones de temperatura extremadamente baja o a puntas de consumo.

<sup>12</sup> Una exención parcial también incluye situaciones en las que se brinde acceso a terceros pero no se utilice la metodología utilizada para fijación de tarifas de otras infraestructuras existentes, o regulación *ex post* de las condiciones de acceso.

<sup>13</sup> Según el borrador de la Directiva, la autoridad deberá decidir de acuerdo a las reglas para gestión y asignación de capacidad. El procedimiento de *Open Season* (temporada abierta para enviar solicitudes de capacidad) también entra a formar parte de los requisitos explícitos de la Directiva.

cidad para uso propio, o que los contratos puedan ser de plazo diferente al que el regulador fijaría. A pesar de la flexibilidad que tiene el regulador de fijar tarifas de acceso, la posibilidad de que la empresa pueda decidir sobre sus propias tarifas brinda una libertad que puede ser importante y legítima en algunas situaciones, como se analiza a continuación.

### 3.3. TESTS DE COMPETENCIA

El cumplimiento del estándar de competencia tiene dos partes (artículo 22 y 35 de las Directivas).

a) La inversión debe favorecer la competencia en el suministro de gas y mejorar la seguridad del suministro.

(...)

e) La exención no irá en detrimento de la competencia ni del funcionamiento eficaz del mercado interior del gas, ni del funcionamiento eficaz de la red regulada a la que esté conectada la infraestructura.

Por un lado, el proyecto en cuestión debe promover la competencia en suministro y, por otro lado, la exención no debe perjudicar la competencia.

La aplicación conjunta de los dos tests genera problemas en la práctica. Para explicarlo, es necesario contemplar cuatro situaciones posibles:

- Situación actual en la que no hay inversión (Situación 0).
- Situaciones con inversión (Situación 1).
  - En la que hay exención al acceso de terceros (Situación 1a).
  - En la que no hay exención al acceso de terceros (Situación 1b).

En el caso en que el mercado afectado sea el mercado de suministro, el requisito (a) del test de exención no contempla una situación real. La situación con inversión no existe en sí misma como parece ser el objetivo del test porque la situación con inversión solo existe con y sin exención. En pocas palabras la aplicación del segundo test, (e), es suficiente. Asimismo, una nueva inversión tiende a mejorar la seguridad de suministro a menos que reemplace una inversión existente, en cuyo caso no podría ser considerada nueva inversión.

La aplicación del segundo test también tiene complicaciones, porque no es evidente cuáles son las situaciones que está comparando. De hecho, el test podría interpretarse como un test que compara —en términos de detrimento de la

competencia— la Situación 1a y la Situación 1b (el contrafactual es inversión sin exención), ó, entre la Situación 1a y la Situación 0 (el contrafactual es la situación actual).

Éste parece el test más apropiado porque la inversión no se ha realizado y porque la solicitud consiste en la exención al acceso. Así, desde el punto de vista de la competencia, lo único realmente necesario sería comparar la situación de competencia con la exención (Situación 1a) y la Situación inicial (Situación 0) y olvidarse del primer test, sobre todo en casos en los que el mercado relevante sea el mercado de suministro de gas.<sup>14</sup>

Esto, desde el punto de vista de la competencia, debería ser todo lo necesario pero la Directiva va un paso más allá con un tercer test, el test de inversión. El tercer test de la inversión es el siguiente:

b) El nivel de riesgo inherente a la inversión es tal que ésta no se llevaría a cabo de no concederse la exención.

Este test no es un test de competencia *per se* sino un test de acceso a terceros coherente con una Directiva fundada sobre este instrumento. El test dicta que una exención sólo se autoriza si hace viable la inversión. Si la inversión es competitiva pero no requiere de exención, no puede limitarse el acceso. La exención al acceso es la regla con independencia de la situación del mercado.

Obviamente, en algunos casos, el acceso a terceros es un instrumento útil para fomentar la competencia pero no debería ser un objetivo en sí mismo sino una forma de alcanzar los objetivos de competencia que se plantea la Directiva. Es probable que el sesgo hacia el acceso se haya producido por lo costoso que fue redactar una directiva que modificara el acceso negociado tradicional en el sector, pero el sesgo genera dificultades a los inversores.

Es así como el diseño del test y las infraestructuras incluidas en la obligación de acceso generan una incoherencia en la aplicación del artículo 22 de la Directiva. De una parte, su carácter de exención implica que la situación debería aplicar en pocas ocasiones y de manera extraordinaria. Pero al introducir actividades *potencialmente* competitivas, como los terminales de GNL, la excepción puede convertirse en algo habitual. En los casos en que la actividad es potencialmente competitiva lo natural es que exista competencia a menos que alguna distorsión sea la que esté propiciando dicha ausencia de competencia. En este caso lo natural sería que el regulador identificase dicha distorsión y, dado que su labor es la de promover la competencia, identificase las razones por las cuales debe denegar la exención hasta que la competencia haga su aparición. Es decir, en estos casos, la exención debería ser la norma y no la excepción.

<sup>14</sup> La nueva nota en discusión de la Comisión anota que los tests debe centrarse en que el proyecto con exención sea pro-competitivo y beneficioso para consumidores.

El hecho de que se deba solicitar la exención implica poner el peso de la prueba en el solicitante y no en la autoridad. Más aún, la aplicación del tercer test aumenta el peso de la prueba sobre el solicitante, pudiendo llegar a ser contraproducente. Es perfectamente plausible que una inversión sin exención sea rentable, pero que el inversor prefiera no dar acceso —debido a tener una ventaja competitiva legítima— pese a que las dos situaciones no representen deterioro en la competencia. Es decir, en esta situación se pasarían los tests de competencia pero no se pasaría el test de exención; el mercado sería competitivo pero se exigiría acceso a terceros, lo cual es un requisito asociado a infraestructuras esenciales y no a infraestructuras reproducibles como son las competitivas.

Podría decirse que sólo cuando el acceso fuese un instrumento convencional de competencia debiera exigirse, pero en esas situaciones una empresa competitiva estaría interesada en brindar acceso de manera voluntaria. Si el mercado es competitivo la negativa de una empresa a dar acceso de manera voluntaria sería el simple resultado de no querer compartir su ventaja competitiva legítima con otros competidores. Valga decir que si el mercado es competitivo, el acceso no debiera ser una obligación con independencia de si es o no necesario para rentabilizar la inversión.

Por estos motivos, en actividades potencialmente competitivas el peso de la prueba debería recaer sobre la autoridad y no sobre el solicitante. Con esta reforma podrían evitarse muchas de las solicitudes de exención que han tenido que analizarse hasta la fecha y el sesgo hacia la aprobación que parece haberse producido en la práctica podría explicarse.

### 3.4. VÍNCULO CON EL MARCO REGULATORIO

De acuerdo con la razón de ser de las exenciones —reducción de oportunismo regulatorio y diseño de tarifas— se observan ciertas incoherencias en la Directiva.

Si las exenciones son una forma de aumentar la credibilidad regulatoria, puede ser difícil para el solicitante utilizar dicho argumento con el mismo regulador que debe evaluar la exención. Aunque es probable que el regulador sea más receptivo a inversiones en las que los rendimientos se materialicen tarde en el tiempo, ya que le será difícil comprometerse a un marco regulatorio que respete estos rendimientos en el futuro, en otras ocasiones la petición de exención tiene menores probabilidades de éxito porque es una crítica al sistema.

Por el requisito de tamaño en la concesión de exenciones es más factible que los rendimientos de la mayoría de inversiones en el sector de gas ocurran tarde en el periodo, y por eso las solicitudes de exención tienen una mayor probabilidad de éxito con el regulador. Pero esto no es una virtud del test de la Directiva sino una característica del sector. Lo sensato sería contar con la opinión de un tercero respecto al nivel de riesgo del sector regulado. Por el contrario, en el diseño actual la Comisión se limita a revisar las exenciones otorgadas, pero no analiza las dene-

gadas, lo cual es síntoma del sesgo hacia el acceso de la Directiva y, en la práctica, evita que la Comisión opine sobre aspectos específicos del marco regulatorio de los Estados miembros.

Es muy probable que el solicitante deba recurrir a los argumentos relativos al riesgo de demanda y diseño de tarifas eficientes en este entorno para obtener la exención. El éxito de esta estrategia dependerá en amplia medida de la modestia del regulador en cuanto a su habilidad de fijar tarifas eficientes en este entorno y de su capacidad de recoger en sus estimaciones de coste de capital el efecto del riesgo de demanda.

En este sentido, el borrador de nota que acompaña a la tercera Directiva reconoce estas situaciones y es una mejora respecto a la nota original. Se reconoce que cuanto mayor sea el riesgo (por ejemplo por la existencia de otros competidores, por integración vertical, etc.), más factible es la exención, sin que se tenga que depender de la destreza regulatoria para fijar tarifas en este entorno.

### 3.5. APLICACIÓN DE LAS EXENCIONES

ERGEG (el Consejo Europeo de Reguladores de la Energía) ha seguido con interés la aplicación de las exenciones en distintos países y ha concluido, entre otras cuestiones, que:<sup>15</sup>

- No debe haber preferencias *ex ante* a terminales de GNL, ya que la exención debe analizarse de acuerdo a los méritos de cada solicitud.<sup>16</sup>
- Exenciones parciales son preferibles a totales.
- No debe haber exclusión automática de proyectos de operadores dominantes por la aplicación caso-por-caso, pero deben ser la excepción.

También se ha observado que la aplicación de los criterios de las exenciones difiere en la práctica y acarrea el riesgo de que los inversores busquen la autoridad más favorable, llevando a la preocupación de que el alto número de exenciones otorgadas (la totalidad afirma ERGEG)<sup>17</sup> puedan representar una barrera a los esfuerzos de crear un mercado europeo único del gas. ERGEG reconoce, sin embargo, que las

<sup>15</sup> ERGEG (septiembre 2007), *Treatment of New Infrastructure: European regulators' experience with Art. 22 exemptions of Directive 2003/55/EC, Interim results of ERGEG survey*; y la actualización reciente ERGEG (marzo de 2009), *European regulators' experience with Art. 22 exemptions of Directive 2003/55/EC, 2008 Update of ERGEG's internal survey*, y la conclusión ERGEG (abril 2009), *Guidelines on Article 22 (exemptions): An ERGEG conclusion paper*.

<sup>16</sup> Situación que estaría cubierta, si existiese una evaluación *ex ante* del mercado y una revisión donde el peso de la prueba estuviera en las autoridades.

<sup>17</sup> En verdad, ha habido al menos una solicitud de exención denegada no recogida por ERGEG: la solicitud de exención de Fluxys y Gazprom en Bélgica para almacenamiento.

exenciones más recientes son parciales e incluyen medidas adicionales como *open season procedures*, topes a la capacidad para operadores dominantes, etc.

El número de solicitudes exitosas puede explicarse, en parte, por el hecho de que la mayor proporción de ellas se ha producido para terminales de GNL, actividad potencialmente competitiva y en la que, debido a la dependencia externa de Europa en este combustible, la seguridad de suministro juega un papel especial.

Es así como se han presentado 16 exenciones de acceso, 11 para terminales de GNL, 4 interconectores (que son 8 solicitudes porque cada país debe aprobarla) y una para almacenamiento de gas. De las 11 para terminales, 8 se han aprobado, 2 han sido aprobadas por la autoridad nacional y una está pendiente de aprobación por las autoridades nacionales en Polonia. De las de interconectores, la de BBL (Inglaterra y Holanda) ha sido aprobada por la CE y las otras tres han sido aprobadas por las autoridades nacionales, aunque están pendientes de revisión por parte de la Comisión. Sólo la solicitud de exención del proyecto de almacenamiento ha sido rechazada.

El número de solicitudes por países está bastante concentrado: el Reino Unido tiene el mayor número (4 terminales y un interconector); le siguen Holanda (3 terminales, un interconector), Italia (3 terminales y un interconector), Austria, Hungría, Polonia, Rumania y Alemania con una solicitud.

Caso especial es el de España, país con el mayor número de terminales de GNL en Europa, y donde no se ha presentado ninguna solicitud de exención. La razón de la falta de solicitudes en España es reflejo de la manera en que se remuneran las infraestructuras y prueba que el régimen de exenciones es un asunto en el que la política de competencia y el marco regulatorio están intrínsecamente ligados. De acuerdo a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, la planificación gasista tendrá carácter indicativo, salvo en lo que se refiere a los gasoductos de la red básica, a la capacidad de regasificación y a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos, teniendo en estos casos carácter obligatorio y exigible para la seguridad de suministro.

Aunque la Ley hable de capacidad total de regasificación, en la práctica todos los terminales de GNL españoles han sido incluidos en la Planificación de las Redes de Transporte de los Sectores de Electricidad y Gas. Bajo ese régimen las inversiones consideradas como esenciales son de obligatorio cumplimiento y el único riesgo regulatorio de los inversores es el de no-reconocimiento de los costes incurridos. El modelo de bajo riesgo de demanda en inversiones en terminales no ha sido modificado y no ha mostrado tensión en su aplicación por la dependencia externa del combustible y por el rápido crecimiento de la demanda. Pero la planificación vinculante y la inclusión de los terminales de GNL en esta planificación no dejan de ser una excepción a la forma de remunerar las inversiones en el entorno europeo, donde el riesgo de demanda es superior al del caso español.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> En España existe la posibilidad de que se hagan inversiones recomendadas en la Planificación sujetas a una remuneración superior, pero en la práctica no se ha establecido dicha remuneración ni se han realizado.

## 4. EXENCIÓN DE ACCESO EN LAS TELECOMUNICACIONES

### 4.1. LA IMPORTANCIA DEL ACCESO REGULADO

El acceso regulado a las redes del antiguo monopolio es la piedra angular sobre la que se ha constituido la liberalización del sector de las telecomunicaciones. La introducción de competidores en la telefonía fija de voz se produjo por la obligación de dar acceso a la red con unos precios orientados a costes. Si exceptuamos a los operadores de cable, la competencia en el acceso a Internet minorista se ha producido por una regulación minuciosa de las condiciones de acceso al bucle local de cobre. Solamente en el caso de la telefonía móvil, en el que no se consideraba necesario porque existían varias redes independientes compitiendo entre sí, la competencia se ha desarrollado sin acceso regulado.

Lo anterior da una idea de la importancia que tiene el acceso regulado en la introducción de competencia en el sector, a menos que exista un número *suficiente* de redes compitiendo entre sí.<sup>19</sup> Por eso no es de extrañar que en el marco regulatorio del sector no sea posible dar una exención a cambio de construir una infraestructura nueva.

En este sentido, el marco regulatorio en telecomunicaciones es bastante polar, sin situaciones intermedias: o se brinda el acceso de manera regulada, o el dueño tiene la potestad de dar acceso a la infraestructura a quien estime oportuno con sujeción, por supuesto, al Derecho de la Competencia. En el siguiente apartado explicamos cómo funciona el marco regulatorio en general y, en especial, con referencia al acceso.

### 4.2. EL MARCO REGULATORIO Y EL ACCESO REGULADO

En el año 2002 el marco regulatorio del sector sufrió una importante reforma. Uno de los objetivos de la misma era crear un enfoque regulatorio flexible. Flexible para que la regulación se retirara si existía competencia en el mercado y para tener en cuenta los avances tecnológicos y los cambios en las preferencias de los consumidores, quienes podían encontrar como sustituibles dos servicios prestados por tecnologías distintas, lo que implicaba que la posible regulación tenía que centrarse más en el servicio que en la técnica subyacente (neutralidad tecnológica).

Para alcanzar la flexibilidad buscada, el marco regulatorio hace uso de las definiciones y herramientas del Derecho de la Competencia. Así se regulan mercados donde no existe competencia, esto es, donde no existen operadores con posición de dominio. Los términos “mercados” y “operador con posición de dominio” se definen igual que en el Derecho de la Competencia y se analizan usando las mismas técnicas e indicadores.

.....

<sup>19</sup> Qué se entiende por un número suficiente es tema de otro debate.

La mecánica del marco regulatorio de las telecomunicaciones, por tanto, implica que sólo se regula si no hay competencia en el mercado. Para ello los reguladores nacionales analizan un conjunto de mercados previamente definidos por la Comisión Europea e incluidos en una lista amplia. La lógica del marco implica que si el mercado no está en la lista, o estando en ella no se encuentran operadores dominantes, dicho mercado no se puede regular. Por ejemplo, el mercado minorista de acceso a Internet o el de telefonía móvil no están en la lista de mercados y por eso son mercados de los que no se ocupa la regulación de telecomunicaciones.<sup>20</sup>

La lista de mercados que la Comisión Europea publica y que los reguladores nacionales analizan, buscando la existencia de operadores dominantes, ha sufrido modificaciones desde la primera edición en el año 2003. Para el caso que nos ocupa, lo más interesante es que en la versión en vigor hoy en día la mayor parte de mercados son mayoristas (solamente hay un mercado minorista de los siete que incluye la lista). En la primera lista había once mercados mayoristas y siete minoristas. La eliminación progresiva de los mercados minoristas se basa en la idea de que cuando el mercado mayorista está bien regulado (lo que significa entre otras cuestiones que el acceso a la infraestructura del operador dominante está garantizado y funciona efectivamente) la competencia en el mercado minorista funciona y por tanto la regulación deja de ser necesaria en este mercado.<sup>21</sup>

Si se encuentra un operador dominante en el mercado mayorista, casi con toda probabilidad se le obligará a dar acceso a terceros a la red.<sup>22</sup> En concreto, el regulador valora cuál(es) de los remedios incluidos en los artículos 9 a 13 de la Directiva de Acceso mejor soluciona el (los) problema(s) que cree se va(n) a producir si decide no regular.<sup>23</sup>

Estos remedios son:

- Obligación de transparencia (artículo 9), que implica hacer público determinado tipo de información como especificaciones técnicas, características de las redes, precios, etc.
- Obligación de no discriminación (artículo 10), que requiere que el ope-

<sup>20</sup> En rigor, un regulador nacional podría proponer un mercado no incluido en la lista y regularlo si hay operadores con posición de dominio. Pero para ello, tendría que pasar el filtro de la Comisión Europea, que tendría capacidad para vetar la decisión del regulador.

<sup>21</sup> El regulador también deberá prestar atención a otras regulaciones que afectan el funcionamiento competitivo del mercado minorista, como por ejemplo la eliminación de los costes de cambio de suministrados, entre los que se encuentra la portabilidad numérica.

<sup>22</sup> En los mercados de terminación de llamadas, también mayoristas, la obligación suele ser la de fijar un precio de terminación (el que cobra un operador por terminar la llamada de otro –por ejemplo un operador móvil a otro por las llamadas fuera de su red) orientado a costes y no discriminar con el mismo, pero no se incluye una obligación de acceso al operador móvil.

<sup>23</sup> Uno de los principios básicos del marco regulatorio en telecomunicaciones es el de proporcionalidad. Las regulaciones que se impongan tienen que ir encaminadas a resolver el problema de competencia concreto que se produciría en ausencia de regulación, guardar proporción con él y ajustarse a los objetivos del marco regulatorio (básicamente promover un mercado abierto y competitivo, paneuropeo y en beneficio de los usuarios)

rador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que se proporcione a sí mismo.

- Obligación de mantener cuentas separadas (artículo 11) en relación con determinadas actividades de acceso e interconexión. Esto puede incluir una identificación clara de los precios de transferencia que se aplican.
- Obligación de dar acceso a su red o a recursos específicos (artículo 12) cuando los reguladores consideren que su denegación puede constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo minorista.
- Obligación de control de precios (artículo 13), que implica la posibilidad de regular los precios de acceso, no necesariamente a costes, y en ocasiones instaurar un sistema de contabilidad que permita identificar los costes del servicio.

En ningún caso las directivas prevén la posibilidad de que se exima de dar acceso a un operador con posición de dominio en un mercado mayorista, donde el acceso sea necesario para desarrollar la competencia. Si es dominante y el acceso es preciso, deberá darlo. La única posibilidad para el operador dominante de no dar acceso es que se base en criterios objetivos tales como “la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red”, en cuyo caso la parte afectada podrá someter el caso al regulador.

#### 4.3. LAS REDES NGN Y LA CUESTIÓN DE LAS VACACIONES REGULATORIAS

A pesar del marco regulatorio vigente, el tema de la exención regulatoria ha cobrado especial vigencia en los últimos tiempos, si bien, en la práctica, la conclusión sigue siendo la misma, no se trata de algo que se vaya a permitir.

El contexto en el que se ha hablado de exención de acceso, que en el sector se ha llamado “vacaciones regulatorias”, ha sido en el desarrollo de redes de próxima generación (redes NGN). Muy simplificada, las redes NGN son las que permitirán a los operadores de telecomunicaciones dar servicios de acceso a Internet de 100 Mbps o de televisión de alta definición. El problema es que desarrollar estas redes implica incurrir en inversiones cuantiosas, porque conllevan la sustitución total o parcial de la red de acceso telefónico.

Se puede decir que los operadores incumbentes (antiguos monopolios), principales candidatos a desplegar estas redes, están solicitando un régimen regulatorio que reconozca el mayor riesgo de estas inversiones. En particular, se pide que el regulador tenga en cuenta que la situación de mercado en la actualidad no es igual a la que existía en 1998, o incluso en 2002, cuando se liberalizó el sector de las telecomunicaciones y se aprobó el marco regulatorio actual. En concreto, la prin-

principal diferencia es que entonces había una red desplegada (la de cobre) y ahora las redes NGN están por desplegarse.

Hasta la fecha, sólo en el caso de Alemania se ha propuesto introducir vacaciones regulatorias como medida para evitar que la regulación distorsione los incentivos a invertir. Esto ha llevado a que el Parlamento alemán apruebe una ley de telecomunicaciones que indica que los mercados emergentes sólo deben regularse en el evento en que surja un problema de competencia en el largo plazo. La reacción de la Comisión Europea ha sido expeditiva, llevando al Estado alemán ante el Tribunal Europeo de Justicia, por infracción del Tratado. En este sentido, la Comisaria de la Sociedad de la Información, Viviane Reding, es muy clara sobre el asunto al decir que la intervención regulatoria debe reducirse a medidas que aumenten la competencia y no a medidas que acomoden las inversiones de los incumbentes.<sup>24</sup>

Para la Comisaria, la valoración de las vacaciones regulatorias es clara:

in network-based economies, effective competition does not prevent, but drives investment. The EU rules do not permit “regulatory holidays” precisely to prevent the re-monopolisation of markets. Any move in that direction would be a step backwards. It would open the door to higher prices and less choice for consumers.

#### 4.4. DESREGULACIÓN DE MERCADOS EMERGENTES

Una manera de eludir la regulación de las nuevas redes es la de mostrar que los servicios que se prestan a través de ellas son “emergentes”. Es necesario resaltar que el marco regulatorio de las telecomunicaciones descarta la introducción de regulaciones inapropiadas, más que no regular. El objetivo de este tratamiento especial es evitar que la regulación distorsione la prestación de servicios nuevos y generalmente muy dinámicos, a pesar de que en estos mercados un operador pueda tener una cuota de mercado elevada y considerarse dominante con los estándares habituales.

El asunto en cuestión para la aplicación de servicios emergentes es, precisamente, definir qué se entiende por mercado emergente. Según el marco regulatorio, y al hilo del Derecho de la Competencia, un mercado emergente sería aquél para el que los productos existentes no son sustitutos ni por el lado de la oferta ni de la demanda. Esto significa que los consumidores que usan el servicio emergente no podrían sustituirlo por un servicio existente ante un aumento de precios significativo y no transitorio de aquél, o que no debería ser sencillo para empresas hoy día en el mercado ofrecer este servicio ante este aumento en precios.

.....  
<sup>24</sup> Discurso de Viviane Reding: “The Review 2006 of EU Telecom rules: Strengthening Competition and Completing the Internal Market”, Annual Meeting of BITKOM, Brussels, Bibliothèque Solvay, 27 June 2006.

Esto hace que determinar si un mercado es emergente sea una tarea compleja, particularmente si está asociado al despliegue de una nueva red, ya que, para testar si este servicio (nuevo) es sustituto, es necesaria información sobre demanda, costes y comportamientos de cambio de consumidores entre ambos productos, que suelen no estar disponibles en estadios incipientes de desarrollo del servicio o, mucho menos, si la red no se ha construido.

La pregunta obvia en el contexto actual es si las NGN constituyen un mercado emergente. En realidad, son dos cosas distintas. Las NGN son una tecnología, un tipo de red, y los mercados están compuestos por servicios, que a su vez se prestan mediante tecnologías. Las redes NGN pueden llegar a prestar servicios que se consideren emergentes (por ejemplo acceso a Internet a muy alta velocidad, aunque debería estar corroborado con información sobre la existencia o ausencia de sustitución por servicios existentes) y otros que no (por ejemplo el servicio de voz tradicional). Sin embargo es lógico esperar que la aparición de servicios emergentes en telecomunicaciones en los próximos años ocurra a través del uso de estas redes.

La de los mercados emergentes es una senda que se trató de recorrer en España recientemente. En su análisis inicial del mercado de acceso mayorista de banda ancha, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones excluyó de la definición del mercado relevante los servicios con velocidades superiores a 30 Mbps, sobre la base de que existía incertidumbre sobre el grado de sustituibilidad entre estos servicios y los servicios existentes. Si bien no se denominaban emergentes, la consecuencia de la decisión de la CMT de excluirlos del mercado relevante era no regularlos. La Comisión Europea objetó a este enfoque, ya que en su opinión existía una tendencia en España a demandar cada vez más servicios de mayor velocidad y no podía descartarse que, en el futuro, el acceso a productos mayoristas de banda ancha superior a 30 Mbps pudiera ser necesario para la competencia.

Ante la posibilidad que la Comisión vetase la decisión de la CMT, el regulador español finalmente incluyó estos productos en la definición de mercado, si bien los eximió de ser regulados por no considerarlo proporcional, ya que se espera que la demanda de estos servicios por parte de los consumidores en los próximos dos años (periodo que dura la revisión regulatoria) será limitada. No obstante, esta "exención regulatoria" está sujeta a revisión si el remedio propuesto (regular el acceso mayorista a velocidades de hasta 30 Mbps) se prueba insuficiente para mantener la competencia efectiva.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> La Comisión Europea también objetó este enfoque de la CMT, pero como la CE no tiene capacidad de veto sobre los remedios que un regulador nacional impone en los mercados relevantes, la exención actualmente se encuentra en vigor.

## 5. CONCLUSIONES

El presente artículo analiza la aplicación de las posibles exenciones al acceso de terceros en dos sectores de red que han sido regulados tradicionalmente. La comparación entre los dos sectores permite extraer conclusiones sobre la forma en que se aplican los tests de competencia en cada sector y la forma en que se regulan.

En el caso de los sectores del gas y de las telecomunicaciones la exención a la obligatoriedad de acceso ha sido y sigue siendo un tema muy debatido en la agenda regulatoria. Las normativas que regulan las exenciones son claras en ambos casos aunque su enfoque difiere fundamentalmente en algunos aspectos.

Es cierto que el diseño de los dos sectores está basado sobre la idea que el acceso de terceros es parte fundamental de la competencia. Pero, como ilustran la comparación entre los mismos y la lógica económica, no es evidente que el acceso a terceros sea un objetivo en sí mismo. La directiva comunitaria del sector de gas, probablemente como reticencia a renunciar a los logros alcanzados en esta materia, convierte el acceso a terceros en un objetivo en sí mismo y sólo está dispuesta a renunciar a él si es un obstáculo en sí mismo para la inversión. Por el contrario, el marco regulatorio de las telecomunicaciones reconoce la importancia del acceso de terceros pero no lo convierte en un objetivo particular, al menos sobre el papel, sino en un aspecto más de la libertad que tienen las empresas cuando no son reguladas. Este marco equipara exención a la regulación a un todo y no la limita a un único instrumento como es el acceso de terceros.

Esta diferencia de énfasis está presente en los dos enfoques. Aunque los dos sectores parecen compartir la posibilidad de exención sólo para nuevas inversiones (en el caso de las telecomunicaciones para “mercados emergentes”) y no se plantean renunciar a los logros alcanzados hasta el momento, los efectos de los dos enfoques sobre el acceso a infraestructuras existentes son diferentes. El énfasis que se otorga a los servicios en el sector de las telecomunicaciones puede llevar a que se excluyan servicios prestados en redes o inversiones actuales, lo cual es una posibilidad que no se presenta en el caso del gas a menos que sean ampliaciones en la capacidad. Si un mercado regulado pasa a ser competitivo en telecomunicaciones las infraestructuras sobre las que se prestan dichos servicios estarán exentas de regulación (a menos que dicha regulación sea necesaria para mantener la competencia aguas abajo). Esto no ocurre en el sector gasista porque la exención está asociada a las inversiones nuevas. En el sector de gas se debe seguir dando acceso a una infraestructura aunque el mercado asociado sea competitivo.

Al definir las exenciones sobre la infraestructura —con independencia del mercado en que se encuentre—, el inversor en el sector del gas tiene el peso de la prueba. Este peso de la prueba recae en el regulador en el caso de las telecomunicaciones, en el que se debe hacer un análisis de competencia mercado a mercado. En el sector del gas no existe un análisis nacional, ni mucho menos local, sobre el estado de la competencia en los mercados, sino que dicho análisis debe realizarse

caso a caso y debe ser motivado y sustentado por el inversor que solicita la exención. Es decir, la posibilidad de desregular los mercados está mucho más presente en telecomunicaciones que en gas.

En los mercados considerados competitivos por el regulador de las telecomunicaciones no es obligatorio abrir las redes a los competidores. En la situación contraria, entre las regulaciones que cabe imponer a los operadores dominantes se encuentra la obligación de dar acceso a terceros a precios controlados por el regulador. Solamente en el caso en que los servicios ofrecidos en un mercado sean calificados de "emergentes", las autoridades regulatorias podrán otorgar la exención de acceso a las redes mediante las que se prestan estos servicios (exactamente, evitar imponer una regulación inapropiada).

Pero el peso de la prueba en el caso del gas se incrementa por la forma que toma el test de exención (artículo 22 de la Directiva 2003/55 y 35 del borrador de nueva Directiva). La razón es que al test de competencia del mercado se le añade la condición que la exención sea necesaria para realizar la inversión. Es probable que una inversión tenga efectos procompetitivos pero que no requiera de la exención para realizarse, en cuyo caso se denegaría la exención. Esto riñe con la lógica de un mercado competitivo en el cual la obligación de acceso es algo extraordinario y ofrecido de manera voluntaria por las empresas y la negativa al acceso es el efecto de una desconfianza de la regulación hacia la necesidad legítima que tiene una empresa de fijar su política comercial en un mercado competitivo.

Así, la aplicación de la Directiva del gas podría dar lugar a situaciones contradictorias, como la de un mercado suficientemente competitivo donde la seguridad de suministro está asegurada. En este caso el promotor de una instalación de gas no podría eludir la obligatoriedad de dar acceso a su instalación, aunque tal obligación no resuelva ningún déficit de competencia ni de seguridad de suministro.

En el caso real de las terminales de GNL, el nivel de competencia existente hace que, en la práctica totalidad de las decisiones tomadas hasta hoy, la exención se haya convertido en la norma más que en la excepción. Cabe recordar que el objetivo de la regulación de acceso es garantizar un nivel de competencia satisfactorio en los mercados y no la imposición del acceso regulado en sí mismo. En situaciones donde el nivel de competencia es factible por las características de la tecnología, la obligatoriedad de acceso no debería ser el punto de partida y no debería recaer en el promotor de la nueva infraestructura el peso de la prueba para conseguir la exención a tal obligación.

Pero la directiva del gas aporta una contribución al debate en telecomunicaciones que no es evidente. La Directiva de gas reconoce que la regulación puede no ser capaz de fijar tarifas eficientes en un entorno complejo o de alto riesgo y permite la exención cuando el nivel de riesgo lo amerite. En el caso de las telecomunicaciones tal situación no parece ser posible a pesar de ser un sector en el cual las innovaciones y la dinámica del mercado hacen compleja la fijación de tarifas eficientes.

En la forma de regular, el sector de las telecomunicaciones también parece ser más propenso al fenómeno del oportunismo regulatorio. En este sector, de manera coherente con su enfoque basado en la competencia, la exención a la regulación no es indefinida sino ligada a la revisión de los mercados realizada por las autoridades regulatorias. En esto el enfoque en el sector del gas sacrifica el enfoque de competencia por un enfoque de credibilidad regulatoria, siendo la exención concedida por un plazo de tiempo fijo con independencia del desarrollo del mercado.

## RESTRICCIONES AL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE SUJECOS DIFERENTES DE LOS MIEMBROS DEL MERCADO Y A LA EXISTENCIA DE SUJECOS DIFERENTES

DIRECCIÓN  
Francisco Fernández Rodríguez, Director General  
y Presidente del Consejo de Regulación

VICEDIRECCIÓN  
Francisco Fernández Rodríguez, Director General  
y Presidente del Consejo de Regulación

SECRETARÍA  
Francisco Fernández Rodríguez, Director General  
y Presidente del Consejo de Regulación

### 1. INTRODUCCIÓN

La creación del Mercado Único Europeo, con sus objetivos de libre circulación de personas, mercancías y servicios, constituye un pilar fundamental del proceso de integración económica y social de la Unión Europea. Este proceso de integración ha permitido el desarrollo de un mercado común que ha mejorado el nivel de vida de los ciudadanos y ha creado nuevas oportunidades de negocio y empleo. Sin embargo, la existencia de barreras técnicas y administrativas que impiden la libre circulación de mercancías y servicios sigue siendo un obstáculo importante para el desarrollo del Mercado Único Europeo. Este documento analiza las causas de estas barreras y propone medidas para su eliminación.

Este documento es una publicación del Observatorio de la Energía y el Medio Ambiente de la Comisión Europea. El Observatorio de la Energía y el Medio Ambiente de la Comisión Europea es un organismo independiente que proporciona información y asesoramiento sobre la política energética y medioambiental de la Unión Europea. Este documento no representa necesariamente la opinión de la Comisión Europea.



# RESTRICCIONES AL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE FARMACIAS: LECCIONES DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TJCE Y DE LA EXPERIMENTACIÓN AUTONÓMICA

CARLOS PADRÓS

Profesor Titular de Derecho Administrativo y Derecho Europeo  
Universitat Autònoma de Barcelona

JOAN RAMON BORRELL

Profesor Titular de Economía y Política Económica  
Universitat de Barcelona

LAURA FERNÁNDEZ-VILLADANGOS

Profesora Asociada de Economía y Política Económica  
Universitat de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Las acciones de la Comisión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) han definido instrumentos jurídicos que permiten evaluar si las regulaciones nacionales que restringen la libertad de establecimiento y prestación de servicios así como de movimiento de capitales en la Unión Europea son proporcionadas al objetivo de interés público al que propenden. El llamado *test de proporcionalidad* es un instrumento clave que ha

<sup>1</sup> Tenemos una deuda de gratitud por los comentarios de las siguientes personas con las que hemos departido sobre el presente trabajo o sobre nuestra investigación: Juan Manuel Cabasés Hita, Lluís Castañeda Peyrón, Julio Costas Comesaña y Juan Esteva de Sagrera. Los errores u omisiones que contenga el manuscrito final son de nuestra exclusiva responsabilidad.

sido aplicado con éxito por las autoridades europeas en el ámbito de los llamados servicios de interés general.

Ahora bien, la Comisión Europea se ha encontrado con mayores dificultades de lo esperado al aplicar este test de proporcionalidad a algunos de estos servicios. El subsector de las oficinas de farmacia muestra como ningún otro las recientes dificultades que se encuentra la Comisión Europea en la aplicación del test de proporcionalidad.

Este trabajo tiene como objetivo extraer lecciones sobre la potencialidad y los límites de las acciones de la Comisión Europea en la evaluación de la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de establecimiento de farmacias, así como discutir los beneficios de la experimentación regional.

Por un lado, las recientes sentencias del TJCE a favor del principio de subsidiariedad en relación a la unión de titularidad y propiedad de las farmacias han establecido nuevos límites a la aplicación del test de proporcionalidad, y al método de la intercomparación de regulaciones nacionales. Por el otro, la creciente diversidad en la planificación farmacéutica autonómica en España ha devenido una suerte de experimentación a favor de las reformas en un segundo aspecto discutido: la restricción al número de farmacias abiertas al público.

El caso del recurso de incumplimiento instruido por la Comisión contra España por el carácter excesivamente restrictivo de la ordenación de las oficinas de farmacia muestra cómo la comparación entre Comunidades Autónomas puede ser determinante para evaluar si una regulación menos restrictiva amplía la cobertura geográfica de la atención farmacéutica. Está pendiente de conocer en qué medida el TJCE dará mayor o menor peso a la comparabilidad de experiencias regulatorias regionales dentro de una misma jurisdicción nacional.

A continuación, en la sección 2 analizaremos el marco legal europeo, las acciones de la Comisión Europea y la jurisprudencia del TJCE en el subsector de las farmacias. En la sección 3 describiremos el marco legal de la planificación territorial farmacéutica de España en el contexto europeo, así como sus raíces históricas. En la sección 4 detallaremos las lecciones que se pueden extraer de la experiencia de tres Comunidades Autónomas en relación a los efectos de la restricción del número de farmacias sobre la prestación del servicio farmacéutico. Concluiremos en la sección 5.

## 2. LA FRONTERA ENTRE DERECHO EUROPEO Y DERECHO NACIONAL

### 2.1. MARCO LEGAL EUROPEO

No existe en la Unión Europea un marco legal común sobre las restricciones al libre establecimiento de farmacias. De acuerdo a la normativa y jurisprudencia comunitarias, la regulación del ejercicio de la profesión de farmacéutico depende

fundamentalmente de los Estados miembros ya que está acogida a la excepcionalidad relativa a la organización nacional de los servicios sanitarios.<sup>2</sup> El derecho europeo sólo establece el principio de no discriminación por razón de origen de los profesionales, y el principio de proporcionalidad de las restricciones al libre establecimiento.

En el amplio espectro que va desde el servicio público puro hasta el libre mercado, los grados de intervención administrativa en las actividades pueden variar: prestación direct, servicio público concedido a un operador en concurrencia, actividad de interés público o interés general excluida de las reglas de mercado, actividad de interés público o interés general regulada, y actividad libre. En este complejo sector entre monopolio público y libre mercado hay que situar la intervención administrativa de las oficinas de farmacia.

La definición de la esfera de las actividades económicas publicadas corresponde a cada legislador nacional. El estatus legal de las oficinas de farmacia es variable en cada uno de los Estados miembros de la UE, y no ha quedado sometida a la directiva de servicios siempre que se confie la atención farmacéutica a una profesión regulada.<sup>3</sup>

La información ofrecida por ÖBIG (2006) y COFV y FEFE (2007) muestra que 20 de los 27 Estados miembros aplican restricciones a la libertad de establecimiento de oficinas de farmacia. Estas restricciones contrastan con la situación, por ejemplo, de Canadá y Estados Unidos donde no hay restricciones al establecimiento de farmacias más allá de algunas regulaciones estatales para asegurar que las nuevas farmacias cuentan con los medios necesarios (Abood 2007).

Normalmente las autoridades utilizan criterios geográficos y demográficos para restringir el establecimiento de nuevas farmacias. Seis de los 20 Estados miembros con restricciones de establecimiento (Austria, Eslovenia, España, Grecia, Hungría y Portugal) tienen además regulaciones explícitas de distancia mínima (de entre 150 y 400 metros) entre las farmacias establecidas y las nuevas farmacias que solicitan autorización según ÖBIG (2006) y COFV y FEFE (2007). Sólo en tres

<sup>2</sup> Este enfoque fue refrendado con la sustitución de la Directiva 1985/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las provisiones del derecho, la regulación y la acción administrativa respecto a ciertas actividades en el área de la farmacia por la más moderna Directiva 2005/36/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, donde explícitamente se señala que "la presente Directiva no coordina todas las condiciones de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico y su ejercicio. En concreto, la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos deben seguir siendo competencia de los Estados miembros. Por otra parte, la presente Directiva no altera las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíben a las empresas la práctica de ciertas actividades farmacéuticas o imponen ciertas condiciones a dicha práctica."

<sup>3</sup> La nueva directiva de servicios no es aplicable (artículo 2.f.) "a los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado". Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Ver CNC (2009, p. 10) donde se advierte acertadamente que el considerando 22 de la directiva de servicios establece que "la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio"

(Irlanda, Holanda y el Reino Unido) de estos veinte Estados miembros, las organizaciones que gestionan la asistencia sanitaria pública son las que limitan el número y localización de las farmacias que dispensan los medicamentos recetados por los médicos del sistema nacional de salud.<sup>4</sup>

COFV y FEFE (2007) indican que en 10 de los 27 Estados miembros de la UE existen oficinas de farmacia públicas junto a farmacias privadas.<sup>5</sup> En las farmacias públicas, los farmacéuticos son profesionales empleados por el sector público.<sup>6</sup> En las farmacias privadas, los farmacéuticos son trabajadores dependientes de los propietarios legales de las farmacias, o bien son profesionales libres propietarios de la oficina de farmacias. COFV y FEFE (2007) indican que en 16 de los 27 Estados miembros de la UE la titularidad está unida a la propiedad de las farmacias. Paradójicamente, la unión de propiedad y titularidad de las farmacias por farmacéuticos está prohibida en algunos Estados federados de los Estados Unidos de América (Abood 2007).<sup>7</sup>

## 2.2. ACCIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

La Comisión Europea limitó inicialmente su acción a lograr el reconocimiento mutuo de los títulos de farmacia en la Unión Europea mediante la Directiva de 1985, revisada en 2005.<sup>8</sup>

Ahora bien, el reconocimiento mutuo de los títulos académicos no garantiza *per se* la libertad de establecimiento en países en los que la apertura de farmacias está restringida. De acuerdo con el derecho de la UE, las restricciones a la libertad

<sup>4</sup> En estos países se pueden establecer libremente farmacias para la comercialización directa a los pacientes de medicamentos que no requiere receta médica.

<sup>5</sup> En Suecia, Apótek, la cadena pública de farmacias ostenta el monopolio de la atención farmacéutica, mientras que existen farmacias públicas que compiten con las privadas en Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Polonia y República Checa.

<sup>6</sup> Numerosos farmacéuticos han sido en España a la vez profesionales liberales y profesionales oficiales de la función pública, miembros del *Cuerpo de farmacéuticos titulares o inspectores farmacéuticos municipales* como veremos más adelante. En España, los municipios pudieron crear farmacias públicas entre 1924 y 1930 atendidas por farmacéuticos contratados por el sector público local (artículo 95 del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Secretarios de Ayuntamiento, Interventores de fondos y empleados municipales durante la dictadura de Primo de Rivera publicado en la Gaceta de Madrid Núm. 26 de Agosto de 1924). Al frente de estos establecimientos debía haber un licenciado o doctor en farmacia. A su vez el Real Decreto 1974/1930, de 16 de agosto de 1930 (Gaceta de Madrid Nº 232 de 20 de agosto de 1930), derogó este artículo que facultaba a los Ayuntamientos a crear farmacias municipales.

<sup>7</sup> En todos los países de la UE-25, los márgenes comerciales o contraprestaciones de los farmacéuticos establecidos están regulados: ÖBIG (2006) informó que 18 de los 25 Estados miembros regulan los márgenes fijos (máximos y mínimos), y los otros 7 fijan márgenes comerciales o contraprestaciones máximas por debajo de las cuales los descuentos son libres.

<sup>8</sup> Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas (DO L 253 de 24 de septiembre de 1985, pp. 34-36). Derogada y sustituida por Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de calificaciones profesionales (Texto pertinente a efectos del EEE, DO L 255 de 30 de septiembre de 2005, pp. 22-142).

de establecimiento sólo son admisibles si superan el test de proporcionalidad:<sup>9</sup> (1) cuando las restricciones se aplican de forma no discriminatoria (no discriminación); (2) cuando están justificadas en razones de interés general (necesidad); (3) cuando permiten alcanzar el objetivo que persiguen (idoneidad); (4) cuando son proporcionales a dicho objetivo (proporcionalidad).

En definitiva, se trata de evaluar en qué medida las regulaciones restrictivas de la libertad de establecimiento sirven efectivamente al interés público. Este test es un instrumento de política poderoso. Sin embargo, es un instrumento que demanda mucho trabajo de análisis detallado a nivel local para dilucidar el efecto de las distintas reglas en contextos sociales e institucionales muy diversos.

En aplicación de esta doctrina europea, la Comisión Europea inició en 2005 un conjunto de acciones en el marco de las políticas que tiene como objetivo completar el mercado único de servicios, y en particular, la política de mejorar el mercado interior de los servicios de farmacia.<sup>10</sup> En paralelo, la Dirección General de Mercado Interior inició procedimientos de infracción contra diversos Estados miembros por entender que las regulaciones nacionales de las oficinas de farmacia imponían restricciones a la libertad de establecimiento y de movimiento de capitales contrarias al Tratado de la Unión Europea (artículos 43 y 56 respectivamente): contra Italia-1 (dictamen motivado en diciembre de 2005 y recurso al TJCE en junio de 2006), contra Austria y España (dictamen motivado en junio de 2006), contra Alemania y Portugal (dictamen motivado en septiembre de 2008), y Italia-2 (otro dictamen motivado en noviembre de 2008).<sup>11</sup>

La Comisión entiende como contrarias al Tratado de la UE las siguientes tres restricciones legales al establecimiento y funcionamiento de las oficinas de farmacia:

La reserva en exclusiva a farmacéuticos titulados de la propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia privadas (casos de Italia-1, España, Alemania y Portugal), y la restricción del número de farmacias que puede operar un mismo propietario-titular (casos de Austria, Alemania, Portugal e Italia-2). La Comisión entiende que éstas son restricciones desproporcionadas para alcanzar el objetivo de supervisar la conducta de los farmacéuticos y evitar los conflictos de interés entre el ánimo de lucro y la protección de la salud en la dispensación de medicamentos al público.

En la prohibición a que empresas del sector de la distribución farmacéutica tomen participaciones en la privatización de las farmacias públicas municipales

<sup>9</sup> ECJ Gebhard Caso C-55/94. Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 30 noviembre 1995; STJCE de 5 de junio de 2007. Caso Rosengren y otros. Asunto C-170/04; STJCE de 17 de julio de 2008. Caso Corporación Dermoestética. Asunto C-500/06. cfr. Moral Soriano (2002).

<sup>10</sup> Entre las acciones de prospectiva y análisis destaca el estudio encargado por la Dirección General de Mercado Interior a ECORYS Nederland BV que se desarrolló durante 18 meses entre diciembre de 2005 y junio de 2007, así como los estudios que se presentaron en el taller sobre el acceso a servicios de farmacia de calidad el pasado 15 de octubre de 2008 en la sede de la Comisión Europea.

<sup>11</sup> La Comisión Europea también ha enviado cartas de emplazamiento a Francia y Bulgaria.

(caso Italia-1) y en el de discriminación por razón de nacionalidad en los procedimientos de autorización de nuevas farmacias (casos de España y Austria), la Comisión considera que existe discriminación contra nacionales de otros Estados miembros.

En las restricciones a la apertura de nuevas farmacias según criterios demográficos y geográficos (casos de España y Austria), la Comisión las considera desproporcionadas o incluso contraproducentes para alcanzar un mayor acceso a los servicios de atención farmacéutica.

Las acciones de la Comisión Europea en relación a la primera de estas restricciones (la reserva a farmacéuticos titulados de la propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia, y la limitación del número de farmacias de un mismo propietario-titular) estaban animadas por la jurisprudencia comunitaria. El TJCE había juzgado ya cuestiones similares. Las acciones relativas a la discriminación según nacionalidad también tienen un amplio refrendo jurisprudencial tanto en la toma de participación como en el ámbito del otorgamiento de autorizaciones. Por el contrario, la cuestión del excesivo carácter restrictivo de la planificación territorial de las autorizaciones no goza de tan nítido soporte jurisprudencial.

### 2.3. RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Respecto a la unión entre propiedad y titularidad de las farmacias, el TJCE acaba de resolver contra la jurisprudencia previa una cuestión prejudicial formulada por *Verwaltungsgericht des Saarlandes* (Alemania) sobre el alcance de la vinculación entre propiedad y titularidad de las farmacias. De la misma manera, el TJCE ha resuelto la acción judicial de la Comisión contra Italia.<sup>12</sup>

En una sentencia anterior del TJCE de 21 de abril de 2005 (Asunto C-140/03), el Tribunal analizó la compatibilidad de la legislación griega sobre ópticas con el Tratado de la UE. De acuerdo a la ley griega 971/1979, las ópticas debían ser regentadas personalmente por los profesionales que habían obtenido la autorización de apertura, y los ópticos sólo podían ser titulares de una única óptica. Y la ley griega 2646/1998 supeditaba la posibilidad de que una persona jurídica abra una óptica en Grecia al requisito de que el óptico titular de la autorización participe en la sociedad en un 50%, quien a su vez sólo podía participar como máximo en otra óptica más.

La República Helénica alegó durante el proceso que la participación del titular en la propiedad (o incluso su unión) estaba justificada en razones de interés

<sup>12</sup> El TJCE tiene además dos cuestiones prejudiciales pendientes relativas a la cuestión de la restricción de la apertura de farmacias en España: asunto C-570/07 sobre el alcance del Decreto 72/2001 de la regulación farmacéutica asturiana formulado por el Tribunal Superior de Asturias; y asunto C-563/08 sobre los límites territoriales y demográficos de la regulación de Andalucía formulado por un Juzgado contencioso-administrativo de Granada el 18 de diciembre de 2008.

general relacionadas con la protección de la salud. El legislador griego quería salvaguardar la relación de confianza personal dentro de la óptica, así como, en caso de negligencia, la absoluta e ilimitada responsabilidad del óptico que regenta y es propietario de su establecimiento: sólo un óptico, un especialista cualificado, que participa directamente en la gestión de su óptica sin gastar energías físicas y mentales en gestionar otras ópticas puede garantizar este objetivo.

La Comisión consideraba que las restricciones a la libertad de establecimiento en este caso eran inadecuadas para alcanzar el objetivo de proteger la salud pública, o eran desproporcionadas en relación a tal objetivo. La salud pública podría ser protegida tan sólo garantizando que ciertas acciones las llevaban a cabo ópticos asalariados cualificados o por técnicos bajo su supervisión.

La sentencia del Tribunal sostuvo completamente la posición de la Comisión Europea, y en consecuencia declaró que, al aprobar y mantener vigente la Ley 971/1979 y la Ley 2646/1998, la República Helénica no había cumplido con sus obligaciones bajo el artículo 43 del Tratado de la UE.

Los dos recientes fallos del TJCE han modificado esta jurisprudencia previa al aplicar el principio de proporcionalidad de forma distinta al caso de las oficinas de farmacia en Alemania e Italia.<sup>13</sup> Pese a tratarse de acciones judiciales distintas (cuestión prejudicial frente a recurso de incumplimiento), ambos procedimientos comparten la opinión emitida por el Abogado General Yves Bot que fija la doctrina que seguirá el Tribunal.

Según la Comisión, la prohibición de explotar una farmacia para personas que no estén en posesión de un título de farmacéutico, o bien para sociedades cuyos socios no sean todos ellos farmacéuticos, no es apropiada para garantizar el derecho a la protección de la salud. A este respecto la Comisión argumenta que hay que diferenciar entre los aspectos relativos a la explotación, la gestión o la administración de las farmacias de los relativos a las relaciones con terceros. La necesidad de poseer una calificación profesional de farmacéutico se justifica en los últimos aspectos pero no en los primeros, ya que la exigencia de protección de la salud sólo afecta al aspecto de la actividad farmacéutica que implica relación con terceros. Además, la Comisión considera que la separación entre la función puramente empresarial del propietario de la farmacia y la función profesional de la farmacia, lejos de perjudicar el objetivo de protección de la salud, puede contribuir de manera positiva a éste, al permitir que el farmacéutico atienda ante todo a las funciones y las actividades más directamente ligadas a la actividad farmacéutica de servicio directo a los ciudadanos.

Por el contrario, el Gobierno alemán defendió que la razón de la unión entre propiedad y título profesional se funda en la necesidad de garantizar una mayor

<sup>13</sup> STJCE (Gran Sala) de 19 de mayo de 2009. Asuntos acumulados C-171/07 Apothekerkammer des Saarlandes y C-172/07 Neumann-Seiwert. Según la legislación alemana, la autorización obligará al farmacéutico a gestionar personalmente la farmacia bajo su responsabilidad (artículo 7 de la Apothekengesetz de 1980). STJCE (Gran Sala), de 19 de mayo de 2009. Comisión c. República Italiana. Asunto C-531/06.

independencia del farmacéutico: “garantizar la independencia de los farmacéuticos, haciendo la estructura económica de las farmacias impenetrable a las influencias externas, procedentes, por ejemplo de los fabricantes de medicamentos o de los mayoristas. Además, el legislador alemán ha estimado necesaria la intervención de un profesional que actúe como filtro entre el fabricante de medicamentos y el público, para controlar de forma independiente la buena administración de los medicamentos.”<sup>14</sup>

Las sentencias respaldan la opinión del Abogado General Yves Bot en el sentido de admitir la proporcionalidad e idoneidad de la regulación nacional.<sup>15</sup> Según el Tribunal, la normativa nacional, a pesar de constituir una restricción a la libertad de establecimiento está fundamentada por razones de interés general: tanto la protección de la salud, como la protección de los recursos financieros del Estado.<sup>16</sup>

El tribunal había reconocido en el caso de las ópticas griegas que las mismas garantías de prestación del servicio se podrían obtener con normas deontológicas adecuadas. Ahora, sin embargo, se trata de la dispensación de medicamentos que por su relevancia merece una mayor discrecionalidad de parte de los Estados: “Al apreciar el respeto del principio de proporcionalidad en el ámbito de la salud pública hay que tener presente que el Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Dado que este nivel puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación y en consecuencia, el hecho de que un Estado miembro imponga normas menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no puede significar que estas últimas sean desproporcionadas. Al establecer la regla de que un solo farmacéutico puede poseer y explotar una farmacia el legislador alemán ha hecho uso de ese margen de apreciación al optar por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población”.<sup>17</sup>

La jurisprudencia impone de esta manera un severo límite tanto al test de proporcionalidad como a la utilización de la intercomparación como método para enjuiciar la adecuación de las medidas nacionales: es necesario en todo caso respetar en la aplicación del test que cada Estado miembro pueda imponer un mayor

<sup>14</sup> Conclusiones AG Yves Bot, presentadas el 16 de diciembre de 2008. Asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07 (apartado 54).

<sup>15</sup> Aunque en realidad el mismo AG reconoce que el conflicto de intereses se puede producir siendo un farmacéutico el propietario de la farmacia: “En realidad, las sociedades de capital, en términos generales, no son por su estructura más propensas a realizar beneficios ilícitos. Un farmacéutico personalmente responsable y sumamente endeudado por el coste de instalación de su farmacia cuando comienza su actividad puede estar sometido a una presión mucho más importante relativa a su supervivencia económica que un farmacéutico por cuenta ajena”. (Conclusiones AG Yves Bot. Asuntos C-171/07 y C-172/07 (apartado 46)).

<sup>16</sup> STJCE de 19 de mayo de 2009. Asuntos C-171/07 y C-172/07 (apartado 34). El tribunal efectúa un salto lógico que va desde las modalidades de comercialización a la propiedad.

<sup>17</sup> Conclusiones AG Yves Bot presentadas el 16 de diciembre de 2008. Asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07 (apartados 63 y 64).

o menor grado de restricción de las libertades en función del nivel de protección del interés público que desee.

Para el caso C-531/06 contra la República Italiana, el TJCE describe como en Italia existe una doble red de farmacias privadas y públicas (comunales, es decir, municipales). La legislación reserva el derecho exclusivo de explotar una farmacia privada a personas físicas que estén en posesión del título de farmacéutico. Para las farmacias comunales, existen igualmente disposiciones normativas que impiden que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran una participación en las sociedades de explotación de farmacias municipales. Según el Gobierno italiano, esta restricción encaja en el espacio normativo que deja el derecho europeo puesto que las disposiciones comunitarias *ad hoc*, no armonizan los requisitos de acceso al sector. Al no existir pues esta *preemption* comunitaria, corresponde a los Estados la competencia sobre el respecto.

Este argumento no reconoce explícitamente que las normas nacionales deben respetar en cualquier caso el acervo comunitario y sus principios. Según la Comisión, “la prohibición establecida por la legislación italiana se funda en una presunción indemostrada, la de que el farmacéutico que lleva a cabo la explotación ejerce su profesión con mayor aptitud que el farmacéutico que trabaja por cuenta ajena, y está menos inclinado a privilegiar su interés personal a costa del interés general”.<sup>18</sup> Por el contrario, la defensa legal del Gobierno italiano, pone énfasis en este aspecto, el conflicto de intereses comerciales y de salud.<sup>19</sup>

Los razonamientos y las apreciaciones jurídicas son totalmente coincidentes tanto en el caso de Italia como en el de Alemania. La STJCE discurre sin embargo, de manera novedosa sobre el asunto de las farmacias municipales. Se trata de enjuiciar dos elementos: de un lado, las farmacias municipales rompen la regla de un farmacéutico-una autorización y disocian la titularidad del establecimiento (pública) de su gestión (privada). Según el TJCE:

77. Según dichas indicaciones, el municipio en cuestión continúa siendo el titular de tales farmacias, define las concretas modalidades de gestión del servicio farmacéutico en éstas y selecciona a los socios de las sociedades encargadas de la gestión de las farmacias mediante licitación, teniendo en cuenta que las disposiciones que tienen por objeto garantizar el respeto de las citadas modalidades se anuncian en la

<sup>18</sup> Conclusiones AG Yves Bot presentadas el 16 de diciembre de 2008. Asunto C-531/06. Comisión c. República Italiana (apartado 35).

<sup>19</sup> “En la farmacia existe un conflicto objetivo entre el interés privado –que es asegurar su rentabilidad económica– y los objetivos de interés general. Para garantizar la prioridad del abastecimiento regular y adecuado de los medicamentos a la población sobre consideraciones económicas es preciso que las farmacias pertenezcan realmente a personas que tengan la capacidad profesional y especialización necesarias. Sólo si los poseedores de farmacias que ejercen una influencia en la gestión de éstas, disponen de conocimientos y de experiencia especializados completos la gestión antepondrá sistemáticamente la protección de la salud a los objetivos económicos. Si quienes no son farmacéuticos explotaran farmacias, existiría el riesgo de que se dejaran guiar por criterios no pertinentes desde el punto de vista farmacéutico.” Conclusiones AG Yves Bot en el Asunto C-531/06, presentadas el 16 de diciembre de 2008 (apartado 43).

licitación y se recogen en los instrumentos contractuales que regulan las relaciones jurídicas entre el municipio y la concreta sociedad.

78. Asimismo, de las indicaciones no impugnadas de la República Italiana se desprende que el municipio mantiene la competencia de designar a uno o varios administradores y censores de cuentas para la sociedad encargada de la gestión de la farmacia municipal, y que participa de este modo en la elaboración de las decisiones y en el control interno de las actividades de ésta. Las personas designadas tienen la facultad de velar por que dicha farmacia municipal se gué sistemáticamente por el interés general y de evitar que se comprometa la independencia profesional de los farmacéuticos contratados.

79. Finalmente, según las citadas indicaciones, el municipio no pierde la posibilidad de cambiar, modificar o disolver la relación jurídica con la sociedad encargada de la gestión de la farmacia municipal, al objeto de aplicar una política comercial que optimice el objetivo del interés público.

80. Por consiguiente, a falta de elementos de prueba suficientes por parte de la Comisión, la normativa nacional relativa a las farmacias municipales no puede considerarse incoherente.

81. Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que la normativa objeto del incumplimiento imputado es adecuada para garantizar la realización del objetivo de asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad y, por lo tanto, la protección de la salud pública.

En segundo lugar, la legislación italiana prevé la interdicción de la participación de empresas de distribución farmacéutica en las sociedades de gestión de farmacias comunales. La prohibición, aunque parcialmente derogada por el Decreto Bersani<sup>20</sup>, obtiene el respaldo legal del TJCE:

101. En cuanto a la eventual justificación de dichas restricciones, procede señalar de entrada que la normativa nacional se aplica sin discriminación por razón de nacionalidad y que su objetivo consiste en asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

102. Además, dicha normativa es adecuada para garantizar la realización de dicho objetivo. En primer lugar, tal y como se desprende de los apartados 62 a 64 de la presente sentencia, un Estado miembro puede considerar que las empresas de distribución podrían ejercer cierta presión sobre los farmacéuticos contratados al objeto de primar el interés consistente en la realización de beneficios.

103. En segundo lugar, a la luz de las consideraciones expuestas en los mismos apartados de la presente sentencia, el Estado miembro en cuestión puede opinar, en el marco de su margen de apreciación, que las facultades de control de los municipi-

<sup>20</sup> Decreto Ley nº 223, de 4 de julio de 2006.

pios sobre las sociedades encargadas de la gestión de las farmacias municipales no son adecuadas para evitar la influencia de las empresas de distribución sobre los farmacéuticos contratados.

Estas dos recientes sentencias del TJCE ponen de manifiesto las dificultades del derecho comunitario europeo en la difícil tarea de conjugar las libertades básicas reconocidas en el Tratado con otros intereses públicos que merecen atención, como son en este caso la protección de la salud. El Tribunal parece razonar que la inexistencia de una normativa uniforme que armonice las condiciones de establecimiento de las oficinas de farmacia otorga a los Estados un mayor margen de discrecionalidad en la definición de sus normativas.

El test de proporcionalidad comunitario admitía las restricciones a la libertad de circulación y a la libertad de establecimiento cuando éstas fueran necesarias, adecuadas y proporcionales al objetivo público que se perseguía. De este modo cuando la protección de un interés público podría lograrse mediante varios instrumentos, los Estados debían elegir aquél que fuera más respetuoso con el libre mercado. En nuestro caso concreto, si de lo que se trataba es de garantizar que no existieran conflictos de interés entre rentabilidad comercial de la oficina de farmacia y servicio público sanitario, parecía suficiente una ordenación legal de la actividad. Como apuntó en el caso de las ópticas griegas, la vinculación entre propiedad y titulación parecía un mecanismo excesivo.

De manera un tanto abrupta, el Tribunal ha puesto límites para el caso de la ordenación farmacéutica al test de proporcionalidad al respaldar las normativas nacionales alemana e italiana que vinculan propiedad y condición de licenciado en farmacia, al igual que dispone el Derecho español.

La Comisión, a juicio del Tribunal, no ha aportado pruebas suficientes de que el mismo objetivo pudiera garantizarse con medidas menos agresivas a la libertad de establecimiento. De hecho, en este caso la Comisión no ha sido capaz de mostrar cuál es el modelo que permitiría alinear de forma socialmente más deseable los intereses comerciales de los operadores (ya sean empresas privadas, profesionales o incluso empresas con participación pública) y los intereses de los pacientes.

Por ello, el Tribunal produce una especie de inversión de la carga de la prueba. Si hasta ahora los Estados miembros debían probar que sus normas eran compatibles, ahora es la Comisión (acusación), quien debe probar que un modelo de intervención más liberal permite una mayor aproximación al interés público que se persigue.

Se limita también de manera significativa la utilidad de la intercomparación como método para aplicar el test de proporcionalidad. Las diferencias reguladoras entre Estados permitían comprobar que una normativa menos restrictiva servía para la protección de idéntico interés. En este caso, por el contrario se pone en duda que un modelo alternativo más liberal pueda funcionar en entornos institucionales de los que no ha surgido.

Cabe advertir que ni la teoría económica ni la evidencia empírica son concluyentes sobre cuál es el mecanismo más adecuado que permite alinear los intereses comerciales de los prestadores de servicios profesionales, como los que prestan los farmacéuticos, con los intereses públicos.<sup>21</sup>

La consecuencia inmediata para el resto de procedimientos que quedan pendientes es un debilitamiento de la posición de la Comisión en la reforma de normativas farmacéuticas nacionales restrictivas de la libertad de establecimiento. En concreto para el caso de España, el Dictamen motivado de la Comisión queda reducido a dos cuestiones no menores: la discriminación en el proceso de concesión de autorizaciones a no nacionales de otros Estados miembros; y el carácter excesivamente restrictivo de los criterios de autorización al establecimiento de nuevas farmacias.

Vamos, por ello, a continuación a centrar nuestro análisis sobre este último aspecto: la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de establecimiento a través del uso de criterios demográficos y geográficos limitadores de la apertura de nuevas farmacias. A diferencia de la anterior cuestión sobre la reserva de la propiedad y titularidad a los farmacéuticos titulados, defenderemos que tanto la teoría económica como la evidencia empírica sí demuestran que una aproximación menos restrictiva de la libertad de establecimiento beneficia al interés público de lograr una mayor protección de la salud.

### 3. RESTRICCIONES AL NÚMERO DE FARMACIAS EN ESPAÑA

La prestación de servicios en las oficinas de farmacia no constituye en España un servicio público, no es una actividad reservada al poder público.<sup>22</sup> En España las farmacias tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público inseridas, por lo que respecta a la prestación farmacéutica pública y a otras funciones públicas de protección de la salud, en el complejo Sistema Nacio-

<sup>21</sup> La literatura económica ha identificado a un conjunto de profesionales (farmacéuticos, notarios, contables, auditores, tasadores, etc.) como prestadores a la vez de servicios privados y servicios públicos que en ocasiones entran en contradicción. Por ello se les denomina *gatekeepers* ya que deben decir que no a sus clientes y renunciar a un lucro privado inmediato en atención a un interés público superior: no deben dispensar sin receta médica para evitar un uso inadecuado de los antibióticos que hace que las bacterias patógenas devengan resistentes, o un uso inadecuado de los narcóticos que crean adicciones, etc. Alinear los intereses privados y públicos de estas profesiones pasa por establecer un conjunto de regulaciones muy específicas cuya efectividad depende enormemente del contexto institucional en el que se insertan. Ver Kraakman (1986) y Arruñada (2006).

<sup>22</sup> En sentido técnico-jurídico, un servicio público es una actividad cuyo desarrollo está reservado al poder público. El Estado puede prestar ese servicio de forma directa o indirecta, mediante un contrato de concesión administrativa, pero lo importante es que el servicio está reservado al Estado. Así, la construcción de carreteras en España es un servicio público (corresponde siempre por definición al poder público) que puede acometerse tanto por la Administración como por personas privadas (por ejemplo, por concesionarios de autopistas de acuerdo con la Ley 9/1972).

nal de Salud.<sup>23</sup> Se trata de garantizar que el negocio privado de los farmacéuticos se ordene de manera que se logren determinados objetivos públicos.

Por este carácter dual de establecimiento privado que realiza una función sanitaria de interés público, la regulación del establecimiento de nuevas farmacias debe modularse de manera que atienda a intereses contrapuestos. A mayor número de farmacias, mayor es la accesibilidad a los servicios farmacéuticos a la población. Pero, a mayor número de farmacias, menor es el rendimiento obtenido de los activos humanos y físicos invertidos en la prestación del servicio.

Por otro lado, la relación entre el número de farmacias y el grado de cobertura geográfica del servicio o la calidad de la prestación farmacéutica no es unívoca: un mayor número de farmacias podría no llevar hacia una mayor cobertura geográfica si las nuevas farmacias tienden a concentrarse geográficamente y a dejar localidades sin servicio; podría no llevar a un mayor número de horas de apertura al público si no es rentable atender a la población durante la noche; podría no mejorar la calidad de la atención farmacéutica si la competencia se centra sólo en el precio, en vez de incorporar un mejor consejo farmacéutico, una mayor dimensión y surtido de la farmacia, o una mayor rapidez de respuesta de demandas fuera de stock, etc.

A continuación analizaremos cómo la tensión entre libertad de establecimiento, cobertura geográfica del servicio y garantía de calidad y rentabilidad de la atención farmacéutica se ha resuelto de forma variada en España a lo largo de la historia, y cómo las Comunidades Autónomas nos ofrecen una diversidad de modelos para afrontar este dilema en la actualidad.

### 3.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

En España, las regulaciones que directamente afectan al número de farmacias abiertas al público y que van más allá de la reserva legal de la actividad a los farmacéuticos licenciados tienen unos 155 años de vida. Sin embargo, las regulaciones durante los primeros 87 años que van de 1854 y 1941 no fueron restrictivas.

La regulación fue una regulación de mínimos que pretendía extender el servicio farmacéutico a los pueblos mediante la obligación de contratación de un *farmacéutico titular*<sup>24</sup> por las localidades que agrupadas alcanzasen los 1.500 habitan-

<sup>23</sup> Artículo 84.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. El artículo 45 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad de 1986 establece que "El Sistema Nacional de Salud integra todas las *funciones y prestaciones* que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud." La cursivas no aparecen en el texto original.

<sup>24</sup> Real Decreto de 5 de abril de 1854 (Gaceta de Madrid nº. 467 de 12 de abril de 1854) para proveer lo más conveniente para la asistencia médica de los pueblos y los menesterosos. Los farmacéuticos titulares se convierten en agentes inmediatos de la administración pública para desarrollar las funciones de policía sanitaria, salud pública y beneficencia. Ver Parrilla (2009) y Muñoz Machado (1975). Mediante este decreto se reconoce la actividad de contratación de servicios de asistencia médica y farmacéutica que ya desarrollaban algunos

tes (entre 1854 y 1868), 4.000 habitantes (entre 1868 y 1905), 2.000 habitantes (desde 1905 y 1930), y 2.500 habitantes (desde 1930 hasta 1941).<sup>25</sup>

El contrato de los municipios con estos *farmacéuticos titulares* debía permitir a los pueblos disponer de una farmacia rural para atender tanto a los enfermos pobres, como al conjunto del vecindario. Se concebían las farmacias de los *farmacéuticos titulares* como una red complementaria a las farmacias libres. El contrato con el municipio era clave para conseguir que las farmacias rurales alcanzaran la rentabilidad que les permitía abrir. Tanto al inicio como al final de este periodo (1854-1868, y 1930-1941) se proyectó, no sólo una red complementaria de farmacias rurales, sino una red completa de farmacias de *farmacéuticos titulares* en todos los municipios (rurales y urbanos) para prestar servicios de policía sanitaria, salud pública y atención a los enfermos pobres de la beneficencia municipal.<sup>26</sup> El fracaso de la Hacienda liberal y, especialmente, el paupérrimo estado endémico de las finanzas municipales, limitaron el alcance geográfico de la atención farmacéutica y expusieron a los *farmacéuticos titulares* a una continua presión financiera.<sup>27</sup>

Por otro lado, es preciso recordar que durante la segunda mitad del XIX y el primer tercio del siglo XX, los farmacéuticos compitieron con los drogueros en la comercialización de los llamados “objetos naturales, drogas y productos químicos” que correspondía al “comercio general titulado de droguería, y es libre.”<sup>28</sup> Tal y como advierten y documentan Rodríguez Nozal y González Bueno (2005) y Esteva de Sagrera (2005), los farmacéuticos en las boticas tradicionales se dedicaban mayoritariamente a elaborar y dispensar preparaciones oficinales. El descubrimiento de las nuevas sustancias químicas y los avances en galénica a mediados del siglo XIX (nuevas formas farmacéuticas) permitieron que se desarrollara una nueva industria, primero en forma de droguerías abiertas por farmacéuticos (las conocidas como “farmacias centrales”) que se dedicaban a la producción de los llamados

.....  
municipios, especialmente tras la progresiva retirada de la beneficencia eclesiástica a favor de la prestación de servicios públicos que conllevó el proceso de desamortización de los bienes de la iglesia durante el siglo XIX.

<sup>25</sup> Ver Real Decreto de 11 de marzo de 1868 que aprueba el Reglamento sobre organización de los partidos médicos de la Península (Gaceta de Madrid de 14 de marzo de 1868); Decreto de 24 de octubre de 1873 que aprueba el Reglamento para la asistencia facultativa de los enfermos pobres (Gaceta de Madrid nº 298 de 25 de octubre de 1873); Real Decreto de 14 de junio de 1891 que aprueba el Reglamento para el servicio benéfico a los pueblos (Gaceta nº 167 de 16 de junio de 1891); Real Decreto de 12 de enero de 1904 que aprueba la Instrucción General de Sanidad Pública de 1904 (Gaceta de Madrid nº 22 del 23 de enero de 1904) crea además el *Cuerpo de Farmacéuticos Titulares*, análogo al de *Médicos Titulares* y al de *Veterinarios Titulares*; Real Decreto de 14 de febrero de 1905 (Gaceta de Madrid nº 47 de 16 de febrero de 1905) aprueba el Reglamento del *Cuerpo de Farmacéuticos Titulares*; Real Decreto 1974/1930 de 16 de agosto de 1930 (Gaceta de Madrid nº 232 de 20 de agosto de 1930).

<sup>26</sup> En 1854 se obligó a los ayuntamientos a contratar un farmacéutico titular por cada 3.000 habitantes para dispensar medicamentos sólo a los enfermos pobres. En 1930 se obligó a los ayuntamientos a contratar un *inspector farmacéutico municipal* por cada 5.000 o fracción superior a 2.500. Las farmacias de los *inspectores farmacéuticos municipales* tenían que ostentar el emblema de la Sanidad Nacional para distinguirlas del resto de farmacias abiertas al público, aunque podían dispensar tanto a enfermos pobres como pudientes.

<sup>27</sup> Ver la historia de la Hacienda Pública anterior a la guerra civil en Comín (1996), y ver Costas (1988) que documenta la resistencia social a aceptar la reforma tributaria que debía hacer posible el ideario liberal.

<sup>28</sup> Ley General de Sanidad (Gaceta de Madrid nº 1068 de 7 de diciembre de 1855); Real Decreto que aprueba las Ordenanzas para el Ejercicio de la Profesión de Farmacia, Comercio de Drogas y Venta de Plantas Medicinales (Gaceta de Madrid nº 118 de 24 de abril de 1860).

específicos que no serán regulados hasta 1919 como especialidades farmacéuticas,<sup>29</sup> y actualmente conocemos como medicamentos en la Ley 29/2006.<sup>30</sup> Los farmacéuticos ganaron la exclusividad en la dispensación de los estos nuevos medicamentos en detrimento de los drogueros en 1931 gracias al apoyo de los nuevos laboratorios químico-farmacéuticos productores de estos medicamentos.<sup>31</sup>

No fue hasta 1941 que el frenesí intervencionista y autárquico de los Gobiernos de la posguerra estableció un número máximo de farmacias que podían abrir al público.<sup>32</sup> El decreto de 1941 adopta la planta del cuerpo de *inspectores farmacéuticos municipales* para restringir el número de farmacias. El decreto de 1941 no permite abrir más que una farmacia por cada 5.000 habitantes en cada municipio.<sup>33</sup> Además estableció una regulación de distancias mínimas especialmente restrictiva en las grandes ciudades, y ligeramente menos restrictiva en las ciudades intermedias.<sup>34</sup> Era, por otra parte, completamente restrictiva al establecimiento de nuevas farmacias en las localidades menos pobladas. Estas localidades se tenían que agrupar en partidos farmacéuticos para dotarse de una farmacia siempre que la agrupación alcanzase los 2.500 habitantes. Estas restricciones al establecimiento se complementaron con regulaciones de los márgenes comerciales. Fue en 1945 cuando el Gobierno reguló los márgenes comerciales en la venta de medicamentos, catorce años después de establecer el precio fijo de los medicamentos.<sup>35</sup>

Las restricciones de establecimiento de nuevas farmacias y su naturaleza de establecimientos privados que prestan un servicio de interés público no ha cambiado en su forma sustancialmente en España desde entonces, excepto en unas pocas Comunidades Autónomas.<sup>36</sup> El proceso de descentralización política en

<sup>29</sup> Real Decreto de 6 de marzo de 1919 que aprueba el Reglamento para la elaboración y venta de las especialidades farmacéuticas.

<sup>30</sup> Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

<sup>31</sup> La competencia de los drogueros tiene refrendo legal explícito entre 1894 y 1931. El Real Decreto de reforma de las Ordenanzas de Farmacia de 12 de junio de 1894 (Gaceta de Madrid nº 164 de 13 de junio de 1894) prevé la comercialización de específicos en "depósitos legalmente autorizados" así como las aguas medicinales. El Real Decreto de 6 de enero de 1931 (Gaceta de Madrid de 7 de enero de 1931) y la Real Orden de 21 de enero de 1931 (Gaceta de Madrid de 24 de enero de 1931) que lo desarrollaba, establecieron la prohibición de venta al por menor de especialidades farmacéuticas a todos aquellos comerciantes que no fuesen farmacéuticos en ejercicio.

<sup>32</sup> Decreto de 24 de enero de 1941 (BOE nº 37 de 22 de diciembre de 1941) cuyo preámbulo no tiene desperdicio. La Ley de bases de la Sanidad Nacional de 1944 eleva a rango de ley la regulación del establecimiento de nuevas farmacias.

<sup>33</sup> Sólo una farmacia cada 10.000 habitantes en los municipios de más de 50.000 habitantes. Con la restricción del número de farmacias abiertas al público, se otorgaban unas rentas no presupuestarias a los antiguos *inspectores farmacéuticos municipales* que permitía congelar la remuneración pública. Este proceso es un ejemplo de la sustitución de gasto presupuestario por regulación que identifica Costas (1992) cuando la Hacienda Pública se enfrenta a dificultades de financiación.

<sup>34</sup> Las nuevas farmacias sólo podían abrir a una distancia de 250 de las ya existentes en los grandes ciudades (municipios de más de 100.000 habitantes), de 200 metros en ciudades medianas (municipios de entre 50.000 y 100.000 habitantes), y de 150 metros en ciudades pequeñas (municipios de entre 5.000 y 50.000 habitantes).

<sup>35</sup> Real Decreto de 9 de febrero de 1924 (Gaceta de Madrid nº 44 de 13 de febrero de 1924) y Orden de 11 de enero de 1945 (BOE nº 15 de 15 de enero de 1945).

<sup>36</sup> El Decreto de 31 de mayo de 1957 (BOE nº 158 de 18 de junio de 1957) estableció el módulo máximo de una farmacia cada 4.000 habitantes o fracción superior a 1.000, unas distancias mínimas de 150, 175 y 225

España ha generado un proceso de experimentación normativa que podemos calificar tanto de creativa como controvertida. Mediante la Ley 16/1997, el Estado ha establecido los principios básicos sobre los que las Comunidades Autónomas deben legislar y ejecutar la ordenación farmacéutica.<sup>37</sup> Con esta Ley se puso fin a un periodo transitorio durante el cual la regulación del sector estaba contenido en el Decreto 909/1978 que todavía está parcialmente en vigor.<sup>38</sup> Los tribunales establecieron que sólo se puede restringir la libertad de establecimiento a través de una normativa con rango de ley.

Desde 1957 todas las farmacias abiertas al público tienen el derecho y la obligación de dispensar las recetas de la Seguridad Social,<sup>39</sup> y en la actualidad lo hacen en el marco de las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud creado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Y la universalización de la prestación farmacéutica ha conllevado un proceso de separación entre las funciones de dispensación, y las relativas a policía sanitaria y salud pública. Las primeras la ejercen los profesionales liberales que son propietarios y titulares de oficina de farmacia, mientras que las segundas las prestan mayoritariamente farmacéuticos como funcionarios al servicio de las administraciones autonómicas.<sup>40</sup>

En conclusión, la farmacia de la segunda mitad del siglo XIX y primer tercio del siglo XX estaba segmentada en dos redes, una de farmacias regida por profesionales con completa libertad de establecimiento que sólo recibían la contraprestación a su actividad de los vecinos, y otra de farmacias de la sanidad nacional regidas por funcionarios que recibían tanto remuneraciones a cargo del presupuesto municipal como pago de los servicios públicos que prestaban, como contraprestaciones recibidas de los vecinos pudientes por la atención farmacéutica privada. Las endémicas restricciones de las finanzas públicas frustraron el desarrollo de una verdadera red capilar de farmacias de la sanidad nacional.

El modelo actual nace después de la guerra civil en la que las dos redes se integran en una sola de farmacias regidas por profesionales liberales a los que se les concede el monopolio de la atención farmacéutica privada y de la administración de las prestaciones farmacéuticas públicas. Aunque el establecimiento de farmacias está sujeto a una restrictiva planificación territorial, la extensión geográfica del servicio farmacéutico se consigue gracias al aumento de recursos públicos de la

.....  
metros para grandes, medianas y pequeñas ciudades respectivamente (también prevé la excepcionalidad de la apertura de una farmacia en agrupaciones urbanas de más de 2.000 habitantes a una distancia mínima de 500 metros en municipios de menos de 50.000 habitantes). El Real Decreto 909/1978 de 14 de abril (BOE nº 106 de 4 de mayo de 1978) confirmó el módulo de una farmacia cada 4.000 habitantes y una distancia mínima de 250 metros para todo tipo de municipios (y también la apertura de una farmacia para atender núcleos de población de al menos 2.000 habitantes).

<sup>37</sup> Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia (BOE nº 100 de 26 de abril de 1997).

<sup>38</sup> Decreto 909/1978, de 14 de abril, sobre establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia. (BOE nº 106 de 4 de mayo de 1978).

<sup>39</sup> El Decreto de 31 de mayo de 1957 (BOE nº 158 de 18 de junio de 1957).

<sup>40</sup> Ver el caso de la Comunidad Valenciana en Zubeldia et al. (1993).

prestación farmacéutica que deviene la fuente de financiación mayoritaria de las farmacias, desde 1957 en el marco de la Seguridad Social, y a partir de 1986 en el marco del Sistema Nacional de Salud.

El cuadro 1 resume las técnicas de intervención reguladora en el sector de oficinas de farmacia español. La diversidad autonómica existente en la planificación-zonificación que restringe el establecimiento de farmacias nos permite evaluar la idoneidad y proporcionalidad de las restricciones.

**Cuadro 1. Técnicas de intervención reguladora en el sector farmacéutico español<sup>41</sup>**

<i>Instrumento</i>	<i>Observaciones</i>
Limitación de acceso	Depende fundamentalmente de la planificación-zonificación autonómicas que deben, sin embargo, respetar unos parámetros mínimos estatales.
Título habilitante	Autorización administrativa otorgada mediante concurso público. Los criterios varían según Comunidades Autónomas, siendo los más discutibles aquéllos que priman el carácter local del aspirante. En cualquier caso, los criterios deben ser públicos y transparentes.
Localización farmacia	Distancias mínimas para la localización de las farmacias dentro de un área básica de salud (250 metros en Ley 16/1997).
Condiciones de ejercicio	Dispensación por profesional titulado. Regulación del farmacéutico suplente o adjunto.
Calidad del servicio	Normas relativas a los horarios de atención, la ordenación de los turnos de guardia o las vacaciones. En parte liberalizado mediante RDL 5/2000, de 23 de junio.
Normas relativas a la propiedad	Vinculación entre titularidad de la oficina y la condición de farmacéutico. Restricción o prohibición de las sociedades profesionales como titulares de autorizaciones de oficinas de farmacia. Co-titularidad compartida de la autorización.

<sup>41</sup> Este no es el lugar apropiado para desarrollar en profundidad todos los elementos de la compleja intervención administrativa en el sector farmacéutico (subsector oficinas de farmacia). Para ello además contamos ya con un notable corpus doctrinal en la literatura jurídica. Sin ánimo de exhaustividad cabe citar: Ariño Ortiz y Sala Arquer (1997), Cueto Pérez (1998), Gómez-Reino (1997), González Pérez y González Salinas (1996), Martín Mateo (1995), Padrós Reig (1997), Rivero Isern (1992) y Vidal Casero (1996).

<i>Instrumento</i>	<i>Observaciones</i>
Transmisibilidad	Restricciones a la transmisibilidad de las oficinas una vez abiertas al público.
Caducidad de las autorizaciones	Régimen de extinción de las autorizaciones otorgadas.

### 3.2. MODELOS AUTONÓMICOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

Durante los últimos 15 años, las Comunidades Autónomas han experimentado modelos de planificación divergentes: unas han liberalizado en mayor o menor grado el establecimiento de nuevas farmacias. Navarra liberalizó casi completamente,<sup>42</sup> y muchas como Andalucía o Valencia han otorgado libertad al establecimiento de una primera farmacia en todos los municipios, o incluso en entidades locales menores (las denominadas por el INE como entidades singulares y los núcleos de población).<sup>43</sup> Por el contrario, otras como el País Vasco han legislado incluso de forma más restrictiva que la norma estatal supletoria.<sup>44</sup>

La separación de las competencias legislativas básicas, supletorias y autonómicas no ha estado exenta de conflictos. Dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional son los que han delimitado el terreno propio del poder legislativo estatal y autonómico, y lo han hecho aplicando los principios del derecho europeo relativos a la potestad de los Estados miembros de imponer restricciones a la libertad de establecimiento sólo cuando las restricciones sean necesarias, adecuadas y proporcionales al fin último que persiguen.<sup>45</sup>

Estos dos pronunciamientos han dado soporte jurídico al proceso de experimentación normativa autonómica. Y precisamente, esta diversidad está en la base de la opinión razonada contra el Reino de España que ha emitido la Comisión Europea por una potencial infracción del artículo 43 del Tratado de la UE que protege la libertad de establecimiento.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Ley Foral de Navarra 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica.

<sup>43</sup> Decreto de la Junta de Andalucía 353/2003, de 16 de diciembre, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia (anulado por los tribunales por regular materias reservadas a una ley). Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía (BOE nº 45 de 21 de febrero de 2008). Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Generalitat Valenciana (DOGV nº 3273 de 26 de junio de 1998).

<sup>44</sup> Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV nº 1994135 de 15 de julio de 1994).

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio. Y Auto del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2004. Cfr. Cueto Pérez (2003).

<sup>46</sup> Aunque la equivalencia no es totalmente precisa, podemos decir que el principio correspondiente a la libertad de establecimiento en la Constitución Española es el de libertad de empresa.

La Ley 16/1997 contiene unos criterios de ordenación y planificación de la apertura de nuevas farmacias que tienen carácter subsidiario: sólo se aplican en aquellas Comunidades Autónomas que no hayan legislado sobre la materia. Estos criterios subsidiarios indican que las autoridades sólo pueden autorizar la apertura de nuevas farmacias cuando el área básica de salud alcance entre 2.800 y 4.000 habitantes por farmacia.<sup>47</sup> Alcanzada esa ratio, las autoridades pueden autorizar una farmacia extra siempre y cuando existan como mínimo 2.000 habitantes adicionales. Utilizaremos a continuación los casos de Navarra, Andalucía y Euskadi para mostrar las diferencias entre modelos menos restrictivos y más restrictivos de planificación territorial.

La Ley 11/1994 de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>48</sup> es más restrictiva que la ley subsidiaria estatal: sólo permite la apertura de nuevas farmacias en áreas básicas de salud que tengan entre 2.500 y 3.200 habitantes, y superado este umbral permite una farmacia extra por cada 2.500 habitantes. Y lo que es más sorprendente, no permite la apertura de farmacias en aquellos municipios que tengan menos de 800 habitantes.

Por el contrario, la Ley 12/2000 de Navarra<sup>49</sup> estableció un modelo de regulación completamente distinto a la ley subsidiaria del Estado. Este nuevo modelo fue declarado constitucional por el Auto del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2004. En vez de establecer un número *máximo* de farmacias según el número de habitantes, fija el número *mínimo* de farmacias que deben abrir para servir a la población de un área básica de salud. No se permite la apertura de ninguna farmacia adicional en Navarra mientras no se alcance en cada zona básica de salud un mínimo de una farmacia por cada 2.800 habitantes. Una vez este número mínimo de farmacias ha abierto, cualquier farmacéutico puede abrir su oficina de farmacia mientras no se alcance una ratio menor a 700 habitantes por farmacia en el conjunto de Navarra. Además, la distancia entre las nuevas farmacias y las ya instaladas sólo debe ser de un mínimo de 150 metros, en vez de los 250 metros que establece la ley estatal subsidiaria.

Este modelo ha sido reformado a través de una reciente ley de diciembre de 2008 que, de hecho, ha re-regulado el sector con un número de nuevo *máximo* de farmacias: la apertura de la primera farmacia en cada municipio es libre, pero la autorización de la segunda farmacia y las siguientes sólo se autoriza si se satisface la ratio de 700 habitantes por farmacia en el municipio.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Un área básica de salud es parte de un municipio o un grupo de municipios en los que debe haber como mínimo un centro de salud de asistencia primaria del Sistema Nacional de Salud. Las áreas básicas de salud varían en dimensión. Por ejemplo, el tamaño mediano de las áreas básicas de salud de Navarra en el año 2000 fue de 6.100 habitantes. En cambio, en Andalucía en 2008 el tamaño mediano era de 24.000 habitantes.

<sup>48</sup> Ley del Parlamento del País Vasco 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica. BO País Vasco nº 135, de 15 de julio de 1994.

<sup>49</sup> Ley del Parlamento de Navarra 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica. BO Navarra nº 143 de 27 de noviembre de 2000.

<sup>50</sup> Ley de la Comunidad Autónoma de Navarra 20/2008, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica.

El modelo de Andalucía<sup>51</sup> es también más flexible sin haber transitado por una etapa de liberalización como la de Navarra entre 2001 y 2008. En Andalucía se puede establecer una primera farmacia en cualquier municipio, entidad local singular o núcleo. La segunda farmacia, en cambio, sólo se puede instalar si se satisfacen los umbrales mínimos de la ley subsidiaria estatal. Con todo, la ley andaluza es aparentemente menos restrictiva en las localidades turísticas ya que el cómputo de población tiene en cuenta no sólo los habitantes empadronados, sino también los alojamientos turísticos y las segundas residencias. La ley andaluza tiene semejanzas con otras como la de la Comunidad Valenciana donde también existe libertad para la primera farmacia y también se computa la población turística.

#### 4. COMPARACIÓN DE EXPERIENCIAS AUTONÓMICAS

La teoría económica indica de forma robusta que la libertad de entrada sólo lleva hacia un mercado en el que el número de competidores es óptimo en circunstancias muy restrictivas: en aquellas situaciones en las que cada nuevo entrante aporta más el bienestar de los consumidores que los beneficios que quita a los competidores.<sup>52</sup> En el resto de casos, la libertad conduce a un exceso de entrantes, o alternativamente a una falta de oferta. La cuestión es más empírica que teórica ya que el resultado dependerá de las características idiosincráticas de cada profesión o industria.

Berry y Wandonfogel (1999) y Davis (2006a y 2006b) fueron los primeros en utilizar un modelo empírico de entrada para evaluar la eficiencia de la libertad de entrada: el primero mostró que existe exceso de entrantes en la industria de la radiodifusión en EE.UU., y el segundo en el sector de la exhibición de cinematográfica en EE.UU. Por el contrario, Gowrisankan y Krainer (2006) muestran que existe una falta de oferta en el caso de los cajeros automáticos también en EE.UU. Waterson (1993), para el caso de Melbourne, y Janson (1999), para el caso de España, mostraron empíricamente que la libertad de entrada y precios conduciría a un exceso de precios y de farmacias.

Ahora bien, entre economistas es generalizado el consenso sobre la dificultad de que la regulación del número de profesionales mejore la asignación de recursos, especialmente cuando la demanda es heterogénea. Como ya mostró Waterson (1993), una regulación de precios generosa puede conducir a que abran incluso más farmacias de las que habría en un mercado con libertad de precios y de entrada. Y la regulación de entrada puede resultar excesivamente restrictiva, y llevar a una insuficiente apertura de farmacias.

<sup>51</sup> Pérez Gálvez (2008).

<sup>52</sup> Chamberlain (1933) formuló la teoría del exceso de entrada, y Suzuma y Kiyono (1986) y Mankiw y Whinston (1986) delimitaron las estrictas condiciones bajo las cuales la libertad de entrada de competidores conduce al óptimo social en mercados oligopolísticos.

Por su parte, no existe consenso entre los economistas sobre cuál es el resultado de la libertad de entrada sobre la pautas de localización geográfica de los competidores. Tal y como señalan Netz y Taylor (2002), casi cualquier configuración geográfica puede obtenerse de la teoría económica en función de la elección de los supuestos de partida de los modelos, desde el principio de mínima diferenciación y concentración, sugerido ya por el trabajo seminal de Hotelling (1929), hasta el principio de máxima diferenciación o dispersión demostrado por Aspremont, Gabszewicz y Thisse (1979). Con todo, existe cierta percepción de que la teoría más plausible es la que indica cierta tendencia a la dispersión, y no tanto a la concentración.

Por el contrario, la evidencia empírica parece indicar hasta la fecha que existe más tendencia a la concentración que a la dispersión de locales de venta y prestación de servicios. Ahora bien, los trabajos más recientes comienzan a encontrar apoyo empírico hacia la tesis de la dispersión, como en el caso de las estaciones de servicio en los EE.UU. (Netz y Taylor, 2002).

La cuestión, por tanto, de si la regulación está precisamente acertando en fijar el número de farmacias y la localización en el nivel óptimo debe ser analizada caso por caso. Y, al realizar el análisis es vital acertar en el contrafactual, en medir de forma acertada cuál sería el resultado de aplicar una regulación distinta a la existente.

Tal y como señala Pakes (2007), el reto es realizar aproximaciones precisas y robustas sobre qué pasaría en un entorno regulatorio e institucional que no hemos observado en la realidad. Por ello, es muy importante contar con información detallada sobre experiencias de cambio en la regulación en entornos lo más parecidos posible al que estamos estudiando: la experimentación autonómica nos ofrece precisamente un laboratorio valioso sobre los resultados de políticas distintas en entornos muy parecidos.

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) utilizan la información sobre la apertura de farmacias en Navarra después del cambio de la regulación de diciembre de 2000 para evaluar cuál es el impacto de regulaciones restrictivas de establecimiento como la de Andalucía y Euskadi sobre el número de farmacias abiertas al público. Borrell y Fernández-Villadangos (2009b) analizan el impacto de la desregulación sobre la localización de farmacias en Navarra. A continuación ofrecemos algunos de los resultados de estos trabajos, junto a un análisis sobre la dinámica de apertura de nuevas farmacias en Navarra tras la desregulación.

En resumen, la comparación de las experiencias del conjunto de Comunidades Autónomas muestra lo siguiente:

1. La regulación de la distancia de 150 o 250 metros entre farmacias es innecesaria. La mayor parte de las farmacias se instalan de forma dispersa cubriendo la geografía del municipio tanto en el caso de que existan restricciones a la instalación de nuevas farmacias (modelo liberalizado como el de Navarra), como cuando no las hay (modelo regulado subsidiario estatal y de la mayoría de Comunidades Autónomas).

2. La restricción a la instalación de una primera farmacia en todo municipio es inadecuada. Paradójicamente, son los municipios más pequeños los que pueden resultar más perjudicados por la regulación: pueden quedarse sin la farmacia que desearía abrir. La restricción en estos municipios no permite obtener la esperada mayor cobertura geográfica de la atención farmacéutica, sino por el contrario, genera el efecto perverso de limitarla. Por ello, además de Navarra (con la desregulación de 2000 que ha respetado la re-regulación de 2008), muchas Comunidades Autónomas como por ejemplo Andalucía y Valencia han liberalizado la instalación de una primera farmacia en cada municipio o en entidades poblacionales menores para asegurar que existen farmacias abiertas al público en los núcleos de población menos densos y alejados.
3. La restricción a la instalación de la segunda y siguientes farmacias en un municipio es desproporcionada. La regulación de entrada definida de forma subsidiaria en la Ley 16/1997 y seguida por la mayoría de Comunidades Autónomas limita el número de farmacias abiertas al público entre un tercio y dos tercios. La restricción parece a todas luces desproporcionada dado que limita la proximidad de las farmacias a los domicilios, sin que exista evidencia de mejoras sustanciales en la calidad del servicio que pueda compensar los mayores costes en desplazamientos.

El análisis de la comparación de experiencias autonómicas se presenta a continuación en dos apartados: primero, definimos los mercados relevantes; en segundo lugar, evaluamos el impacto de la reforma de la regulación de apertura de nuevas farmacias.

#### 4.1. DEFINICIÓN DE MERCADO

La naturaleza del servicio de atención farmacéutica al público en oficinas de farmacias es local. Alguna evidencia estadística como la ofrecida por Frontier Economics (2002, en OFT 2003) muestra que no existe sustituibilidad por parte de la demanda a alterar los patrones de localización de sus compras. En el caso del Reino Unido, Frontier Economics (2002) distingue entre las farmacias en lugares de paso y centros comerciales, y las farmacias de proximidad cercanas a los centros de salud y al domicilio de los pacientes. Sólo las primeras ofrecen descuentos de precios sobre medicamentos comercializados directamente al público (medicamentos publicitarios, OTC) respecto a los precios mayoritarios en las farmacias de proximidad.

Siguiendo la propuesta de Bresnahan y Reiss (1991) de estudiar la dinámica de entrada de competidores en mercados locales separados geográficamente unos de otros, Schaumans y Verboven (2008) optan por definir los mercados farmacéuticos a nivel municipal para aquellos municipios que tengan menos de 15.000 habitantes y una densidad de población menor a 800 habitantes por kilómetro cuadrado.

De esta manera, podemos observar la estructura y la conducta de las farmacias en un conjunto suficientemente elevado de mercados locales aislados unos de otros.

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) han podido comprobar que esta definición de los mercados locales es plausible ya que no existen efectos negativos sobre el número de farmacias de equilibrio en los municipios de Euskadi por la apertura de nuevas farmacias en los municipios de Navarra situados en la frontera entre ambas Comunidades Autónomas tras la desregulación. Y a la vez, han podido comprobar que sí existe un fuerte impacto negativo de la presencia de un competidor adicional sobre los beneficios de cada farmacia dentro de un mismo municipio.

#### 4.2. IMPACTO DE LA REFORMA REGULATORIA

El número de farmacias en el conjunto de Navarra pasó de 308 en diciembre de 2000 a 583 en octubre de 2008: aumentó el número en 275, por tanto, casi duplicó en número tras la liberalización (incremento del 89%). Además, 16 farmacias existentes cambiaron de localización.

**Cuadro 2. Estructura de los mercados antes y después de la reforma reglamentaria en Navarra**

Número de farmacias por municipio	Número de municipios antes (2000)	Número de municipios después (2008)	% Municipios antes (2000)	% Municipios después (2008)
0	130	120	49,1%	45,3%
1	128	83	48,3%	31,3%
2	5	26	1,9%	9,8%
3	1	20	0,4%	7,5%
4	0	7		2,6%
5	1	5	0,4%	1,9%
6		1		0,4%
7		2		0,8%
12		1		0,4%
<b>Total</b>	<b>265</b>	<b>265</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 kilómetros cuadrados. Todos excepto Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarra, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia.

El cuadro 2 muestra la estructura de los mercados locales antes y después de la reforma regulatoria de 2000 por la que se concede en la práctica libertad de instalación a nuevas farmacias sujeto a respetar una distancia mínima de 150 metros entre las antiguas farmacias y las nuevas. Los datos recogen la estructura de todos los municipios de Navarra excepto los de mayor población y densidad: Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarrza, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia. De esta manera estudiamos la dinámica de apertura de nuevas farmacias en los municipios en los que se localizaba el 51% de las farmacias de Navarra antes de la desregulación.<sup>53</sup>

El cuadro 2 muestra claramente que los municipios de menor densidad de Navarra se debatían entre tener o no tener farmacia antes de la reforma. Casi la mitad de los municipios no tenían farmacia. La otra mitad tenía tan sólo una. Y sólo siete municipios tenían más de una farmacia. La reforma de la regulación de diciembre de 2000 inicia un rápido proceso de apertura generalizada de farmacia que casi dobla su número. Aunque se ofrecen datos de 2008, ya en 2006 el número de farmacias se había casi doblado.

El cuadro 2 muestra claramente que la liberalización no ha tenido un impacto negativo sobre la cobertura geográfica de la atención farmacéutica. La desregulación parece haber permitido incluso ampliar ligeramente el servicio farmacéutico a municipios hasta entonces desatendidos: diez municipios que carecían de farmacia cuentan con una o más farmacias tras la eliminación de las restricciones de establecimiento. El porcentaje de municipios sin farmacia pasa del 49,1% al 45,3%.<sup>54</sup>

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) estiman para el caso de Euskadi que la eliminación de las restricciones al establecimiento de nuevas farmacias por la adopción del modelo legal navarro llevaría a una reducción de 76 a 56 el número de municipios sin farmacia de un total de 207 municipios estudiados de acuerdo a la misma definición de mercado descrita anteriormente.<sup>55</sup> El número de municipios sin farmacia se reduce del 37% al 27%. Esta evidencia pone claramente de manifiesto que la restricción al establecimiento de nuevas farmacias es inadecuada para atender el objetivo de asegurar el servicio farmacéutico en los municipios menos poblados, menos densos y remotos.

.....

<sup>53</sup> A nivel desagregado por municipio no disponemos de la información sobre la localización previa a la desregulación de las 16 farmacias que se han trasladado, por tanto, en el análisis las tratamos como si fueran nuevas, como si no existieran con anterioridad a la desregulación.

<sup>54</sup> Hemos comprobado que la falta de datos sobre la localización de las 16 farmacias que existían antes de la liberalización y que se trasladaron tras la desregulación no altera el análisis de los cambios relativos: en nuestra muestra el aumento de farmacias es del 92%, sólo tres puntos porcentuales superior al 89% que se dio en realidad. Y si suponemos que la parte proporcional a las que observamos estaba situada en municipios que en nuestra estadística aparecen como municipios sin farmacia (7 de 16), el número de municipios sin farmacia también se reduce de 123 a 120, del 46,4% al 45,3%. Sólo en el supuesto de que 11 o más de estas farmacias estuviesen localizadas en los municipios que constan sin farmacia en nuestros datos, la liberalización hubiese aumentado el número de municipios sin farmacia. En el extremo, si las 16 se hubiesen trasladado desde municipios que ahora no tienen farmacia a otros municipios que ya disponían de farmacia, el porcentaje de municipios sin farmacia hubiese aumentado sólo ligeramente del 43,0% al 45,3%.

<sup>55</sup> Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 habitantes por kilómetro cuadrado.

En cambio, el mismo ejercicio de predicción indica que el número de municipios sin farmacia no cambiaría con la liberalización en Andalucía ya que sólo 2 municipios de los 654 estudiados siguiendo el mismo criterio de definición de mercado no disponen de farmacia. A lo sumo la liberalización permitiría la apertura de una farmacia en uno de estos dos municipios sin farmacia. La actual regulación de Andalucía permite la apertura de la primera farmacia en todo núcleo de población definido por la estadística del padrón y censo del INE. Por ello, la regulación no impide que se atienda el servicio farmacéutico a lo largo y ancho del territorio.

Esta evidencia comparativa muestra que las restricciones de establecimiento son inadecuadas para satisfacer el objetivo de interés público de ampliar la cobertura geográfica del servicio de atención farmacéutico. E incluso, que las restricciones pueden ser contraproducentes.

El cuadro 3 muestra la localización de las nuevas farmacias en Navarra según el número de farmacias abiertas al público en 2000, antes de la desregulación. El cuadro muestra que 18 farmacias se han abierto en los municipios que no tenían servicio farmacéutico. Además, se han abierto 87 farmacias nuevas en municipios que disponían de una sola farmacia. En estos municipios, el aumento en el número de farmacias es de más de dos tercios de farmacias adicionales a las ya existentes (68%). Y en los municipios que ya tenían dos o más oficinas de farmacia, el aumento es espectacular: el número de farmacias casi se triplica, se multiplica por 2,68 (168%).

**Cuadro 3. Distribución de las nuevas farmacias después de la reforma regulatoria en Navarra**

Número de farmacias por municipio antes (2000)	Número de municipios antes (2000)	Número de farmacias antes (2000)	Número de nuevas farmacias abiertas después (2001-2008)	% aumento de farmacias después (2001-2008)
0	130	0	18	
1	128	128	87	68%
2	5	10	20	161%
3	1	3	2	
5	1	5	7	
<b>Total</b>	265	146	134	92%

Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 kilómetros cuadrados. Todos excepto Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarra, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia.

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) estiman que el número de farmacias que se establecería en los municipios estudiados de Euskadi si se procediese a una reforma regulatoria como la de Navarra aumentaría de 210 a 327, se incrementaría en un 55,7%, es decir, se multiplicaría por 1,55. Y para Andalucía el aumento sería de 969 a 3.305, se incrementaría en un 241%, es decir, se multiplicaría por 3,41.<sup>56</sup>

Contra lo que esperábamos, la regulación de entrada resulta ser en la práctica más restrictiva en Andalucía que en Navarra, y lo era más en Navarra que en Euskadi. Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) muestran que cada farmacia necesita de un soporte de población sustancialmente mayor en Euskadi que en Andalucía en un entorno liberalizado, situándose Navarra en un punto intermedio: un municipio de 3.600 habitantes permite sostener sólo dos farmacias en Euskadi, mientras que permite sostener a cuatro farmacias en Andalucía. Este resultado indica que o bien los costes de prestar el servicio son objetivamente mayores en Euskadi, o bien la geografía física y humana y la naturaleza de la competencia llevaría en un entorno desregulado a una estructura de mercado más concentrada en la que existirían menos farmacias pero de mayor dimensión en cada municipio de Euskadi.

Con todo, la regulación está limitando intensamente el número de farmacias que abren al público en las tres Comunidades Autónomas: reduce su número en más de un tercio en el caso de Euskadi, en casi la mitad en el caso de Navarra, y en más de dos tercios en el caso de Andalucía.

Si fuera necesaria y adecuada la restricción para limitar un posible exceso de entrada, la regulación parece a todas luces desproporcionada ya que limita severamente el libre ejercicio profesional sin haber acreditado el beneficio social de tal restricción: la restricción aumenta los costes de desplazamiento de los pacientes al separar la localización de las farmacias de sus domicilios, mientras que asegura unas casi-rentas o rentas puras a los farmacéuticos instalados.<sup>57</sup>

Se trataría de casi-rentas si los ingresos extraordinarios debidos a la restricción de la competencia se dedican a aumentar la calidad del servicio (más horas de apertura, mayor atención a los pacientes, mejores instalaciones, mayores *stocks*, menores tiempos de servicio, etc.). No tenemos indicios que apunten que el aumento de la calidad del servicio compensa el sustancial incremento en los costes de desplazamiento por el aumento de la distancia entre los domicilios de los pacientes y la localización de las farmacias. Los ingresos extraordinarios serían rentas puras si tan sólo alimentan la rentabilidad del negocio o el valor del traspaso de la autorización de apertura.

Aunque no tenemos información sobre la calidad del servicio en las distintas farmacias, sí tenemos evidencia sobre la dinámica de la localización de las far-

<sup>56</sup> De nuevo los municipios estudiados son los que tienen población inferior a 15.000 habitantes, y una densidad de menos de 800 habitantes por kilómetro cuadrado.

<sup>57</sup> La magnitud de las casi-rentas o rentas puras son mucho mayores en Andalucía que en Euskadi según las estimaciones de Borrell y Fernández-Villadangos (2009a).

macias en el territorio para el caso de Navarra. Borrell y Fernández-Villadangos (2009b) muestran que la localización de las farmacias es completamente distinta en aquellos municipios en los que existe un centro de salud a la localización en los que no disponen de un centro de salud.

El cuadro 4 muestra la relación entre la distancia media a la farmacia más cercana y el número de farmacias abiertas en un mismo municipio de Navarra. Se trata de distancias euclidianas entre los dos puntos de localización, no la distancia del recorrido a pie entre ellas que sería mayor. De nuevo nos fijamos en los municipios menos poblados y densos que constituyen un mercado local aislado del resto de municipios. Sólo podemos observar la relación entre distancias y número de farmacias en los municipios sin centro de salud después de la desregulación, ya que anteriormente los municipios sin centro de salud carecían de farmacia o tenían una farmacia como máximo.

A falta de centro de salud, las farmacias tras la desregulación abren en los extremos de la zona urbana o en distintos núcleos de población a una distancia media de casi 2,2 kilómetros. En los municipios más poblados sin centro de salud, las farmacias tienden a localizarse en los espacios libres entre las ya instaladas en los extremos del municipio, a una distancia media cada vez más reducida. Con cuatro o cinco farmacias la regulación de distancia mínima de 150 metros a pie podría llegar a restringir la localización de las farmacias.

**Cuadro 4. Distancia media a la farmacia más cercana del municipio (metros) en Navarra**

Número de farmacias	Municipios sin centro de salud (después de la desregulación 2008)	Municipios con centro de salud	
		Antes desregulación (2000)	Después desregulación (2008)
2	2.195	133	133
3	287	1.367	285
4	146	2.974	367
5	74	6.473	474
6			612
7			789

Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 kilómetros cuadrados. Todos excepto Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarra, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia.

En los municipios en los que sí existe centro de salud, las primeras farmacias tienden acercarse al centro de salud. La distancia euclídeana media es de 133 metros, y por ello puede que la regulación de distancia mínima de 150 metros de desplazamiento a pie esté restringiendo las posibilidades de localización. Ahora bien, en los municipios que existen más farmacias, éstas tienden a dispersarse de forma creciente por el territorio municipal. Para tres o más farmacias la regulación de distancias mínimas no parece ser restrictiva ya que la distancia euclídeana media supera los 285 metros.

Tanto en los municipios con o sin centro de salud, la regulación de distancias mínimas es irrelevante en la mayor parte de los casos, no afecta a las decisiones de localización ya que las farmacias distan unas de otras mucho más del mínimo regulado. Dada la tendencia natural de las farmacias a localizarse de forma dispersa en el territorio municipal, la regulación de distancias mínimas no es necesaria.

De hecho, sólo puede estar restringiendo la localización cerca del centro de salud. Ya la OFT (2003) recogió la percepción generalizada de que, dada la elevada concentración de la prescripción en los centros de salud, las farmacias pueden tener interés en localizarse lo más cerca posible de los centros de salud. Supuestamente este proceso podría llevar a la concentración de farmacias en torno al centro de salud y la desatención del resto del territorio municipal.

Según este argumento, la liberalización de las distancias mínimas podría llevar aparejado un proceso de saltos consecutivos de rana (*leap frogging*) por el cual las farmacias se relocalizarían para acercarse el máximo posible al centro de salud. Ahora bien, la experiencia de Navarra muestra que, contra lo que se deduce de la discusión en OFT (2003), este proceso de competencia por la localización cerca del centro de salud parece estar restringido sólo a una o dos farmacias. Más allá de estas dos farmacias, el resto compete por diferenciarse espacialmente acercándose al domicilio de los pacientes. No se produce un proceso de concentración generalizado, sino una especialización entre la farmacia del centro de salud (o las dos farmacias del centro de salud), y el resto de farmacias de proximidad a los domicilios.

En este caso, la regulación de distancias mínimas estaría tan sólo beneficiando a un número muy reducido de farmacias que están cerca del centro de salud. Para estas farmacias, la regulación impide que se acerquen competidores que les puedan arrebatarse parte del mercado que deviene cautivo en el entorno del centro de salud. La protección es aún mayor para las farmacias en la mayoría de Comunidades Autónomas que fijan la distancia mínima en 250 metros, tal y como lo hacía el decreto de 1978 para el conjunto de España.

Y el área protegida de las farmacias ya instaladas en la inmediata proximidad del centro de salud es aún mayor si se fija una distancia mínima de localización respecto a los centros de salud. La Ley de Andalucía establece una distancia mínima de 200 metros respecto a cualquier centro de salud. La Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia establece una distancia mínima de 250 metros respecto a cualquier centro de salud. La Ley del País Vasco protege a la primera farmacia de los municipios con centros de salud: no hay distancia mínima en los municipios

de farmacia única, pero la instalación de la segunda o posterior farmacia en el municipio requiere respetar una distancia mínima de 150 metros respecto al centro de salud.

**Cuadro 5. Soportes de población municipal mínimos según farmacias**

Nº	Umbral mínimo de población del municipio	Promedio de población mínima por farmacia
1	566	566
2	6.513	3.257
3	8.020	2.673
4	8.989	2.247

Euskadi 2006 – Entrada restringida – Distancia mínima entre farmacias 250 m – Distancia mínima al centro de salud para la segunda y posterior farmacia de 150 m

Nº	Umbral mínimo de población del municipio	Promedio de población mínima por farmacia
1	167	167
2	4.732	2.366
3	5.885	1.962
4	6.588	1.647

Andalucía 2008 – Entrada restringida para la segunda y posterior farmacias – Distancia mínima entre farmacias 250 m – Distancia mínima al centro de salud de 200 m

Nº	Umbral mínimo de población del municipio	Promedio de población mínima por farmacia
1	403	403
2	1.830	915
3	3.524	1.175
4	6.517	1.629

Navarra 2008 – Entrada libre – Distancia mínima entre farmacias 150 m

*Fuente:* Elaboración propia a partir del modelo propuesto en Borrell y Fernández-Villadangos (2009a).

De hecho, utilizando el modelo propuesto por Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) se puede estimar el soporte de población que requiere la apertura de una farmacia adicional en el caso de que el establecimiento de nuevas farmacias esté restringida por la regulación de distancias. Tal y como muestra el cuadro 6, el soporte de población necesario para abrir la segunda farmacia en un entorno regulado es sustancialmente mayor en Euskadi o Andalucía que tienen distancias mínimas respecto al centro de salud que en Navarra tras la liberalización que no tiene distancia mínima respecto al centro de salud. Es de 6.513 habitantes en Euskadi, 4.732 habitantes en Andalucía y sólo de 1.830 habitantes en Navarra.

Así pues, a excepción de la primera farmacia que tiene una tendencia natural a instalarse lo más cerca posible del centro de salud, el resto de farmacias se dispersa geográficamente. Por ello, la regulación de distancias mínimas entre farmacias no es necesaria. Y tampoco es necesaria la regulación de distancia mínima respecto al centro de salud ya que sólo protege las casi-rentas o rentas puras de las farmacias que quedan por motivos históricos o por el diseño de la propia regulación dentro del perímetro de protección.

## 5. LECCIONES DE LA EXPERIMENTACIÓN AUTONÓMICA

En conclusión, la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Luxemburgo han conseguido establecer los principios bajo los cuales se debe evaluar si las regulaciones que restringen el libre ejercicio profesional sirven al interés público y pueden estar objetivamente justificadas. Sin embargo, la política europea de impulsar reformas de las regulaciones de oficinas de farmacia en los Estados miembros se ha encontrado con mayores dificultades de lo esperado.

El caso de las acciones emprendidas por la Comisión Europea contra las regulaciones de las oficinas de farmacia en España muestra claramente como la diversidad en la ordenación autonómica puede convertirse en un factor determinante a favor de mejoras en la regulación siguiendo principios europeos, deviniendo una suerte de experimentación reformista.

El estudio comparado de los efectos de las diversas políticas autonómicas de regulación del establecimiento de farmacias muestra que el interés público no se satisface de forma necesaria, adecuada ni proporcional con restricciones severas del número de farmacias que pueden abrir al público. En particular, la comparación de la experiencia liberalizadora de Navarra, frente a las más restrictivas de Andalucía o Euskadi, pone en evidencia que hay un amplio margen para la mejora de la regulación bajo principios menos intervencionistas. La experiencia histórica española anterior a la guerra civil también muestra cómo es posible promover la apertura de farmacias en territorios poco densos y remotos a través de políticas de financiación pública menos restrictivas.

Contra los que claman que la experimentación regulatoria autonómica pone en cuestión la unidad de mercado, en este trabajo mostramos que bien al contrario, la diversidad autonómica es la que permite poner de manifiesto los excesos de la intervención administrativa de cualquier nivel territorial.

## REFERENCIAS

- Abood, R. (2007), *Pharmacy Practice and the Law*, 5th Edition, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury (MA).
- Ariño Ortiz, G. y Sala Arquer, M. (1997), "Dictamen sobre la naturaleza y el régimen jurídico del farmacéutico y las farmacias" *Farmacéuticos* nº 298.
- Arruñada, B. (2006), 'Managing Competition in Professional Services and the Burden of Inertia', in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu, eds., *European Competition Law Annual 2004: The Relationship between Competition Law and the (Liberal) Professions*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, pp. 51-71.
- Berry, S. T. (1992), 'Estimation of a Model of Entry in the Airline Industry', *Econometrica*, 60(4), pp. 889-917.
- Berry, S. T. y Waldfogel, J. (1999), 'Free Entry and Social Inefficiency in Radio Broadcasting', *RAND Journal of Economics*, 30, pp. 397-420.
- Borenstein, S. y Netz, J. S. (1999), 'Why do all the flights leave at 8 am? Competition and departure-time differentiation in airline markets', *International Journal of Industrial Organization*, 17(5), pp. 611-640.
- Borrell, J. R. y Fernández-Villadangos, L. (2009a), 'Assessing the excess profits from different entry regulations', *XREAP Working Paper*.
- Borrell, J. R. y Fernández-Villadangos, L. (2009b), 'Clustering or differentiation of outlets: the underlying reason for distance regulation', mimeo.
- Bresnahan, T. F. y Reiss, P. C. (1991), 'Entry and Competition in Concentrated Markets', *Journal of Political Economy*, 99 (51), pp. 977-1009.
- Chamberlain, E. (1933), *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- CNC (2009), *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*, Comisión Nacional de la Competencia, Madrid.
- COFV y FEFE (2007), *Marco Legal Comparado de la Farmacia en Europa*, Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles.
- Comín, F. (1996), *Historia de la Hacienda Pública*, II, Editorial Crítica, Barcelona.
- Costas, A. (1988), *Apogeo del liberalismo en "La Gloriosa". La reforma económica en el Sexenio liberal (1868-1874)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid.

- Costas, A. (1992), 'Gasto Público y Regulación Económica en España', en J. L. García Delgado (coord.) *Homenaje a Juan Velarde Fuertes*, Eudema, Madrid.
- Cueto Pérez, M. (1998), *Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica*, Madrid.
- Cueto Pérez, M. (2003), "Sentencia del Tribunal constitucional de 5 de junio de 2003, sobre las leyes de ordenación del servicio farmacéutico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 120.
- d'Aspremont, C., Gabszewicz, J. J. y Thisse, J.R. (1979), 'On Hotelling's Stability in Competition', *Econometrica*, 47, pp. 1145-1150.
- Davis, P. (2006a), 'Measuring the Business Stealing, Cannibalization and Market Expansion Effects of Entry in the Motion Picture Exhibition Market', *Journal of Industrial Economics*, 54(3), pp. 293-321.
- Davis, P. (2006b), 'Spatial Competition in Retail Markets: Movie Theaters', *RAND Journal of Economics*, 37(4), pp. 964-982.
- European Commission (2008), 'Pharmaceutical Sector Inquiry. Preliminary Report', DG Competition Staff Working Paper, Brussels.
- Esteva de Sagrera, J. (2005), *Historia de la farmacia, los medicamentos, la riqueza y el bienestar*, Masson, Barcelona.
- Gómez-Reino, E. (1997), *Horarios comerciales y oficinas de farmacia*, Madrid
- González Pérez, J. y González Salinas, E. (1996), *La reforma de la ordenación farmacéutica*, Civitas, Madrid.
- Gowrisankaran, G. y Krainer, J. (2006), 'The Welfare Consequences of ATM Surcharges: Evidence from a Structural Entry Model', *NBER Working Paper*, 12443.
- Hotelling, H. (1929), 'Stability in Competition', *The Economic Journal*, 39, pp. 41-57.
- Jansson, E. (1999), 'Libre competencia frente a regulación en la distribución minorista de medicamentos', *Revista de Economía Aplicada*, 19, pp. 85-112.
- Kraakman R. H. (1986), 'Gatekeepers: The Anatomy of Third-Party Enforcement Strategy', *Journal of Law, Economics and Organization*, 2(1), pp. 53-104.
- Mankiw, N. G. y Whinston, M. D. (1986), 'Free Entry and Social Inefficiency', *RAND Journal of Economics*, 17, pp. 48-58.
- Martín Mateo, R. (1995), "La ordenación de las oficinas de farmacia", *Derecho y Salud*, nº 2.
- Moral Soriano, L. (2002), "Proporcionalidad y servicios económicos de interés general", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 3.
- Mossialos E. y Mrazek, M. (2003), 'The Regulation of Pharmacies in Six Countries', Report prepared for the Office of Fair Trading, London.
- Muñoz Machado, S. (1975), 'La concepción sanitaria decimonónica', en *La Sanidad Pública en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

- Netz, J. S. y Taylor, B. A. (2002), 'Maximum or minimum differentiation? Location patterns of retail outlets', *Review of Economics and Statistics*, 84(1), pp. 162-175.
- Nuscheller, R. (2003), 'Physician reimbursement, time, consistency, and the quality of care', *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 159, pp. 302-322.
- ÖBIG (2006), 'Surveying, Assessing and Analyzing the Pharmaceutical Sector in the 25 EU Member States', Report Commissioned by the DG Competition – European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Brussels.
- Padrós Reig, C. (1997), "Ordenación farmacéutica" en Informe *Pi-i-Sunyer sobre Comunidades Autónomas*, 1995-1996, Barcelona.
- Pakes, A. (2007), 'Theory and empirical work in imperfectly competitive markets', *NBER Working Paper*, 14117.
- Parrilla Valero, F. (2009), 'En busca del origen de los farmacéuticos titulares', *Gaceta Sanitaria*, 23(1), pp. 72-75.
- Pérez Gálvez, J. F. (2008), "La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: transmisibilidad, cotitularidad y caducidad", *Administración de Andalucía*, nº 69.
- Reiss, P. C. y Spiller, P. T. (1989), 'Competition and entry in small airline markets', *Journal of Law and Economics*, 32, pp. 179-202.
- Rivero Isern, J. L. (1992), *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*. Madrid.
- Rodríguez-Nozal, R. y González-Bueno, A. (2005), *Entre el arte y la técnica. Los orígenes de la fabricación industrial del medicamento*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- Salop, S. C. (1979), 'Monopolistic Competition with Outside Goods', *The Bell Journal of Economics*, 10, pp. 141-156.
- Schaumans, C. y Verboven, F. (2008), 'Entry and regulation. Evidence from health care professions', *RAND Journal of Economics*, 22, pp. 490-504.
- Suzuma, K. y Kiyono, K. (1986), 'Entry barriers and economic welfare', *Review of Economic Studies*, 54, pp. 157-167.
- Vidal Casero, M. C. (1996), "El procedimiento de autorización de una oficina de farmacia. Interpretación jurisprudencial 1978-1995", *Revista General de Derecho*, nº 621.
- Waterson, M. (1993), 'Retail Pharmacy in Melbourne: Actual and Optimal Densities'. *The Journal of Industrial Economics*, 41, pp. 403-419.
- Zubeldia, L., Muelas, J. y Hernández, I. (1993), 'Situación de los farmacéuticos titulares en el ámbito del Estado Español', *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, 67, pp. 507-517.



# LA COMPETENCIA EN LA TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA ¿VÍCTIMA DEL CRECIMIENTO DEL MERCADO O DE LA REGULACIÓN?

JOAN CALZADA  
ANTÓN COSTAS  
ALEJANDRO ESTRUCH  
Universitat de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN

Hasta la primera mitad de la década de 1980 para la mayoría de los españoles los teléfonos móviles eran algo que se veía en el cine o en series de televisión, por lo general como parte del equipamiento de los vehículos en los que se desplazaban inteligentes detectives o poderosos magnates. En realidad, hasta entrados los años 90 no existió en España una política de telefonía móvil, algo comprensible en un país en el que a la sazón todavía no se había logrado la universalización de la telefonía tradicional, por entonces el objetivo prioritario.

La Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE) empezó a prestar el servicio de telefonía móvil celular como parte de su monopolio en el año 1982, coincidiendo con la celebración del Mundial de Fútbol.<sup>1</sup> Este servicio, que operaba en la banda de los 450 MHz, utilizaba el estándar *Nordic Mobile System* y aunque los aparatos eran muy caros y voluminosos ya eran realmente portátiles. El sistema

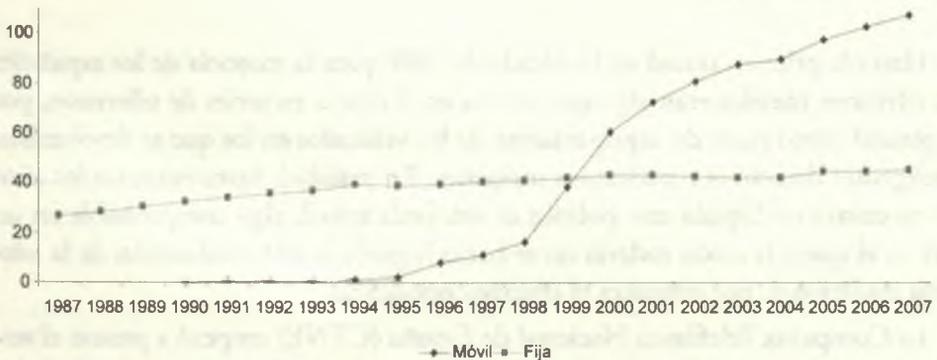
<sup>1</sup> Aunque desde 1976 comercializaba el TAV (teléfono automático en vehículos). Ver Ruidobro, José M<sup>o</sup> y Romeo, José Manuel (2006), "El impetu de la telefonía móvil", en *Crónicas y testimonios de las telecomunicaciones españolas*, tomo I, COIT, Madrid. El TAV operaba en la banda de los 160 MHz y estaba disponible en Madrid y Barcelona para un máximo de 600 usuarios, que podían acceder a la red convencional pero no comunicarse entre ellos.

quedó saturado a finales de la década con apenas 50.000 usuarios, por lo que Telefónica decidió reemplazarlo en 1990 por otro basado en la tecnología TACS (*Total Access Communication System*), en la banda de los 900 MHz y de mucha mayor capacidad.<sup>2</sup> La opción de continuar con la telefonía analógica, compartida entonces por otros países, se debía al gran avance que suponía el TACS-900 y al lento desarrollo que estaba teniendo la tecnología digital. La introducción del TACS permitió un aumento del 30% en la tasa de penetración pero supuso un perjuicio para los usuarios, que no pudieron disfrutar de la telefonía digital, y por tanto de la liberalización del mercado, hasta 1995.<sup>3</sup>

A partir de esta fecha, el mercado español de la telefonía móvil ha tenido un éxito fulgurante. En 2000 el número de líneas de telefonía móvil igualó al de fijas. En 2003 los usuarios gastaron más en llamar por móviles (8.811 millones de euros) que por líneas fijas (8.254 millones). En 2005 las líneas con contrato superaron a las de prepago. En marzo de 2006 ya había más móviles que españoles.

Es cierto que en los últimos años el aumento de líneas se ha ido desacelerando. Sin embargo, el tráfico de telefonía móvil ha crecido más que el número de líneas, lo que demuestra la intensificación en el uso del teléfono móvil. Los mayores ingresos de tráfico se producen en los servicios que han tenido mayores reducciones del ingreso medio por línea, como las llamadas internacionales y la itinerancia internacional. Además el ingreso medio por línea ha ido creciendo tanto en la modalidad de prepago como en los contratos individuales y de negocio.

**Figura 1. Penetración de la telefonía fija y móvil en España**



Fuente: CMT

<sup>2</sup> Telefónica siguió utilizando la tecnología analógica a pesar de que la Recomendación del Consejo Europeo 87/371, de 1987, había instado a adoptar la tecnología digital y de que España firmó junto con otros 12 países un acuerdo en ese sentido en el seno de la Conferencia Europea de Correos y Telecomunicaciones (CEPT).

<sup>3</sup> El único avance en esa etapa fue la liberalización de los terminales en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987. Esta Ley también propició el cambio de denominación de la CTNE, que pasó a llamarse Telefónica de España, y la creación de su filial TSI (más tarde, TSM).

No obstante, como mostraremos en las siguientes secciones, el éxito de la telefonía móvil en España no lo es tanto si comparamos la competencia en el mercado español con la de otros países europeos similares. El argumento que queremos defender en este capítulo es que existen dos explicaciones que ayudan a entender ese menor desarrollo de la competencia en España.

En primer lugar, durante años el regulador español se abstuvo de regular la conducta de los operadores establecidos. Inicialmente se consideraba necesario garantizar la rentabilidad de las empresas para poder exigirles una rápida expansión de sus redes en todo el territorio. Desde finales de los noventa, la euforia por el rápido crecimiento del mercado ocultó la falta de competencia. Cuando los precios eran demasiado altos se decía que la pronta saturación del mercado disciplinaría a los operadores y se produciría la ansiada guerra de precios. Sin embargo, esa saturación no se produjo, e incluso cuando con tasas de penetración próximas al 110% sigue aumentando el tráfico del móvil gracias a la migración desde la telefonía fija. En los últimos años, ante la evidencia de que nuestros precios están entre los mayores de Europa, se ha intentado introducir regulaciones correctoras. Pero esto es casi imposible: con la nueva legislación europea del sector, incorporada en la Ley General de Telecomunicaciones de 2003,<sup>4</sup> ya no se pueden regular los precios minoristas. Por eso el único instrumento disponible para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) ha sido reducir e igualar los precios de interconexión que pagan los distintos operadores. La CMT ha sido muy activa con esta estrategia, pero no ha conseguido que las reducciones de los precios de terminación se hayan trasladado completamente a los precios minoristas. Ésta es una dirección en la que queda todavía camino por recorrer.

La segunda explicación para entender la falta de competencia en el mercado español es la escasa iniciativa por parte del legislador durante años para aumentar el número de operadores. La tradicional carencia de operadores en el mercado español (comparada con la situación en otros países europeos) se podía haber resuelto parcialmente en 2000 con la entrada de Xfera, el cuarto operador. Sin embargo, varios factores la impidieron. Por un lado, a esas alturas era demasiado tarde para ofrecer una nueva licencia de GSM, y las licencias de UMTS adjudicadas tardaron en ser operativas por los problemas técnicos en el despliegue de redes y la falta de terminales asequibles y preparados para la tercera generación. A ello hay que añadir que la crisis de las *punto.com* a principios de siglo no ayudó precisamente a superar estos problemas. Finalmente también hay que señalar que los Gobiernos, tanto del PP como del PSOE, no supieron encontrar la manera de forzar la entrada de Xfera o bien retirarle la licencia. ¿Qué habría pasado en el mercado español si hubiese entrado un cuarto operador en 2000?

<sup>4</sup> Vid. Noriega, Raquel y Ariño, Gaspar (2004), "La liberalización y competencia en las telecomunicaciones: Balance 1998-2003", en Ariño, Gaspar (dir.), *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003)*, Tomo IV, Fundación de Estudios de la Regulación, Editorial Comares, Madrid-Granada.

Otro problema relacionado con la regulación del mercado ha sido la timidez con que se han introducido los operadores móviles virtuales. Desde 2001 la CMT ha permitido la existencia de estos operadores, pero la regulación inicial de las condiciones de interconexión fue tan desfavorable que hasta que no fueron modificadas en 2007 los OMV no empezaron a aparecer. De nuevo, esto contrasta considerablemente con la estrategia seguida por otros países europeos, donde los OMV tienen una importante presencia desde hace años.

Finalmente, cabe mencionar que la adjudicación de las últimas licencias de GSM en 2005 tampoco sirvió para aumentar el número de operadores, porque algunos interesados, como Tele2, no lograron llegar a acuerdos de itinerancia con los operadores establecidos. De nuevo cabría preguntarse sobre la adecuación del modelo de entrada impuesto en el mercado español.

El objetivo de este capítulo es documentar la tesis que acabamos de exponer analizando la evolución del mercado español de telecomunicaciones móviles en los últimos 15 años. Mostramos cómo las sucesivas regulaciones han tratado de conciliar la necesidad de que los operadores obtengan rentabilidades adecuadas que favorezcan el crecimiento del mercado con el desarrollo de la competencia. Mientras que no hay dudas sobre el éxito alcanzado en el primer objetivo, la comparación internacional no permite la misma satisfacción respecto del segundo. Para abordar esta explicación, en la sección 2 repasamos la historia del sector desde su nacimiento como duopolio hasta su actual apariencia de mercado competitivo. En las secciones 3 y 4 evaluamos las sucesivas regulaciones, sus causas e intenciones y sus resultados reales. En la sección 5 se estudian las dinámicas de la competencia y el papel que pueden tener en el futuro los nuevos servicios accesibles a través del móvil. Finalmente, en la sección 6 planteamos algunas conclusiones.

## 2. LA LENTA LIBERALIZACIÓN DE LA TELEFONÍA MÓVIL

### 2.1. EL NACIMIENTO DE LA TELEFONÍA DIGITAL Y LA LLEGADA DEL SEGUNDO OPERADOR

La apuesta por el sistema analógico TACS-900 en 1990 retrasó la implantación del sistema digital GSM (*Global System of Mobile Communications*) hasta 2005. Ello no obstante, los movimientos liberalizadores se iniciaron en 1992, con la reforma de la LOT de 1987. La nueva LOT definió la telefonía móvil como un servicio de valor añadido y fijó el 31 de diciembre de 1993 como fecha límite para la concesión de una segunda licencia de GSM, consagrando así un régimen inicial de duopolio. El plazo no se cumplió, en buena parte debido al debate que se libraba en el seno del Gobierno en cuanto a la senda adecuada de la liberalización de las telecomunicaciones. Las cabezas visibles de las dos opiniones contrapuestas eran los ministros de Economía y de Obras Públicas y Transportes, Pedro Solbes y José Borrell, respectivamente. El primero entendía, en línea con la opinión mayo-

ritaria en Europa y de acuerdo con el Tribunal de Defensa de la Competencia, que era urgente conceder varias licencias de telefonía móvil para reducir la posición de dominio de Telefónica y conseguir rápidamente la reducción de los precios y la expansión del servicio; el segundo, por el contrario, consideraba que la prioridad era concluir la universalización de la telefonía convencional, para lo cual creía adecuado implantar en el móvil un duopolio que garantizase la rentabilidad de Telefónica.

Esta última postura es la que consagró el reglamento aprobado por el Gobierno en julio de 1994,<sup>5</sup> que estableció un doble mercado con monopolio para el móvil analógico –Moviline, que debía operar hasta 2007 aunque su desaparición se anticipó a 2003<sup>6</sup>– y duopolio para el digital (Movistar y un segundo operador). A la hora de decidir el método para conceder la segunda licencia surgió otra polémica. El MOPTMA prefería un sistema de subastas que incluyera, además del pago por uso del espectro, compromisos en términos de inversión, crecimiento de la cobertura y creación de empleo para maximizar el bienestar social; frente a estos argumentos de orden técnico, económico y político, el conjunto del sector, a través del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones –donde estaban los usuarios y las empresas–, defendió el procedimiento alternativo de concurso de méritos, que quizá permitía mayor capacidad de *lobby* y además contaba con el apoyo del entonces vicepresidente del Gobierno, Narcís Serra, que pensaba que ese método favorecería la formación de núcleos accionariales de obediencia nacional.

El debate fue intenso e incluyó una consulta al Consejo de Estado, que se decantó por el concurso pero obligó a la separación contable del negocio móvil de Telefónica. Cuando se convocó el concurso para la segunda licencia se presentaron inicialmente casi cuarenta empresas que acabaron agrupándose en cinco consorcios. Una Orden Ministerial de diciembre de 1994 otorgó a Airtel (posteriormente Vodafone) una licencia por la que pagó 510,8 millones de euros, mientras que a Telefónica se le había concedido sin pago alguno.<sup>7</sup> En 1995 Airtel empezó a operar utilizando la red de Retevisión, con una estrategia orientada a la prestación de servicios y a la venta de terminales.

La puesta en marcha del duopolio en telefonía móvil digital supuso en España un fuerte arranque del sector. La tímida liberalización permitió a Telefónica y Airtel obtener rentabilidades que facilitaron su expansión, aprovechando también las externalidades de red, la multiplicación de líneas que supone la individualidad del equipo y la reducción de los precios de los terminales, favorecida por el crecimiento acelerado de la demanda.

<sup>5</sup> Real Decreto 1486/94 de 1 de julio. Por lo demás, el régimen de duopolio no era ninguna extravagancia, porque era el adoptado en Alemania, Dinamarca, Francia, Grecia, Italia, Portugal y el Reino Unido; el resto de países de la CE mantenía el monopolio.

<sup>6</sup> La Transitoria Tercera del RD 1486/94 citado fijaba como fecha límite para la extinción del servicio el 31 de diciembre de 2006, pero a petición de Telefónica la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información adelantó al 31 de diciembre de 2003 el final de la telefonía analógica.

<sup>7</sup> Orden Ministerial de 29 de diciembre de 1994. La cifra entonces fue de 85.000 millones de pesetas.

## 2.2. LA CONSOLIDACIÓN DEL SECTOR Y LA LLEGADA DEL TERCER OPERADOR

En el primer trimestre de 1996 coincidieron dos hechos decisivos para el avance de la telefonía móvil en España. Por una parte el 16 de enero la CE publicó la Directiva 96/2 en la que se fijaba el 1 de enero de 1998 como fecha límite para la liberalización. Por otra, el 12 de marzo ganó las elecciones el Partido Popular, que formó Gobierno con el apoyo de los nacionalistas catalanes de CiU y los vascos del PNV. Mientras que el Gobierno socialista saliente había recurrido la Directiva europea, el nuevo Gobierno de José María Aznar optó no ya por seguir el ritmo liberalizador europeo, sino por adelantarse llevando a cabo la implantación del nuevo sistema DCS-1800, es decir, la segunda generación del móvil digital. En el trasfondo de esta iniciativa estaba, primero, el deseo de mantener a España en un papel protagonista en la modernización europea y de explicitar una política propia de telecomunicaciones; y segundo, el interés del Gobierno en capitalizar políticamente las ganancias de bienestar derivadas de la liberalización en un sector que estaba alcanzando una alta aceptación social: desde que en 1995 Airtel había empezado a competir con Moviline y Movistar los efectos benéficos de la competencia eran palpables, y la mejora que suponía el GSM facilitó una rápida expansión que incrementó los efectos de red.<sup>8</sup> La posibilidad de crecer convirtiendo en clientes a quienes aún no lo eran, y aprovechar así las economías de escala, hizo que la competencia se plantease en términos de segmentación del mercado, con lo que los precios se mantuvieron muy estables. Sin duda, esto permitió financiar las enormes inversiones de Telefónica y Airtel para desplegar la red GSM.

En este favorable contexto el primer Gobierno Aznar debatió las dos cuestiones clave para el despliegue de la segunda generación de móviles: el número de operadores y el sistema de precios. En 1997, el ministerio de Fomento, dirigido entonces por Rafael Arias-Salgado, decidió otorgar licencias de la nueva tecnología a los operadores existentes y convocar un concurso para la concesión de la tercera. Al concurso se presentaron Retevisión Móviles, liderada por Telecom Italia, y Alas, capitaneada por France Telecom, empresas de telefonía fija que aspiraban a convertirse en operadores globales.<sup>9</sup> La licencia se dio a Retevisión, que empezó a operar en enero del 99 bajo la marca Amena con un periodo de protección de seis meses durante el que Movistar y Airtel, con su mercado consolidado, no podían ofrecer el servicio de 1800 MHz, y además tenían que permitir el tráfico de Amena por sus redes durante dos años.

En cuanto al sistema de precios, el Gobierno consideró que la competencia existente, con el impulso adicional derivado del tercer operador, permitía desregular los precios, lo que se hizo en 1998. En ese año y el siguiente los precios medios

<sup>8</sup> Entre 1995 y 1998 la tasa de penetración pasó del 2,3% al 16,3%, es decir, se multiplicó por 7.

<sup>9</sup> Vid. Sanz, Ana (1999), "Debate político y marco regulador de las telecomunicaciones en España", en Jacint Jordana y David Sancho (eds.), *Políticas de Telecomunicaciones en España*, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política, Tecnos, Madrid.

cayeron un 17,8% y la tasa de penetración del servicio alcanzó el 38,1%.<sup>10</sup> Una parte considerable de los nuevos clientes, además, optaron por Airtel, que pasó de un cuarto a un tercio en cuota de mercado, lo que sirvió para confirmar la bondad de la estrategia de liberalización puesta en práctica, a juicio de sus autores. Al final de la primera legislatura del PP la penetración del móvil en España superaba la media europea, y España ya tenía más líneas de móvil que fijas.

### 2.3. EL NACIMIENTO PREMATURO DE LA TERCERA GENERACIÓN

Seguramente el crecimiento fulgurante de la demanda explica que Aznar intentase en su segunda legislatura que España fuera pionera en la introducción de la tercera generación de móviles, el sistema UMTS (*Universal Mobile Telecommunication System*). El UMTS es 15 veces más rápido que el GSM<sup>11</sup> y permite muchos nuevos servicios —datos, banda ancha, televisión, pago electrónico, etc.—, pero a finales de los noventa no estaba claro cuándo estaría disponible. El Gobierno ignoró estas dificultades y buscó una rápida transición al nuevo sistema para ser, tras Finlandia, el segundo país europeo en hacerlo. Sin duda esta estrategia pretendía lograr rendimientos políticos de las ganancias de bienestar que se esperaba obtener mediante la modernización de la economía, la competitividad de las empresas y la posibilidad de, siendo los primeros, fijar estándares y poner en situación ventajosa a las empresas españolas productoras de equipos, aplicaciones y contenidos. Confirmando esas motivaciones, en noviembre de 1999 se convocó el concurso para conceder cuatro licencias de móvil UMTS,<sup>12</sup> cuyas condiciones orientaban hacia empresas españolas la demanda de nuevos equipos y aplicaciones.

Al concurso se presentaron inicialmente 16 empresas que se agruparon en 6 corporaciones. Sin que sorprendiera a nadie se otorgó una licencia a cada uno de los operadores GSM preexistentes, y la cuarta fue para Xfera, a la que se permitían acuerdos privados de interconexión para que empezase a operar rápidamente, pero sin apoyo expreso del Gobierno. Las empresas pagaron 125.000 millones de pesetas (algo más de 750 millones euros) en total por las licencias. En teoría el 1 de agosto de 2001 el UMTS tenía que estar en funcionamiento en las ciudades de más de 250.000 habitantes, pero era imposible garantizarlo porque el sistema aún no estaba operativo y los fabricantes no podían ofrecer equipos de red ni terminales.

Este ímpetu liberalizador llevaba el germen de su propio fracaso. Por una parte, el hecho de convocar un concurso en vez de una subasta fue objeto de duras crí-

<sup>10</sup> No sólo por la desregulación, sino como consecuencia de la aparición de las tarjetas pre-pago, que permiten acceder al servicio a clientes de baja demanda o poca solvencia, y de la bajada de precios del servicio analógico.

<sup>11</sup> Hasta 144 kb/s de máxima velocidad teórica el UMTS frente a 9,6 kb/s el GSM.

<sup>12</sup> Orden Ministerial (Fomento) de 10 de noviembre de 1999.

ticas por la escasa recaudación obtenida, menos de la décima parte de la de otros países donde la concesión se había hecho mediante subasta como el Reino Unido o Alemania.<sup>13</sup> Para calmar a la opinión pública el Gobierno multiplicó por nueve el canon por uso del espectro que las operadoras pagarían a partir de 2001, estimando que así en 20 años recaudaría el equivalente a lo que habría obtenido en una subasta. Sin embargo, ante los recursos legales de las empresas y las amenazas de reducir sus inversiones el Gobierno tuvo que bajar nuevamente el canon, demostrando que existía cierto desconcierto en el proceso de liberalización.

Para desgracia de las autoridades, este incidente coincidió con una auténtica explosión de críticas sociales a la mala regulación del sistema de precios. En efecto, aunque parecía comprensible que las operadoras de móvil tuvieran la alta rentabilidad necesaria para extender el servicio, en el cambio de siglo la percepción social era que la estabilidad de los precios —que habían permanecido fijos desde 1994 hasta 1998— indicaba que los usuarios no se estaban beneficiando de la competencia.

**Tabla 1. Subastas de espectro en Europa entre 2000 y 2001**

País	Número y tipo de licencias	Proceso de concesión de licencias + apuntes	Adjudicación de la licencia
Alemania	Completa, con 2 tramos de 2x5MHz adjudicadas a 6 operadores en la 1ª etapa.	1ª etapa completada con una recaudación de 98,8 billones DM. 2ª etapa adjudica una adicional 1x5MHz emparejada.	17.8.2000
Austria	Completa, con 2 tramos de 2x5MHz adjudicados a 6 operadores en la 1ª etapa.	Completada la 1ª etapa de subasta, la recaudación es 9,69 billones de ATS. Completada la 2ª etapa, se adjudica 1x5MHz emparejada. La recaudación es de 1,75 billones de ATS.	3.11.2000
Bélgica	4 nacionales 2x15MHz por operador más 5MHz emparejada.	450 millones de euros por 3 licencias. La cuarta se publicará más adelante.	4.3.2001
Dinamarca	4 nacionales.	Subasta.	Q3 probablemente en 2001
España	4 licencias nacionales adjudicadas.	Concurso de belleza, con una tasa de 150 millones €.	2001

<sup>13</sup> En *La Vanguardia* del 28 de abril de 2000 podía leerse: "Hay que tener en cuenta que el ejecutivo británico ha obtenido con esta subasta más que las plusvalías obtenidas por el gobierno español por la venta de todo el sector público empresarial (Telefónica, Repsol, Aceralia, etc.) y que se situó en 5,5 billones de pesetas".

País	Número y tipo de licencias	Proceso de concesión de licencias + apuntes	Adjudicación de la licencia
Finlandia	4 nacionales adjudicadas.	Concurso de belleza.	Marzo de 1999
Francia	4 nacionales.	Concurso de belleza, con un coste fijo de 32,5 billones FF por licencia. Sólo hay 2 ofertas. La tercera y la cuarta se reasignarán posteriormente con un precio inferior.	Junio de 2001
Grecia	Todavía no confirmado. Probablemente entre 3 y 5.	Probablemente subasta con precio de reserva.	Probablemente Q3 2001
Italia	5 nacionales.	Subasta con preselección.	Completada 23.10.2000
Luxemburgo	4 nacionales.	Concurso de belleza.	Probablemente Q4 2001
Países Bajos	5 nacionales (3 de 2x10+5MHz y 2 de 2x15+5MHz).	Subasta completada después de 305 rondas con una recaudación de 5,9 billones Fl.	24.7.2000
Portugal	4 licencias nacionales adjudicadas.	Concurso de belleza, con un coste fijo de 20 billones de Escudo.	19.12.2000
Suecia	4 licencias nacionales de 2x15MHz más una adicional de 5MHz por cada operador.	Concurso de belleza en dos etapas, con una tasa fija de 100.000 SEK por solicitante.	16.12.2000

Fuente: Andrea Prat y Tommaso Valletti, "Spectrum Auctions Versus Beauty Contests: Costs and Benefits", en Mario Baldassarri y Luca Lambertini (eds.), *Antitrust, Regulation and Competition*, Palgrave Macmillan, Londres, 2003. En este capítulo se puede encontrar una tabla mucho más detallada de las concesiones de licencias en Europa.

Además de esta falta de competencia en precios la llegada de nuevos operadores impulsó la segmentación del mercado. Incluso la CMT señaló que las principales operadoras españolas tenían una alta rentabilidad y estaban entre las más caras de Europa, sin que ello redundara en un mayor nivel de inversiones.<sup>14</sup> Esta situación no cambió en los años siguientes. En 2004 la CMT denunció que el modelo de competencia no acababa de funcionar, indicando que las tres operadoras sólo com-

<sup>14</sup> Ver el Informe Anual 2000, CMT, Madrid, 2001.

petían en las llamadas *on-net* y en la cuota de abono. El uso intensivo del móvil no se trasladaba a los precios.<sup>15</sup>

En los últimos años, los operadores han ido desarrollando nuevos modelos de negocio. Por una parte, tratan de ofrecer servicios diferentes a la voz como la transmisión de datos, los mensajes cortos, el acceso a internet o la posibilidad de usar el teléfono para hacer pagos, servicios que por lo demás tienen un peso creciente en los ingresos de las operadoras. Por otra, se persigue fidelizar a los clientes favoreciendo el paso de tarjeta a contrato, reduciendo la cuota fija y bajando el precio de las llamadas entre clientes del mismo proveedor.

### 3. LA REGULACIÓN DE LA ENTRADA EN EL MERCADO

En cualquier mercado la competencia depende esencialmente del número de operadores activos. En el caso de la telefonía móvil ese número está condicionado por la capacidad del espectro radioeléctrico, lo que en la práctica configura un oligopolio. A pesar de ello, entre los países europeos siempre ha habido diferencias en el número de operadores, y España siempre ha tenido menos que otros países. En 1999 la concesión de una tercera licencia de DCS-1800 en España aumentó el dinamismo del mercado, aunque posiblemente la competencia hubiera sido mayor de otorgarse una cuarta licencia, como ocurrió en la mitad de los países de la UE (Tabla 2). Esta situación ayuda a entender por qué a mediados de la década la cuota de mercado de Telefónica Móviles, el principal operador español, estaba cercana al 50 por ciento. Los estudios de la Comisión Europea muestran con cierta claridad que aquellos países donde hay un mayor número de operadores el peso e influencia del operador principal son menores.

En España la concesión de cuatro licencias de UMTS en 2000 y de dos nuevas licencias de GSM en 2005 podía haber avivado el mercado y reducido los precios a los niveles del resto de países europeos. Sin embargo, todas estas licencias, excepto una de UMTS, se concedieron a operadores establecidos, y además el cuarto operador no empezó sus actividades hasta el 2008.

A finales de 1999, el Gobierno del PP mostró un gran interés en el UMTS, pero no tardó mucho en evidenciarse que el deseo de usar la telefonía móvil como punta de lanza de la liberalización era incompatible con el estado real de esta tecnología: a la hora de la verdad ni la tecnología ni los equipos necesarios para poner en marcha el sistema estaban disponibles. Además las adjudicatarias del UMTS preferían retrasar su introducción y continuar explotando sus redes GSM, que ya tenían amortizadas.

.....

<sup>15</sup>

*El País*, 2 de agosto de 2004.

Tabla 2. Licencias de telefonía móvil en Europa

País	Operadores con DCS y/o GSM, 2005	Cuota mercado clientes operador principal, 2005	Licencias con UMTS
Alemania	4	31	2 tramos de 2x5MHz adjudicadas a 6 operadores en la 1ª etapa
Austria	4	40	2 tramos de 2x5MHz adjudicados a seis operadores
Bélgica	3	47	4 nacionales 2x15MHz por operador más 5MHz emparejada
Dinamarca	4	31	4 nacionales
España	3	48	4 nacionales
Finlandia	3	46	4 nacionales
Francia	3	47	4 nacionales
Grecia	4	41	Entre 3 y 5
Irlanda	3	49	4 nacionales
Italia	3	40	5 nacionales
Luxemburgo	2	58	4 nacionales
Países Bajos	5	36	5 nacionales (3 de 2x10+5MHz y 2 de 2x15+5MHz)
Portugal	3	52	4 nacionales
Reino Unido	4	25	5 nacionales
Suecia	4	45	4 licencias nacionales de 2x15MHz más una adicional de 5MHz por cada operador

Fuente: Elaboración propia a partir de Prat y Valletti (2003) y Comisión Europea (2006).

A principios de esta década la situación del sector era muy negativa. En plena crisis de las telecomunicaciones de 2002-2003, el retraso de la entrada en servicio del UMTS implicó fuertes pérdidas de empleo en empresas como Ericsson o Xfera,<sup>16</sup> e indujo un gran retroceso en las inversiones de las operadoras: entre

<sup>16</sup> El fabricante sueco tuvo que reducir su plantilla a un tercio. Xfera despidió prácticamente a la totalidad de sus 600 empleados.

2000 y 2003 los ingresos totales del sector pasaron de 22.301 a 32.483 millones de euros, pero las inversiones cayeron del 24% al 6% de los ingresos,<sup>17</sup> como consecuencia del alto precio pagado por las licencias UMTS y de la imposibilidad de rentabilizar las inversiones. Mientras tanto la CMT recomendó impulsar el sistema GPRS, que permite usar las redes de GSM para prestar servicios de banda ancha, para ir creando una clientela futura para los nuevos operadores de UMTS .

Posiblemente el uso del GPRS disuadió una introducción más rápida del UMTS, porque aunque son tecnologías sustitutivas el GPRS permitía ofrecer servicios avanzados a partir de las redes existentes. Esta evidencia, junto al retraso en el desarrollo de los terminales UMTS, hizo que en abril de 2001 el ministerio se viera obligado a conceder una moratoria en la puesta en marcha del UMTS hasta el 1 de junio de 2002. No sería el único retraso. En febrero de 2004 Vodafone y Movistar pusieron a la venta las primeras tarjetas duales de 3G/GPRS, que permitían transmitir la información a velocidad UMTS donde había cobertura y cambiar automáticamente a la red GPRS en las zonas no cubiertas. Inicialmente esta tecnología solo se podía utilizar en los ordenadores portátiles, porque los terminales móviles de 3G no llegaron hasta meses después.

Ante la urgencia por aumentar la competencia en el mercado y diluir las críticas de la opinión pública sobre la gestión del sector tras las subastas europeas del UMTS, a partir de 2000 el ministerio de Ciencia y Tecnología buscó alternativas para aumentar la entrada en el sector. Una opción barajada inicialmente fue adjudicar dos nuevas licencias de GSM. Sin embargo, al comprobar que eso limitaría el espectro de los operadores existentes el concurso se aplazó.

Posteriormente en 2005 el Gobierno adjudicó tres concesiones adicionales de GSM 900 MHz. Así se puso en el mercado la frecuencia liberada con la finalización de la telefonía analógica (Moviline) y de la telefonía rural de acceso celular (TRAC). Se quiso usar esta capacidad para mejorar la calidad del servicio y extender el móvil a zonas de cobertura deficiente o nula como pueblos menores de 400 habitantes y centrales nucleares o eléctricas, y grandes vías de comunicación como autovías, carreteras y líneas de AVE. Al concurso sólo acudieron los tres operadores existentes. Tele2 renunció antes porque no pudo alcanzar un acuerdo de itinerancia nacional con los operadores establecidos, ni recibió la ayuda del regulador para conseguirlo. Finalmente, las tres licencias se adjudicaron a Telefónica y Amena el 6 de junio de 2005.<sup>18</sup>

Una segunda alternativa lanzada en el 2001 para aumentar la competencia fue la creación de operadores de móvil virtual (OMV). El objetivo era que los operadores de telefonía fija pudieran prestar también servicios de móvil utilizando las redes y frecuencias de los cuatro operadores existentes. Así se podía aumentar la

<sup>17</sup> Ver el *Informe anual*, AETIC, Madrid, 2003.

<sup>18</sup> El plan de expansión elaborado tras la adjudicación de las licencias permitió extender el servicio a 2.270 pueblos (menos de 50 habitantes) que hasta entonces no disponían de servicio, beneficiando a casi un millón de personas.

competencia entre diversos operadores globales que ofrecieran a los usuarios servicios múltiples de telefonía. Sin embargo inicialmente ningún operador impulsó esta opción porque el regulador dejó a la libre decisión de las partes la negociación de los precios de interconexión, y naturalmente los operadores establecidos bloquearon el acceso al mercado.<sup>19</sup> El fracaso de la regulación estaba anunciado: difícilmente se podía conseguir simultáneamente la entrada de nuevos competidores en el mercado y el mantenimiento de la rentabilidad de los operadores instalados.

Pero la evidencia de que los precios de la telefonía móvil española eran una anomalía en el conjunto europeo llevó a que cada vez más voces reclamasen medidas para aumentar la competencia. Con el tiempo se demostró que en los países con operadores virtuales consolidados había más competencia. Sólo España, Italia y Portugal carecían de OMVs. En España la necesidad de negociar privadamente los acuerdos de interconexión con los operadores que tienen frecuencias propias frenó la entrada de los OMVs. De ahí que a la altura de 2006 la CMT se empezara a mostrar favorable a una regulación de los precios de interconexión para favorecer este mercado. Finalmente, a partir de 2007 la CMT, siguiendo el ejemplo de otras agencias reguladoras, empezó a fijar los plazos, los precios y los aspectos técnicos de los acuerdos de interconexión entre los operadores.<sup>20</sup>

Estas regulaciones dieron buenos resultados. En marzo de 2008 Telefónica y Yoigo anunciaron un acuerdo de itinerancia nacional, en virtud del cual Yoigo podrá utilizar las redes móviles de 2G y 3G de Telefónica donde no haya desplegado su propia red. Por su parte, Happy Móvil y Carrefour llegaron a acuerdos con Orange, mientras que Euskaltel lo hizo con Vodafone.

Por ahora el papel de los OMV en el mercado es muy reducido. Según los datos disponibles, en marzo de 2009 su cuota de mercado conjunta era del 2,23%, superior a la de Yoigo –2,08%–, que es teóricamente un operador de red aunque de hecho funciona como un OMV. Ahora bien, es preciso señalar que esa cuota está repartida entre los dos tipos de operadores virtuales existentes: los OMV completos, que disponen de algunos elementos de red propios como centros de conmutación o registros de localización –que les permiten utilizar los servicios de diferentes redes– y los OMV revendedores, que son estrictamente comercializadores de tiempo de llamada, que están experimentando el mayor crecimiento.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Orden Ministerial CTE/601/02 de 14 de marzo. En la primera oleada de 2001 recibieron licencia de OMV cinco operadores; tras la reforma de 2002 entraron en el mercado tres más. Pero las tarifas de interconexión dificultaron el crecimiento de estas empresas. En cambio cada vez es más visible la presencia de OMVR o revendedores, que compran minutos para colocarlos en el mercado.

<sup>20</sup> Telefónica interpuso recurso contencioso-administrativo contra la obligación de alquilar sus redes a los OMV impuesta por la CMT el 2 de febrero de 2006 a Movistar, Vodafone y Orange. El recurso fue desestimado por la Audiencia Nacional en sentencia del 12 de enero de 2009, que confirmaba la calificación de "oligopolio estrecho" que la CMT atribuye al mercado del móvil. La sentencia recordaba que la resolución de la CMT establecía "un mercado ya definido previamente por la Comisión Europea de conformidad con los principios establecidos en el marco regulador europeo", en la Directiva 2002/21/CE.

<sup>21</sup> Otra diferenciación distingue los OMV en función de sus objetivos: los operadores de cable, por ejemplo, desean crear un OMV para convertirse en operadores globales o multiplataforma, mientras que otros OMV como Carrefour o Eroski aprovechan su conocimiento de consumidores con los que ya tienen algún vínculo.

En definitiva, nuestra conclusión sobre la política regulatoria de este periodo es que durante más de una década varios factores internos y externos han retrasado la incorporación al mercado de nuevos operadores, y que esto ha limitado considerablemente el funcionamiento de la competencia. El episodio que acabamos de relatar ilustra la contradicción de la política regulatoria del Gobierno y de la CMT, que durante años ha pretendido favorecer al mismo tiempo a los consumidores introduciendo mayor competencia (políticas orientadas hacia la equidad) y a los operadores protegiendo su rentabilidad (política industrial). Esta contradicción nos puede ayudar a entender, por ejemplo, por qué los reiterados retrasos en el lanzamiento de Xfera no acarrearón la pérdida de la licencia, como habría sido de esperar.<sup>22</sup>

Al parecer durante años los responsables políticos del sector han estado convencidos de que el enorme crecimiento de la penetración del móvil saturaría el mercado y llevaría a las empresas a intensificar la competencia. Con enormes ritmos de crecimiento del mercado y de avance tecnológico era difícil decir que el mercado no funcionaba correctamente. Por tanto, la opinión generalizada era que no había que hacer nada que pudiera acabar dañando el crecimiento del mercado y las inversiones de las empresas. Sin embargo, aunque la evolución del mercado ha sido positiva, no ha sido la deseable. Ni siquiera con una tasa de penetración superior al 100% el tráfico de telefonía móvil ha dejado de crecer, gracias al trasvase de tráfico desde el teléfono fijo. Por eso los tres operadores españoles no han tenido ningún interés en lanzarse en guerras de precios, cosa que sí ha sucedido en otros mercados europeos.

#### 4. REGULACIÓN DE LA CONDUCTA DE LOS OPERADORES

En un mercado liberalizado los reguladores tienen pocos instrumentos para orientar el comportamiento de los operadores y evitar que utilicen su poder de mercado en perjuicio de los consumidores. En el mercado español de telefonía móvil los precios están desregulados desde 1998. Por otro lado, tras la aprobación del llamado Paquete Telecom de 2002 y de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, la CMT no tiene capacidad para evaluar la competencia del mercado minorista de telefonía móvil sin la autorización expresa de la Comisión Europea. Y en caso obtenerla y encontrar indicios de comportamientos anticompetitivos, la CMT tendría considerables dificultades legales para volver a regular los precios minoristas.<sup>23</sup>

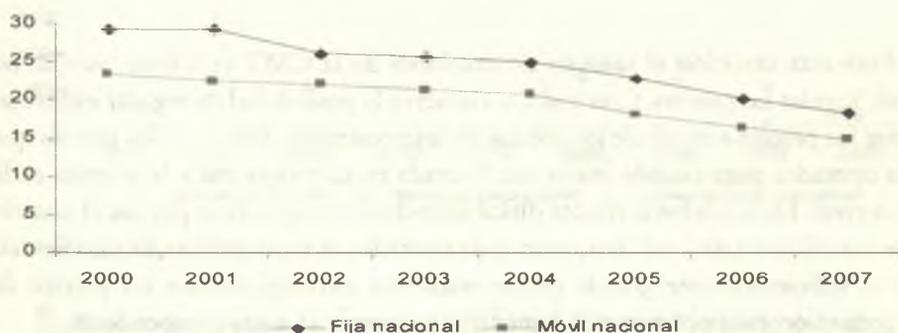
<sup>22</sup> Durante años el Gobierno negoció con Xfera para que iniciara sus actividades, pero no le permitió vender su licencia para evitar que se convirtiera en un mero revendedor del espectro. No fue hasta junio de 2004 que Xfera notificó que tenía previsto empezar a operar en 2005.

<sup>23</sup> El Paquete Telecom fue aprobado en marzo de 2002 y entró en vigor en 2003. Estaba formado por cinco Directivas y una Decisión Comunitaria relativa al espectro radioeléctrico. Con esta nueva regulación, las agencias

Actualmente los únicos precios minoristas que se regulan son los de *roaming* internacional, y no lo hace la CMT sino la propia Unión Europea. Es así desde que en junio de 2007 el Parlamento y el Consejo de la UE aprobaron el Reglamento CE 717/2007, por el cual se regularon directamente las tarifas minoristas del servicio de itinerancia internacional. Las “eurotarifas” supusieron una fuerte reducción de precios en el mercado, y se empezaron a aplicar obligatoriamente en la segunda mitad de 2007.

A pesar de estas limitaciones, desde hace más de una década no ha habido demasiada discusión en España sobre la necesidad de regular los precios de la telefonía móvil. En 1998 se desregularon los precios de Moviline y MoviStar al considerar que la competencia sería suficiente para disciplinar a las empresas. Des de entonces se han producido reducciones importantes de los precios (Figura 2).<sup>24</sup>

**Figura 2. Ingresos medio de la telefonía móvil por minuto de tráfico (céntimos de euro/minuto)**



Fuente: CMT

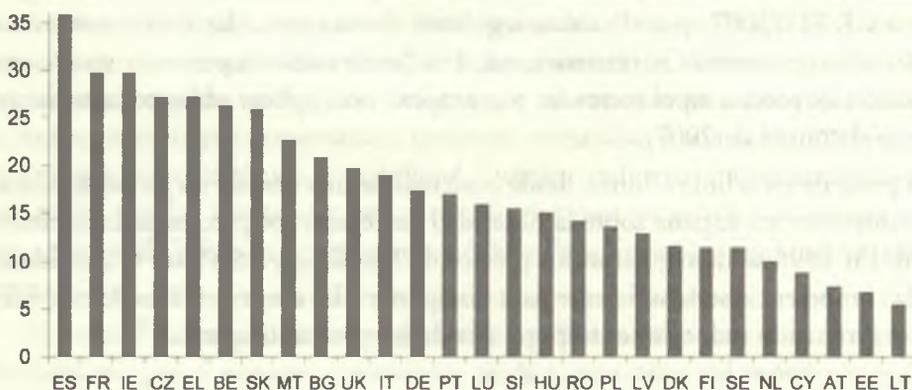
Sin embargo, comparando los precios de España con los del resto de países europeos se comprueba que existe un amplio margen para mayores ajustes. Clasificando a los consumidores en función de su volumen de llamadas y SMS y calculando el precio medio de una cesta de servicios se concluye que los precios españoles son de los mayores de Europa para consumos medios y altos, y se sitúan bajo de la media europea para consumos reducidos (Figura 3).<sup>25</sup>

nacionales deben justificar la imposición, levantamiento o modificación de regulaciones en un mercado a partir del análisis del mismo, que debe seguir los criterios armonizadores fijados por Comisión. Inicialmente se establecieron 18 mercados regulables, pero posteriormente se redujeron a 12, entre los cuales no figura el mercado minorista de telefonía móvil, aunque sí el mayorista.

<sup>24</sup> Esta reducción también se explica por la aparición de las tarjetas pre-pago, que permiten acceder al servicio a clientes de baja demanda o poca solvencia, y de la bajada de los precios del servicio analógico.

<sup>25</sup> Ver el *Informe anual 2004*, CMT, Madrid, 2005, donde se muestra que la mayor parte del descenso de precios entre 1997 y 2004 se concentra en la primera mitad del periodo. La comparación de los precios europeos se pueden encontrar en *European Electronic Communications Regulation and Markets (10th report)*, Comisión Europea, Bruselas, 2004.

**Figura 3. Precio de una cesta de llamadas  
Consumo medio de telefonía móvil, 2008**



Fuente: Comisión Europea.

Ante esta situación el margen de maniobra de la CMT es ínfimo, ya que no puede regular los precios. Con todo, sí conserva la posibilidad de regular indirectamente los precios a través de los precios de interconexión. Éstos son los precios que cada operador paga cuando inicia una llamada en su propia red y la termina en la de un rival. En la telefonía resulta difícil introducir competencia porque el usuario debe suscribirse a una red. Por tanto cada operador es monopolista de sus clientes, y si es suficientemente grande puede establecer estratégicamente los precios de interconexión para obtener más beneficios y perjudicar a sus competidores.<sup>26</sup>

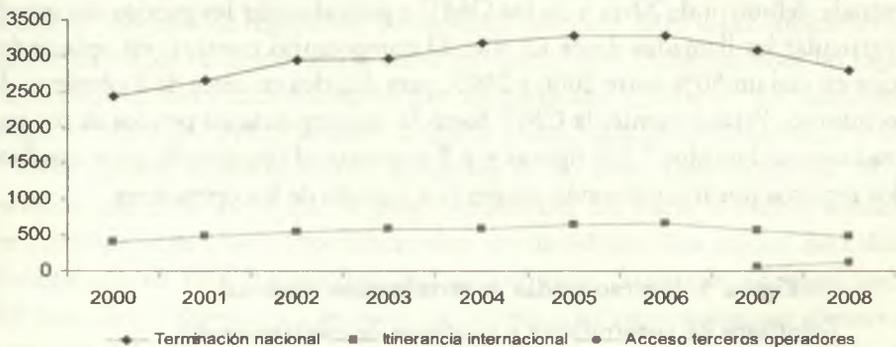
Otro aspecto a considerar es que los precios de interconexión son una de las principales fuentes de ingresos de los operadores de móvil, especialmente los precios de terminación de llamadas desde fijos. Desde el principio de la liberalización estos ingresos han permitido a los operadores financiar descuentos, regalos de terminales, y otras ayudas que ofrecen a sus clientes, con lo que las tarifas de interconexión acaban siendo una subvención de los usuarios del fijo a los usuarios del móvil.

La primera vez que se regularon los precios de interconexión en España fue en junio de 1997, para eliminar la desventaja que había padecido Airtel al tener que pagar más de 500 millones de euros por su licencia de operador. Posteriormente, en 1999, se otorgó a Amena el derecho a usar las redes de MoviStar y Vodafone, para favorecer su incorporación al mercado. En el caso de Xfera, en cambio, el acceso a las redes de los operadores establecidos se dejó a la libre negociación entre las partes. Lo mismo se hizo al autorizar la creación de los OMV, y la necesidad

<sup>26</sup> Valletti, Tommaso, "Obligations that can be imposed on operators with significant market power under the new regulatory framework for electronic communications", en *Journal of Network Economics*, vol. 5, nº 1, pp. 51-81, discute detalladamente todas estas cuestiones.

de llegar a acuerdos con las tres operadoras dominantes ha retrasado durante años el desarrollo de este subsector. Finalmente, en 2007, la CMT dio la razón a Yoigo (Telia-Sonera), que señalaba que para entrar en el mercado español necesita alguna ventaja dado el tamaño de sus rivales. Como consecuencia, la CMT admitió que Yoigo cobre una tarifa de 17 céntimos por minuto cuando termina una llamada de un operador establecido. En cambio, una llamada de Yoigo a un operador establecido tiene un precio de terminación de 11,14 céntimos.<sup>27</sup> Esta asimetría ha generado tensiones entre la CMT y la Comisión Europea.

**Figura 4. Evolución ingresos mayoristas (millones de euros)**



Fuente: CMT (2009)

En España los precios de terminación fijo-móvil han sido mucho más altos que los de móvil a fijo a causa de una curiosa asimetría regulatoria: mientras que los precios de móvil a fijo están sometidos a un régimen de precios autorizados, los precios de fijo a móvil no lo están. En 2001 el ingreso medio de los operadores fijos por terminación de llamadas desde móvil era de 3 céntimos de euro, mientras que los operadores móviles percibían casi 24 céntimos por la terminación de llamadas desde la red fija.<sup>28</sup> En la actualidad los ingresos medios del operador por terminación de llamadas con origen ajeno, en céntimos por minuto, son de 9,4 para las llamadas de fijo a móvil o entre móviles, y de 0,8 céntimos por las llamadas de móvil a fijo.<sup>29</sup>

Otra asimetría importante es que durante mucho tiempo los precios de terminación cobrados por Movistar y Vodafone eran menores que los cobrados por

<sup>27</sup> *El País*, 9 de septiembre de 2007.

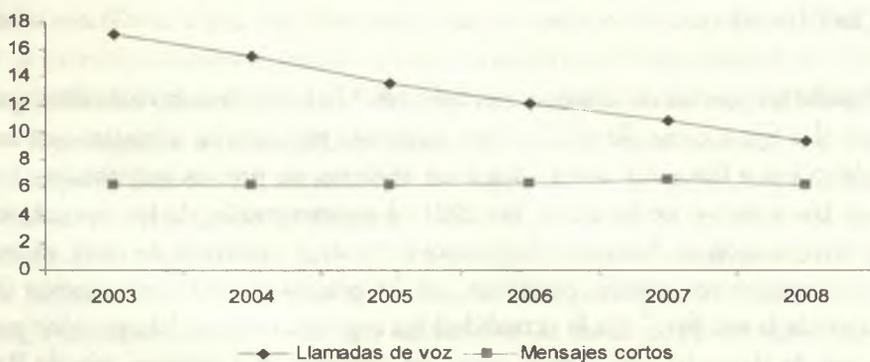
<sup>28</sup> Las cifras entonces eran 5 y 39,5 pesetas, respectivamente. Ver la Resolución sobre modificaciones de la oferta de interconexión de referencia de Telefónica de España, S.A.U. de la CMT, Madrid, 2001, y también Herguera, Iñigo y Aguilar, José (2001), "Competencia por el abonado y competencia por el tráfico. Tarifaciones en la telefonía móvil en España", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras de Red*, número extraordinario, "Móviles".

<sup>29</sup> *Informe Anual 2008*, CMT, Barcelona, 2009.

Amena. Hasta 2000 los operadores móviles no estaban obligados a publicar una Oferta de Interconexión de Referencia (OIR). A partir de entonces Movistar y Vodafone, declaradas operadores dominantes en interconexión y telefonía móvil, están obligadas a facilitar el acceso de terceros a sus redes, adoptar contabilidades analíticas, separar contablemente la interconexión del resto de actividades, orientar a costes los precios de interconexión y aplicar el principio de transparencia.<sup>30</sup> Amena fue declarada operador dominante en interconexión en septiembre de 2003, pero ya desde finales de 2002 quedó sometida por la CMT al régimen de simetría de precios de interconexión entre operadores. De este modo, Amena se ha visto obligada a practicar sucesivas reducciones de sus precios de interconexión para que converjan con los menores precios de Movistar y Vodafone.

En 2006 la CMT propuso reducir los precios de interconexión para facilitar la entrada definitiva de Xfera y de los OMV y para abaratar los precios del móvil, en particular las llamadas desde un fijo. El compromiso consistía en reducir los precios en casi un 50% entre 2006 y 2009, para dejarlos en cerca de 7 céntimos de euro/minuto. Paralelamente, la CMT forzó la convergencia en precios de los tres operadores establecidos.<sup>31</sup> Las figuras 4 y 5 muestran el impacto de estos cambios en los ingresos por interconexión totales por minuto de los operadores.

**Figura 5. Ingreso medio de terminación nacional**  
(céntimos de euro/minuto y céntimos de euro/mensaje)



Fuente: CMT (2009)

En resumen, en esta sección hemos querido mostrar que la falta de competencia en el mercado del móvil solo ha podido ser corregida parcialmente mediante la regulación de los precios minoristas. En el actual marco regulatorio europeo,

<sup>30</sup> Movistar y Vodafone fueron declarados operadores dominantes en telefonía móvil e interconexión mediante una Resolución de la CMT del 28 de julio de 2000, condición posteriormente renovada el 5 de septiembre de 2002. En 2007 Yoigo también fue declarado operado con poder significativo de mercado.

<sup>31</sup> *El País*, 5 de agosto de 2006.

la única posibilidad que tiene la CMT para disciplinar el mercado es reducir los precios de interconexión y esperar que las reducciones se trasladen a los consumidores. Desde 1999 los precios de terminación han bajado más del 60%, pero eso no ha bastado para conseguir menores precios finales. Por otro lado, durante años todas las acciones implementadas para incrementar la competencia, como el paso del triopolio al tetrapolio o la autorización de los OMV, se han visto negativamente afectadas por la falta de una regulación más fuerte de la interconexión.

## 5. LAS DINÁMICAS DE LA COMPETENCIA Y LOS NUEVOS SERVICIOS

Los avances tecnológicos en el campo de la telefonía móvil se han plasmado en sucesivos modelos de regulación del mercado que han dado lugar, lógicamente, a diferentes estilos de competencia entre los operadores. Ya hemos visto las razones por las que la liberalización empezó con un duopolio. ¿Qué estilo de competencia se dio en esa etapa? Prácticamente ninguna: como había poca demanda, Movistar y Airtel consiguieron constantes aumentos de las respectivas clientelas sin más esfuerzo que el de publicitar su propia existencia, sin hacer la menor concesión en términos de precios y obteniendo altas rentabilidades. Los precios del GSM se desregularon en 1998 y a partir de entonces se inició un proceso de segmentación del mercado y empezaron a aparecer descuentos selectivos en algunos clientes que provocaron caídas de precios que en 1999 alcanzaron, en promedio, el 17,8%. También cabe señalar el impacto de la aparición de las tarjetas pre-pago, que en 1998 abarcaban el 20% del mercado.

Pese al aparentemente rápido descenso de los precios, en realidad el aspecto más importante de la etapa del duopolio fue el crecimiento del mercado. Airtel, que empezó a operar desde el principio en digital usando la red de Retevisión, consiguió entre 1995 y 1996 una cuota del 21,8%, pero en los dos años siguientes sólo pudo aumentarla hasta el 24%. Los elementos clave de la competencia eran sobre todo la cobertura y el regalo de terminales, mientras que prácticamente no había diferenciación de precios.

La implantación del triopolio en 1999 con la entrada de Amena produjo un cambio sustancial. El tercer operador tuvo una protección inicial que le permitió un rápido desarrollo y esta competencia se tradujo en un colosal crecimiento del mercado. Mientras en 1999 había 27,3 líneas por cada 100 habitantes, en 2005 había 42.888.878 para 44.108.530 habitantes, es decir, 97,23 líneas por cada 100 habitantes.<sup>32</sup> La estrategia comercial de Amena, extremadamente agresiva, estremeció el mercado: entre 1998 y 2000 Movistar perdió un 20% de cuota, pérdida que Airtel y Amena se repartieron a razón de 1 a 3. La consolidación de Amena obligó a Movistar y Airtel a bajar precios, porque en un mercado que

<sup>32</sup>

La barrera del 100% se superó en marzo de 2006. Ver *Cinco Días*, 5 de junio de 2006.

empieza a presentar signos de saturación la lucha ya no está en captar nuevos clientes, sino en conservar los propios y disputar los de la competencia mediante descuentos, premios a la fidelidad y regalos de terminales.

A partir de 2002 algunos periódicos empezaron a hablar incluso de guerra de precios, reflejando así que los operadores reaccionaban a las bajadas de precios de sus rivales con nuevas bajadas. Se produjo la eliminación de la cuota de abono y numerosos consumidores cambiaron de compañía gracias a la portabilidad del número de teléfono. Esta dinámica continúa en la actualidad. Semana tras semana aparecen nuevas ofertas, que incluyen regalos de terminales más caros y sofisticados –en el momento de escribir estas líneas todas las operadoras regalan a sus nuevos clientes los modelos sin teclado y con pantalla táctil–, acceso gratuito a internet durante meses, llamadas gratuitas el fin de semana, paquetes de mensajes a precio reducido, etc. Y ciertamente estas orientaciones parecen tener éxito: las tarjetas pre-pago, que llegaron a ser el 65% de las líneas en 2001, han ido cediendo usuarios a favor de los contratos postpago, que además de representar ya el 59,71% de las líneas son los que tienen un crecimiento más notable: entre abril de 2008 y el mismo mes de 2009 el parque de líneas de móvil ha crecido un 4,8%, con una tasa del 5,6% para las postpago y del 3,6% para las prepago.<sup>33</sup>

Por lo que se refiere al efecto de estos cambios sobre el reparto del mercado entre los diferentes operadores, debemos señalar que la aparición de Yoigo no ha tenido apenas impacto, porque al operar como un OMV consolida el oligopolio de Movistar, Vodafone y Orange. Estas compañías retienen la parte más significativa del negocio, y las bajadas continuadas de precios no han afectado a su rentabilidad, lo que indica que los usuarios todavía se podrían beneficiar de mayores reducciones de precios. El continuado crecimiento del sector ha permitido a las operadoras establecidas aprovechar espectacularmente sus economías de escala y por tanto aumentar su productividad.<sup>34</sup> Por el momento, el proceso liberalizador no ha causado una gran concentración, aunque sí ha dado lugar a la consolidación de un grupo de grandes operadores en el ámbito del mercado mundial.

La estrategia comercial actual de los operadores en el mercado de los servicios de voz es claramente la de fidelizar a sus clientes. Los operadores tratan de mantener su base de clientes, e intentan captar los de sus competidores mediante planes de descuento y promociones que reducen los precios *on-net*. Otra línea importante es la subvención de terminales con mejores prestaciones. También se plantean ofertas que incentivan la migración de clientes prepago a la modalidad de contrato. Las tarifas de prepago siempre han sido mayores que las de contrato, pero a partir de 2003 los precios han ido convergiendo. En la actualidad más del 80% de los ingresos de los operadores proceden de la modalidad de postpago, cuyos usuarios tienen una intensidad de uso tres veces superiores a los de prepago.

<sup>33</sup> Nota mensual, abril de 2009, CMT, Barcelona.

<sup>34</sup> El número de líneas por empleado no deja de crecer, y las empresas buscan su tamaño mínimo eficiente intentando absorber mayor cuota en un mercado creciente, entrando en otros países o mediante fusiones.

Las regulaciones que se han ido desplegando para facilitar la portabilidad del número de teléfono<sup>35</sup> han contribuido a mitigar la estrategia de fidelización de los operadores. Hasta hace poco Vodafone era el gran beneficiado de estos movimientos, en detrimento de Movistar y Orange. Desde 2007 los operadores más favorecidos de la portabilidad son Yoigo y los OMV, en perjuicio de Movistar y Vodafone. Y es que la sencillez de las tarifas de los OMVs, que no distinguen entre llamadas *on-net* y *off-net*, les ha permitido captar rápidamente clientes de los operadores tradicionales. En 2007 se habían registrado en España más de 10 millones de peticiones de portabilidad. De las 40.031 líneas perdidas por Movistar y Vodafone en abril de 2009, sólo 2.105 son captadas por el otro operador de red, Orange, mientras que casi 31.000 tuvieron por destino a Yoigo y cerca de 7.800 fueron a parar a los OMVs.<sup>36</sup> Para paliar esta situación en 2007 Movistar realizó una importante bajada de precios y redujo su número de planes de diez a cuatro, y las promociones especiales de doce a cuatro.

Por otro lado, cada vez cobran mayor importancia en los planes de negocio de los operadores los servicios de no-voz, cuyo peso en el conjunto de los ingresos del sector, aunque reducido, muestra una evolución muy acelerada. La generalización de las tecnologías más avanzadas, primero el GPRS y después el UMTS, ha facilitado un uso creciente de servicios como los mensajes cortos SMS, los mensajes multimedia MMS, el uso del móvil como medio de pago, el acceso a internet y el envío de datos en general. Las cifras admiten pocas dudas: entre el primer trimestre de 2007 y el cuarto de 2008 los ingresos por tráfico de datos han duplicado su peso en el total –del 4,2% al 7,9%–, un total que a su vez ha crecido por encima del 6% en el mismo periodo, mientras que el tráfico de voz sigue perdiendo importancia –del 79,5% al 72,7%–.<sup>37</sup> Otros datos que hay que considerar son que a finales de 2008 cerca del 10% de los accesos a la banda ancha en España se hacían a través del móvil, y que en 2007 la televisión por móvil contaba con casi 300.000 abonados.

Ésta es, claramente, la línea de expansión que el sector intenta potenciar. Para ello hace falta no sólo introducir terminales con nuevas capacidades, sino que surja toda una oferta de contenidos de la que actualmente hay manifestaciones incipientes –descarga de tonos, canciones y juegos, servicios de pago telemáticos, servicios de información y avisos por suscripción, etc.–, pero que combinados con el advenimiento de la televisión digital terrestre pueden alumbrar toda una industria de alto valor añadido con enormes posibilidades para el futuro.

<sup>35</sup> Resolución del Consejo de la CMT, de 5 de junio de 2003, para facilitar la portabilidad del número de teléfono.

<sup>36</sup> Euskaltel, Carrefour, Lebara, Happy Móvil, Diamovil, R Cable, Eroski, Pepephone, Sweno, Ono, E-plus, Masmóvil, BT, Telecable, Jazztel y Hits.

<sup>37</sup> Los mensajes cortos se mantienen en torno al 12% de los ingresos, pero mientras que la mensajería convencional crece el 7% los servicios de valor añadido –básicamente multimedia– aumentan el 13%.

## 6. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista de la cobertura, del crecimiento de la actividad y de los resultados del negocio, la historia de la telefonía móvil en España es la historia de un éxito.

No obstante, este éxito queda muy matizado si comparamos el mercado español con los de otros países europeos similares, porque aquí la competencia por el mercado ha sido sensiblemente inferior. Y lo mismo ha ocurrido con el bienestar de los consumidores, que han pagado precios más altos y disfrutaban peor servicio que en otros países. Desde este punto de vista, la competencia en la telefonía móvil en España ha sido una víctima tanto de la propia dinámica de crecimiento del mercado como de la regulación.

El argumento que hemos desarrollado en este capítulo para explicar esta débil competencia en el caso español descansa sobre dos explicaciones complementarias. Una tiene que ver con la dinámica del mercado de móviles, en la que el espectacular crecimiento inhibió parcialmente la competencia. La otra está relacionada con el comportamiento de los legisladores y reguladores respecto de la regulación de la conducta de los operadores, tanto de la entrada en el mercado como de la fijación de los precios.

En primer lugar, hemos mostrado que el regulador español mantuvo una conducta reguladora dubitativa y tímida de los operadores establecidos en los dos aspectos citados. Inicialmente se consideró necesario garantizar la rentabilidad de las empresas para permitirles —y exigirles— una rápida expansión de sus redes en todo el territorio. Desde finales de los noventa la euforia por el rápido crecimiento del mercado disimuló la falta de competencia. Cuando se denunció que los precios eran demasiado altos las autoridades respondían que la pronta saturación del mercado disciplinaría a los operadores y causaría una guerra de precios que repercutiría directamente en el bienestar de los consumidores. Pero la saturación no se produjo, y el tremendo crecimiento del mercado inhibió la competencia.

En los últimos se ha intentado corregir el exceso de precios mediante regulaciones, pero la nueva legislación europea impide regular los precios minoristas, con lo que la CMT sólo ha podido reducir e igualar los precios de interconexión entre operadores. Esta estrategia, sin embargo, no ha implicado el traslado de esas reducciones a los precios finales.

Hemos visto también que la falta de competencia en el mercado español está relacionada con la tímida iniciativa del legislador y el regulador, sobre todo al inicio del proceso liberalizador, para aumentar el número de operadores. La escasez de operadores en el mercado español se podía haber resuelto con la entrada de Xfera, el cuarto operador, pero varios factores la impidieron. Ciertamente, la crisis de las *punto.com* a principios de siglo no ayudó precisamente a superar estos problemas. Hemos señalado, finalmente, que los Gobiernos, tanto del PP como del PSOE, no supieron forzar la entrada de Xfera o bien retirarle la licencia. Aun-

que es entrar en el terreno de lo especulativo, parece sensato creer que si en 2000 hubiese entrado un cuarto operador el grado de competencia y el bienestar de los consumidores habrían sido sustancialmente diferentes.

En definitiva, nuestra conclusión es que la competencia en el mercado de telefonía móvil en España, y por añadidura el bienestar de los consumidores, ha sido víctima tanto de la rápida expansión del mercado, que habría inhibido un mayor grado de rivalidad entre operadores, como de la dubitativa regulación de la conducta de los operadores, que se movió entre la conveniencia de asegurar la rentabilidad financiera de los operadores establecidos y el deseo de forzar un mayor nivel de competencia.

# LOS MECANISMOS AUTOMÁTICOS DE LÍQUIDA DE LA COMPETENCIA EFICIENTE Y PRODUCTIVA

Carlos Martín López  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 104 bis de la Ley Orgánica 1/1992, de 28 de febrero, de creación del Tribunal Constitucional, establece que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de la jurisdicción constitucional en España. En virtud de esta disposición, el Tribunal Constitucional es el órgano encargado de garantizar la supremacía de la Constitución y de velar por la correcta interpretación y aplicación de la misma. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina que ha sido fundamental para la consolidación del Estado de Derecho en España.

Como resultado de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha establecido un sistema de control de la constitucionalidad que garantiza la independencia y la imparcialidad de sus decisiones. Este sistema se basa en la separación de poderes y en la autonomía del Tribunal Constitucional para resolver los conflictos de competencia y de constitucionalidad que surten de su ámbito de actuación.



# LOS ORGANISMOS AUTONÓMICOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SITUACIÓN Y PERSPECTIVAS

CARLOS PADRÓS REIG

Profesor titular de Derecho administrativo  
Universitat Autònoma de Barcelona

## 1. INTRODUCCIÓN

El diseño institucional de los órganos encargados de la defensa de la competencia permite un gran número de variantes. Así, existen ejemplos de dualidad orgánica, de Agencias o Comisiones o incluso de aplicación prevalentemente judicial de la defensa de la competencia. El tipo de institución que se implante puede ejercer un alto grado de influencia en los resultados de la política pública que se desarrolle. Así, el mandato del Libro Blanco para la reforma de sistema español de defensa de la competencia<sup>1</sup> hace hincapié en los principios de eficacia, coherencia e independencia que habrán de cohonestarse en el entramado institucional de la defensa de la competencia en nuestro país.

Como indica el Global Competition Forum de la OCDE, “dado que existen diferentes modelos potencialmente eficientes para implementar la política de defensa de la competencia, cada uno de ellos encajando mejor en una jurisdicción o economía, la aplicación práctica del modelo elegido, determina o contribuye a determinar en gran medida los parámetros de eficiencia, transparencia y seguridad jurídica”. Sin embargo, la misma institución también reconoce que “Muchos de estos aspectos no tienen una conexión directa con el diseño institu-

<sup>1</sup> Libro Blanco de 20 de enero de 2005. Disponible en [www.dgdc.meh.es](http://www.dgdc.meh.es)

cional sino con el estilo administrativo (*enforcement style*) de las instituciones de defensa de la competencia".<sup>2</sup>

No existe pues, una solución unívoca y generalizable de manera universal. El objetivo de estas breves páginas es doble: en primer lugar se trata de describir cuál es la situación actual de la organización institucional de la defensa de la competencia en España. Diez Comunidades Autónomas han legislado sus modelos autonómicos de defensa de la competencia con enfoques y estructuras no siempre coincidentes. En segundo lugar, tratamos de examinar el impacto que la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, provoca sobre estos organismos autonómicos.

La nueva LDC opta por un modelo institucional bastante distinto del existente desde la Ley 16/1989, con la adopción de un modelo de unidad orgánica, acompañado de un notable refuerzo de los elementos de independencia y rendición de cuentas. La Ley estatal guarda silencio en relación a la extensión del modelo estatal a las Comunidades y las normativas examinadas se aprobaron todas ellas (excepto la castellano-manchega) bajo la vigencia de la Ley 16/1989. Se trata de dilucidar hasta qué punto este modelo estatal debe ser adoptado por las Comunidades o hasta qué punto la absoluta libertad organizativa de las mismas entra en conflicto con el nuevo panorama normativo.

## 2. EL FENÓMENO DESCENTRALIZADOR EN LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La descentralización de la defensa de la competencia en España fue una consecuencia directa del pronunciamiento contenido en la STC 208/1999, de 11 de noviembre.<sup>3</sup> Este nacimiento por resolución constitucional ha condicionado el modelo administrativo descentralizado actual.<sup>4</sup> Según el TC:

La competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse

<sup>2</sup> OCDE Global Forum on Competition, "The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency. Spain", Documento CCNM/GF/COMP/WD(2003)28.

<sup>3</sup> Magide Herrero, M. (2000), "El reparto competencial en materia de defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999" *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 17.

<sup>4</sup> Aunque se trata de la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, los recurrentes en los asuntos acumulados 2009/89 y 2027/89 son respectivamente el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña. "En los presentes recursos de inconstitucionalidad subyace una controversia competencial respecto al ámbito de aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, pues pese a que las partes admitan sin reserva alguna que corresponde al Estado la potestad de normación en materia de "defensa de la competencia", el debate radica en la determinación de la Administración competente para la ejecución de los preceptos de la LDC" (FJ 2 STC 208/99).

en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes; pero, con esas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos, no puede resultar enervada por la legislación del Estado. (FJ 6)

No existe duda de que lograr el compromiso efectivo de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia puede redundar en una mayor efectividad del cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. En palabras del profesor Cases, “en España está en curso un proceso de implantación de autoridades autonómicas de protección de la competencia cuyo origen es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 y se articula en base a la Ley 1/2002. (...) Este nuevo sistema institucional, que requiere, por tanto, un compromiso cierto de las autoridades autonómicas en la protección de la competencia, puede constituir un impulso decisivo para la aplicación más efectiva de las normas de competencia. Es evidente que ello requiere especialmente mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades, que se están articulando en términos positivos”.<sup>5</sup>

Éste no sólo es un fenómeno interno del ordenamiento español sino que las últimas reformas de la legislación comunitaria han apuntado precisamente en esta dirección.<sup>6</sup> 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, estableció los puntos de conexión que deben permitir cohonestar la descentralización con la coherencia.

Aunque no corresponde a estas páginas efectuar un análisis de la Ley 1/2002,<sup>7</sup> sí podemos decir que se utiliza un enfoque que valora la teoría de los efectos económicos de las conductas. Cuando los efectos se limiten al ámbito territorial autonómico será competente el organismo *ad hoc* creado. Por el contrario, cuando la alteración de la competencia alcance el ámbito supraautonómico, tendrá competencia el Estado. Esa alteración puede producirse por afectar a la unidad de mercado o por producirse una ruptura del equilibrio económico adecuado y justo

<sup>5</sup> *Anuario de la Competencia 2003*, ICO-Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 14.

<sup>6</sup> Reglamento CE nº 1/2003, 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. En lo institucional, el mismo TC reconoce que “no sólo es útil sino también obligado para su correcta aplicación el prestar atención al modo en que una determinada institución jurídica ha sido configurada por la normativa comunitaria” (FJ 4 STC 208/99).

<sup>7</sup> Vid. para ello de forma general, Guillén Caramés, J. (2005), *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid.

entre las distintas partes del territorio español<sup>8</sup> o por obstaculizar la libre circulación en todo el territorio nacional. Como indican Nadal y Roca, “la competencia objetiva que cabe atribuir a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y que no afecten al mercado supraautonómico. Y, así, la competencia estatal se extiende no sólo a la normación sino también a todas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una única Comunidad Autónoma”.<sup>9</sup>

Como sea que la teoría del efecto resulta muy conflictiva en su aplicación práctica y deja muchas zonas grises, la Ley prevé también el recíproco intercambio de información entre órganos administrativos así como la creación de una Junta Consultiva paritaria de naturaleza arbitral y de un Consejo de Defensa de la Competencia (al que incidentalmente apuntamos convendría cambiar la denominación para no confundirlo con el nuevo Consejo CNC) para promover la aplicación uniforme de la normativa de defensa de la competencia.

Vale la pena destacar cómo varios grupos parlamentarios pretendían en la tramitación que la nueva Ley 15/2007 unificara en un solo texto los aspectos tanto de la Ley 16/1989 como los de la Ley 1/2002. Ésta no ha sido la opción elegida, entre otras cosas, por la escasa experiencia existente en el desarrollo del modelo descentralizado a día de hoy. Sin embargo, el rechazo a la opción de refundición comporta también algunos inconvenientes.

En opinión del Consejo de Estado, “pudiera existir cierta contradicción entre la regulación proyectada y la vigente Ley 1/2002 en la medida en que el anteproyecto parece no reconocer ciertas competencias autonómicas de carácter consultivo, cuando la Ley 1/2002 sí las reconoce. Así, por ejemplo, el artículo 31 de la todavía vigente Ley 16/1989, al recoger las funciones del Servicio de Defensa de la Competencia, enumera, entre otras, las relativas al estudio e investigación de los sectores económicos respecto de las posibles situaciones contrarias a la libre competencia, al informe y asesoramiento de las cuestiones relativas a la defensa de la competencia o a la cooperación y colaboración con otras instituciones, administraciones y organismos. Estas funciones, con arreglo a la disposición adicional primera de la Ley 1/2002, corresponderán en sus respectivos ámbitos a los órganos autonómicos competentes. En cambio, el artículo 13 y la disposición adicional octava del anteproyecto nada dicen sobre los órganos autonómicos competentes para ejercer las funciones de carácter consultivo y de promoción previstas en sus artículos 25 y 26; antes bien, al referirse la disposición adicional octava únicamente a las competencias ejecutivas previstas en el artículo 13, pudiera entenderse que

<sup>8</sup> Esta justificación, sin embargo, desaparece en la nueva Ley entre las causas de interés general que pueden justificar la intervención del Gobierno en un expediente de concentración (ex. artículo 10.4).

<sup>9</sup> Nadal, M. y Roca, J. (2003), *La descentralización de la política de defensa de la competencia en España: situación y perspectivas*, Instituto de la Empresa Familiar, Barcelona, p. 48.

no se reconoce la competencia autonómica de carácter consultivo en los términos indicados. Otro tanto ocurre con la competencia autonómica de emitir informe, a requerimiento del órgano judicial correspondiente, sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 del anteproyecto deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas. Dicha competencia es ejercida por las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos por el juego del artículo 13 de la Ley 16/1989 y de la disposición adicional primera de la Ley 1/2002. Sin embargo, el anteproyecto únicamente la contempla expresamente en relación con la competencia consultiva de la Comisión Nacional de Competencia (artículo 25.c) y nada dice sobre ella su disposición adicional octava. Por tanto, resulta necesario coordinar ambos textos en el sentido de reconocer tales competencias de naturaleza consultiva y de promoción a los órganos autonómicos competentes.”<sup>10</sup>

En general, la tramitación parlamentaria contiene profusas discusiones sobre la cuestión. Al final, según la diputada Malaret García (PSOE), “en el proyecto de Ley se amplían las competencias de los órganos autonómicos en su territorio, en línea con las nuevas atribuciones que se asignan a la autoridad nueva que se crea, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Pero en el marco actual, en coherencia con el marco constitucional español que resuelve de manera distinta al modelo federal alemán la concurrencia de competencias en materia económica, define un sistema de competencias excluyentes, en el que la competencia o es de la autoridad central o es de la autonómica. Se trata de un sistema en el que ambas autoridades están en el mismo plano formal o jurídico, recayendo la resolución de conflictos en la junta consultiva independiente. Este es el marco que tenemos y en el que se inserta el proyecto de Ley. Entre las nuevas funciones de los órganos de las Comunidades autónomas que prevé el proyecto de Ley, podemos destacar: la aportación de información y presentación de observaciones en procedimientos judiciales, la petición de informe preceptivo a los reguladores sectoriales en los casos sectoriales de su competencia y la elaboración de informes en materia de ayudas públicas.”<sup>11</sup>

La nueva Ley 15/2007 introduce ligeras modificaciones a la Ley 1/2002 mediante la DA 10<sup>a</sup>. Se añade un apartado d) al artículo 5. Uno. 3 de manera que el Consejo de Defensa de la Competencia elaborará directrices sobre la interpretación de los abusos de posición de dominio. Al mismo tiempo, se desarrolla el artículo 5. Cuatro en lo que refiere al informe no vinculante de los órganos autonómicos y la remisión del pliego de concreción de hechos, denuncia, instrucción y resolución, de aquellas conductas que afectando al ámbito supraautonómico incidan de forma significativa en el territorio de la Comunidad.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Dictamen 1080/2006 de 20 de julio de 2006. Observaciones al articulado. Artículo 13.

<sup>11</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. VIII Legislatura nº 231, sesión plenaria del 8 de febrero de 2007.

Además, de estas previsiones merece la pena destacar como el artículo 11.5. de la Ley 15/2007 prevé la participación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia que emitirán informe sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial.<sup>12</sup> Este informe se remitirá a la CNC. De este modo, pues, se amplía el ámbito de actuación de los órganos autonómicos más allá de las conductas prohibidas.<sup>13</sup>

También resulta interesante reflexionar sobre los efectos de la descentralización sobre la propia carga de trabajo de la CNC. Así, en el futuro se puede pensar en un reparto de casos entre autoridades centrales y autonómicas de manera que se liberen recursos humanos para la CNC. Por el momento, “no es posible acreditar un predominio de expedientes de ámbito autonómico. En consecuencia, atendiendo además al lento despliegue de los órganos autonómicos, los órganos estatales de defensa de la competencia no pueden confiar a corto plazo en una descarga apreciable de expedientes, que les permita acortar el tiempo de resolución e incrementar las labores de investigación de oficio”.<sup>14</sup>

### 3. LOS MODELOS AUTONÓMICOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### 3.1. CATALUÑA

La Comunidad Autónoma de Cataluña fue pionera en la implantación del fenómeno descentralizador en materia de defensa de la competencia, hasta tal punto que en cierto modo forzó la situación actual. La DA 12ª de la Ley catalana 21/2001, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, autorizaba al Gobierno de la Generalitat a crear los órganos de defensa de la competencia de Cataluña, en el marco de la normativa que apruebe el Estado. No se trata pues de regular completamente *ex novo* la cuestión sino de conjugar la descentralización con una cierta coherencia y unidad.

Por tanto, incluso antes de ver la luz la Ley estatal 1/2002 de 21 de febrero, existía ya una Comunidad con una habilitación para crear órganos autonómicos

<sup>12</sup> Para una lectura conjunta de la Ley 38/2003, General de Subvenciones y la LDC, cfr. Descalzo González, A. “El sistema de seguimiento y de propuestas en materia de ayudas públicas previsto en la Ley de Defensa de la Competencia” en Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (Dirs.) (2008), *Derecho de la Competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, La Ley, Madrid, pp. 156-193.

<sup>13</sup> Esta DA 10ª se introdujo con la tramitación parlamentaria final de la Ley 15/2007. En general, puede apreciarse una notable influencia de los grupos nacionalistas en el redactado final de todo el texto. Así, se entienden las modificaciones del artículo 11.3. *in fine*, 3.2, 16.3, 24.f y 25.b. No se produce ningún cambio de filosofía pero se explicitan con mayor profusión las obligaciones de información, colaboración y remisión entre CNC y órganos autonómicos.

<sup>14</sup> Arzo Santisteban, X. (2004), “El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC”, *Anuario de la Competencia 2003*, ICO-Marcial Pons, Madrid, p. 340.

de defensa de la competencia, cuyo marco de actuación debía ajustarse al pronunciamiento de la STC 208/1999, de 11 de noviembre.

Todo ello tuvo su plasmación en el Decret 222/2002, de 17 de agosto, por el cual se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Cataluña.

La norma crea el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia como organismo autónomo de carácter administrativo que se relaciona con la Generalitat a través del Departamento de Economía. El Tribunal tiene asignadas las misiones de defensa de la competencia que ejerce con plena capacidad e independencia. Componen el Tribunal un Presidente y hasta seis Vocales. El Presidente es nombrado por el Gobierno a propuesta del Consejero de Economía por un periodo de 5 años renovable una sola vez. El Presidente puede nombrar hasta tres adjuntos, economistas o juristas, que le asesoren en el desarrollo de las funciones que le corresponden.

Organizativamente, el Tribunal se divide en dos secciones: la de enjuiciamiento y la de control, seguimiento e informes. El estatuto del Tribunal ha sido objeto de desarrollo normativo mediante el Reglamento de Régimen Interior del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, texto aprobado por el Pleno de la institución el 3 de diciembre de 2003. El mismo régimen de nombramiento que existe para el Presidente, se aplica a los Vocales.

Junto con el Tribunal, el Decreto regula también la Dirección General de Defensa de la Competencia. Se trata de un órgano administrativo puro jerárquicamente dependiente de la Secretaría de Promoción Económica del Departamento de Economía. La Dirección General es el órgano instructor en los casos de conductas restrictivas así como la responsable de elaborar estudios y análisis de mercados en relación a las situaciones que puedan afectar a la libre competencia.

Como vemos, el esquema institucional catalán es calcado al existente en la Ley 16/1989 para el ámbito del Estado, adoleciendo por tanto de las mismas críticas que ése. Los actos del Director o Directora general pueden ser objeto de recurso ante el Tribunal.

El Decreto prevé la posible existencia de un organismo consultivo asesor en materia de defensa de la competencia, integrado por agentes económicos y sociales y expertos para que asesore de forma ocasional sobre sectores económicos o materias concretas. En la actualidad no se ha producido el desarrollo reglamentario que permita la creación de dicho organismo.

En la misma línea, merece la pena mencionar la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 6/2006, del Estatuto de Autonomía de Cataluña. La propuesta de nuevo Estatuto de Autonomía para Cataluña que redactó el Parlamento catalán imponía una solución que podemos llamar de integración participativa de los distintos niveles de defensa de la competencia en el plano interno. Así, el artículo 154.4 preveía que la Generalitat participa en los órganos estatales de defensa de la competencia (o sea CNC):

La Generalitat participa en los organismos de carácter estatal y europeo que tienen atribuidas funciones homólogas en materia de promoción y defensa de la competencia

Esta previsión se suprimió después del trámite parlamentario ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, desapareciendo del articulado que ahora reza:

1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Cataluña.
2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio de Cataluña. Esta competencia incluye en todo caso:
  - a) La ejecución en medidas relativas a los procesos económicos que afecten a la competencia.
  - b) La inspección y ejecución del procedimiento sancionador.
  - c) La defensa de la competencia en el ejercicio de la actividad comercial.
3. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva sobre el establecimiento y la regulación del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, como órgano independiente, con jurisdicción sobre todo el territorio de Cataluña, al que corresponde en exclusiva tratar de las actividades económicas que se lleven a cabo principalmente en Cataluña y que alteren o puedan alterar la competencia en los términos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo.

La competencia varía de exclusiva a ejecutiva según se trate de promoción de la competencia o defensa de la competencia. En ambos casos se utiliza de manera poco precisa el concepto de territorio donde se realicen principalmente las actividades cuando en realidad el criterio de conexión que ampara la intervención autonómica no es ni el territorio ni el lugar de ejercicio de la actividad sino los efectos económicos de la misma. Las Comunidades pueden intervenir en materia de defensa de la competencia cuando las prácticas que puedan alterar la libre competencia se efectúen en un ámbito interno de la Comunidad y sus efectos no se extiendan al conjunto del mercado nacional.

Al respecto conviene analizar también el contenido de la reciente Ley 1/2009 por la cual se crea la Autoridad Catalana de la Competencia.<sup>15</sup> La exposición de motivos de la Ley no duda en afirmar la necesidad de transformar el organismo

<sup>15</sup> Ley 1/2009 de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (DOGC nº del 18 de febrero), Proyecto Tram. 200-00038/08, Boletín Oficial del Parlament de Catalunya nº 266, de 29 de mayo de 2008.

catalán y abandonar el modelo dual por la influencia de la Ley 15/2007 de 3 de julio y por la necesidad de garantizar una estructura más operativa y ágil que de respuesta a las competencias más proactivas de la nueva legislación.<sup>16</sup>

La reforma crea una autoridad autonómica con naturaleza de organismo autónomo de carácter administrativo (ya existente ahora), cuya estructura orgánica divide entre: Presidente, Tribunal y Director general. El presidente se elegiría por el Gobierno por un mandato de 6 años no renovables. Los Vocales (se reducen de los hasta 6 actuales a sólo 2) tienen el mismo régimen de nombramiento y mandato. Sus cometidos no se ejercen en régimen de dedicación absoluta y no perciben un sueldo estable (más allá de una compensación económica por cada acto jurídico dictado o por la asistencia a las sesiones). La condición de Vocal del Tribunal es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo o actividad que pueda comprometer la independencia de las funciones ni de cualquier actividad profesional que tenga relación directa con el ámbito de actuación del Tribunal. Con ello, se reduce el perfil de los Vocales, prácticamente a los docentes universitarios con reconocido prestigio. El director de investigación (con idéntico régimen de nombramiento), depende orgánica y funcionalmente del Presidente, excepto en relación a las funciones de incoación, instrucción, archivo de actuaciones o terminación convencional.<sup>17</sup>

La unidad orgánica se acompaña, al igual que en el modelo estatal, de un cierto incremento en la transparencia de las actuaciones, que se plasma en la Ley en la regulación de Memoria de Actividades que la Autoridad debe presentar anualmente ante el Parlamento, así como en la publicidad de los informes.<sup>18</sup>

En la fase de tramitación parlamentaria existió un consenso bastante generalizado en la oportunidad de integrar la Dirección General de Competencia dentro de la Autoridad catalana y por tanto transformar el actual modelo dual en un modelo de autoridad única. A pesar de ello, las similitudes con la nueva LDC se terminarían ahí, puesto que no se opta ni por el *hearing* parlamentario de los miembros, ni por reforzar la independencia, ni por establecer de antemano unas directrices claras de aplicación de la política de defensa de la competencia.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Según el texto de la EM de la Ley 1/2009 "la fusión en un único órgano de los dos órganos existentes hasta el momento pretende optimizar el rendimiento de los recursos humanos y materiales disponibles y generar sinergias a partir de una estructura con más entidad, y sin embargo, más flexible que permita estabilizar las cargas de trabajo ante flujos irregulares de las distintas funciones; favorecer la acumulación de conocimiento experto y la formación de equipos humanos especializados; evitar la ambigüedad en la asignación de funciones entre dos órganos, y delimitar la interlocución con terceros (órganos autonómicos, estatales y europeos de defensa de la competencia, Administraciones Públicas, agentes económicos y sociales, universidades, etcétera)."

<sup>17</sup> Nada se dice de la facultad del Tribunal de conocer en vía de recurso sobre los acuerdos de terminación convencional del procedimiento, de manera similar a cómo existe en el artículo 47 LDC. Esta diferencia se debe a que en el modelo catalán del Director general no puede acordar directamente la terminación convencional (artículo 8.1 función quinta), sino únicamente proponer que el Tribunal lo haga (artículo 10.2a).

<sup>18</sup> La Ley dedica el Título III entero a la cuestión de la transparencia de las actuaciones (artículos 14 a 16). Este último aspecto fue destacado por el Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña en el informe del Anteproyecto de Ley (Informe 9/2008, de 27 de marzo).

<sup>19</sup> Si existe una obligación de transparencia en el artículo 16.1 cuando se establece que el Presidente comparecerá anualmente ante el Parlamento para exponer las líneas básicas de actuación y las prioridades del organismo.

En definitiva, pues, la Ley catalana 1/2009, de 12 de febrero crea una autoridad única de la competencia para Cataluña pero no incorpora la mayoría de las innovaciones (refuerzo de independencia y mayor rendición de cuentas) que sí presenta la CNC.

### 3.2. GALICIA

La Ley 6/2004, de 12 de julio, regula los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia. Se crean el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia y el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, en lo que el preámbulo de la norma describe como un sistema de aplicación compartida de la Ley de defensa de la competencia, de acuerdo con los criterios de conexión y los mecanismos de coordinación, cooperación e información recíproca establecidos en la Ley de coordinación de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas en esta materia (Ley 1/2002).

Estos órganos serán los encargados de la instrucción y resolución de los expedientes: el Tribunal de Defensa de la Competencia como organismo autónomo, independiente, de resolución y propuesta, y el Servicio de Defensa de la Competencia, como órgano jerarquizado, de instrucción y de vigilancia, integrado en la estructura orgánica de la consejería competente en materia de Economía y Hacienda. Como puede apreciarse, en definitiva, la estructura orgánica es, de nuevo, esencialmente idéntica a la de la Ley 16/1989.

El Tribunal Gallego de Defensa de la competencia se configura como un organismo autónomo con plena capacidad e independencia. El Tribunal está compuesto por un Presidente y dos Vocales, nombrados por la Xunta a propuesta del Consejero en materia de Economía entre juristas, economistas u otros profesionales de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional. El mandato para todos ellos es de 5 años renovable una sola vez.

La Ley fue objeto de desarrollo mediante el Decreto 20/2005, de 3 de febrero. El Decreto precisa que corresponde al Tribunal: comunicar al servicio aquellas actividades de las que tenga conocimiento que puedan dar lugar a la instrucción de un expediente por conductas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 6/2004; promover la realización de estudios en materia de competencia (que elaborará, sin embargo, el mismo Tribunal puesto que el artículo 12.d de la Ley sólo prevé para el Servicio la función de “auxiliar al tribunal en la ejecución de sus competencias consultivas, de estudio y emisión de informes”); difundir a la sociedad los beneficios que comporta la libre competencia. Además de ello, el Decreto regula profusamente la figura de la Secretaría General.

### 3.3. MADRID

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid reconoce a la misma la competencia en materia de comercio interior, lo que le faculta para el desarrollo de la ejecución del sistema administrativo de control de las conductas anticompetitivas contempladas en la Ley 16/1989. Por ello, la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, crea el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

Se configura el Tribunal como un ente de derecho público de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid. Según el preámbulo de la Ley, “examinada la experiencia española, europea e internacional, se ha considerado que la modalidad orgánica que garantiza una mayor autonomía a la defensa pública de la competencia que al mismo tiempo resulta más eficaz, es la configurada por una Autoridad independiente, estructurada en dos órganos separados, responsables cada uno de ellos, respectivamente, de la instrucción y la resolución de los expedientes”.

A diferencia de lo que hemos visto hasta ahora, la estructura institucional de la Comunidad de Madrid, incluye en su seno tanto al Tribunal como al Servicio de defensa de la competencia. Madrid, pues, fue pionera en la unidad orgánica de los distintos órganos encargados de la defensa de la competencia. Sin embargo, las distintas legitimidades de unos y otros hacen que se reproduzca el sistema de separación.

Efectivamente, el Tribunal está compuesto por: el Presidente, la Sala, el Servicio y la Secretaría General. El Presidente y los Vocales de la Sala (entre 2 y 5) son nombrados por el Gobierno por un periodo de 5 años renovables por una sola vez. En cambio, el Director del Servicio será nombrado y en su caso cesado por el Consejero competente en la materia. El Decreto 58/2005 de 30 de junio precisa que el Director tendrá la consideración de alto cargo, ejerciendo su función con dedicación absoluta y estando sujeto al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Comunidad de Madrid.

A pesar de la unidad orgánica, los actos de archivo y sobreseimiento que dicte el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid en el ejercicio de sus funciones, así como los de trámite que decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, podrán ser objeto de recurso ante la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, en los términos legalmente previstos. A diferencia del modelo estatal, la Sala no interviene en el nombramiento del Director de investigación (servicio).

### 3.4. EUSKADI

La organización administrativa de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi se regula en el Decreto 81/2005, de 12

de abril. Mediante el Decreto se crea el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia como un órgano adscrito a la Viceconsejería de Economía, Presupuestos y Control Económico del Departamento de Hacienda y Administración Pública, pero que no forma parte de la estructura jerárquica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y que, por tanto, desarrolla sus funciones de forma independiente de la Administración Pública Vasca. Se obvia en la regulación la trascendental cuestión de la naturaleza jurídica. Al tratarse de un órgano de la Administración general no estará dotado de personalidad jurídica propia, lo que puede resultar un obstáculo insalvable para el ejercicio de la nueva competencia de impugnación de disposiciones administrativas de carácter general que pudieran vulnerar la competencia.

En la composición del Tribunal, se ha optado por una estructura ajustada a las previsiones de actuación derivadas de los asuntos en los que ha intervenido hasta la fecha el Tribunal estatal de Defensa de la Competencia. Se trata de dimensionar el órgano autonómico calculando los asuntos que le correspondería actuar de acuerdo con el volumen de casos enjuiciados por el TDC estatal. El número de tres miembros se considera suficiente y apropiado para llevar a buen término las funciones que se atribuyen al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia en su ámbito funcional y territorial de actuación.

El nombramiento de los miembros del Tribunal le corresponde al Consejo de Gobierno, a propuesta, en razón de ese carácter horizontal que adjetiva la política de defensa de la competencia, de los titulares de los Departamentos de Hacienda y Administración Pública y de Industria, Comercio y Turismo, debiendo las personas candidatas acreditar una serie de requisitos objetivos directamente vinculados con las materias en las que el Tribunal es competente, que garantizan la solvencia técnica de las decisiones que se adopten.

Asimismo, y ello representa una novedad a los efectos de funcionamiento y actuación del Tribunal, se prevé que sus tres miembros ejerzan la presidencia del mismo de forma rotatoria y por iguales periodos de tiempo de dos años en cada caso. Según la exposición de motivos del Decreto, “esta novedosa fórmula que caracteriza la designación del Presidente o Presidenta del Tribunal no sustenta un modelo presidencialista del mismo, sino bien al contrario se ha optado por un modelo en que al Pleno del Tribunal se le atribuyan las más amplias funciones, resaltando las bondades de su articulación colegiada en la toma de decisiones.”

Con tal de separar el ciclo político de la función técnica de defensa de la competencia y evitar que los Vocales se vean afectados por las vicisitudes de los calendarios propios de las diferentes legislaturas, se establece una duración del mandato de seis años, prorrogables una sola vez por el mismo periodo de tiempo, pudiendo, únicamente ser cesados del ejercicio de sus funciones en el caso de verificarse alguno de los supuestos que contempla el artículo 23 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, lo que confiere a los miembros del Tribunal otro elemento que garantiza la independencia en el cumplimiento de sus atribuciones.

Por lo demás, al igual que en otros casos, se asigna la función instructora al Servicio de Defensa de la competencia como órgano especializado de la Administración vasca.

### 3.5. EXTREMADURA

La Ley 2/2005, de 24 de junio, crea el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura. Se trata de un órgano colegiado adscrito a la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de Economía. Por primera vez, se habla de manera abierta de un órgano adscrito y no de un organismo autónomo o una Administración independiente. La adscripción orgánica no impide que el desarrollo de la función deba ejercerse con independencia, cualificación profesional y sometimiento al ordenamiento jurídico.

El Jurado está integrado por un Presidente y dos Vocales nombrados por el Gobierno entre profesionales. La originalidad del modelo organizativo extremeño reside también en la extracción obligatoria de los dos Vocales que acompañan al Presidente: uno debe designarse a iniciativa del Consejo extremeño de consumidores y otro por el Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria. Con este modo de designación parece querer visualizar la doble funcionalidad de la defensa de la competencia: por una parte la defensa de los operadores del mercado contra las conductas restrictivas que puedan emprender otras empresas; y por otra parte, la protección del consumidor que supone la existencia de un mercado limpio y competitivo, que debe garantizar entre otros elementos, por ejemplo la disciplina de los precios y prevenir la comisión de abusos.

El mandato de los miembros es de 5 años y no existe una limitación a su renovación. El Jurado se reunirá al menos dos veces al año y en todo caso por acuerdo del Presidente en función de los asuntos a tratar. De nuevo, la regulación extremeña es altamente realista al prever un número escaso de asuntos que deba dirimir el Jurado. Los miembros del Jurado ostentarán la condición de autoridad pública y no recibirán retribución alguna por sus servicios (más que las dietas por asistencia que regulará el reglamento de organización y funcionamiento).

Junto con el Jurado, con competencias resolutorias, se contempla también el Servicio. El Consejero de Economía designará mediante Orden, de entre los servicios de su Consejería, la unidad competente para la instrucción de los procedimientos correspondientes. El Servicio, entre las funciones típicas, incluye también la función de asistir al Jurado en el ejercicio de sus funciones. Esta función se compadece mal con la necesaria independencia de la función instructora y de la resolutoria, más si tenemos en cuenta que determinados actos del servicio son recurribles en alzada ante el Jurado.

Junto con este carácter que podríamos calificar de minimalista de las autoridades de defensa de la competencia de Extremadura, se regula en cambio la investi-

gación domiciliaria, el acceso a los locales, con el consentimiento del interesado. En el supuesto de oposición o cuando se corra el riesgo de tal oposición (*sic*) el Presidente del Jurado solicitará autorización de entrada en el domicilio al Juzgado de lo contencioso-administrativo.

### 3.6. ARAGÓN

El 10 de febrero de 2006, se publicó el Decreto del Gobierno de Aragón 29/2006, de 24 de enero, por el que se crean y regulan los órganos de defensa de la competencia en Aragón. Se opta, al igual que en el caso extremeño, por un órgano adscrito al Departamento que, sin embargo, ejercerá sus funciones con independencia. Se divide entre el Tribunal y el Servicio. El Tribunal estará compuesto por un Presidente y cuatro Vocales. Todos ellos ejercerán sus funciones sin retribución específica.

El Presidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón serán nombrados por Decreto del Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero competente en materia de Economía por un periodo de 5 años renovables una sola vez.

Dentro del Departamento de Economía se creará un Servicio de Defensa de la Competencia con funciones instructoras, de estudio y de llevanza del Registro.

Los procedimientos ante el Tribunal y las actuaciones del Servicio se tramitarán según las normas contenidas en la Ley 16/1989. Podrán recurrirse ante el TDCAR. los actos de archivo y de trámite cualificado que emita el Servicio.

### 3.7. CASTILLA Y LEÓN

También en el curso de 2006, se aprobó el Decreto de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León número 36/2006, de 25 de mayo, que crea el Tribunal para la Defensa de la Competencia de la Comunidad de Castilla y León. La organización interna divide de nuevo entre Tribunal (órgano adscrito a Economía pero con autonomía jerárquica e independencia) e Instructor (Secretaría General de la Consejería competente en materia de Economía). El mandato es de 5 años renovables una sola vez y el número de miembros del TDC se reduce a Presidente y dos Vocales.

### 3.8. VALENCIA

La Ley de acompañamiento a los presupuestos de la Comunidad Valenciana de 2006 (Ley 14/2005 de 23 de diciembre) procedió a la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana. Con posterioridad, la modificación del Estatuto de Autonomía, la primera de una larga senda, efectuada por Ley Orgánica 1/2006 de 10 de abril, recogía explícitamente la competencia sobre defensa de la competencia. Con este marco jurídico, el Consell de la Generalitat procedió a aprobar el Decreto 169/2006, de 10 noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal.

El Tribunal es una entidad autónoma de carácter administrativo dotada de personalidad y capacidad propias e independencia. El Tribunal se halla adscrito a la Consellería de Economía. Consta de dos órganos: el Presidente y el Pleno. El Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana estará regido por el Pleno, compuesto por el Presidente del Tribunal y dos Vocales, que tendrán rango de Director general, y será asistido por el Secretario. El Presidente y los Vocales serán nombrados por Decreto del Consell, a propuesta del conseller que tenga atribuida la competencia en materia de Economía, de entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio. El mandato del Presidente y el de los Vocales será por cinco años, renovables por una sola vez.

El Tribunal tiene, entre sus varias funciones, la capacidad de resolución de los expedientes de los que conozca. Para ello, una Dirección general específica del Gobierno actuará como instructor. Para la válida constitución del Tribunal deberán estar presentes el Presidente, la mitad, al menos, de los Vocales y el Secretario, o quienes deban sustituirles. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, decidiendo, en caso de empate, el voto de calidad de quien presida. Tanto el Presidente como los Vocales podrán emitir voto particular.<sup>20</sup>

### 3.9. ANDALUCÍA

Andalucía ha sido una de las Comunidades que más recientemente se ha incorporado al fenómeno descentralizador en materia de defensa de la competencia con la aprobación por parte del Parlamento de Andalucía de la Ley 6/2007 de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia en Andalucía.<sup>21</sup>

La norma regula el entramado institucional de la defensa de la competencia en Andalucía, poniendo especial énfasis en asegurar la independencia del órgano administrativo como mecanismo de garantía de la eficacia de la política de control

<sup>20</sup> Cuestión ésta inédita en la regulación tanto autonómica como estatal.

<sup>21</sup> Cfr. Padrós Reig, C. (2007), "La estructura administrativa para la promoción y defensa de la competencia en Andalucía", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67.

de los mercados. Se crea la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA), como organismo autónomo de carácter administrativo que queda adscrita a la Consejería de Economía.<sup>22</sup> La Agencia goza de personalidad jurídica pública diferenciada, plena capacidad jurídica, así como patrimonio y tesorería propios y en el ejercicio de sus funciones actuará con plena independencia.

La Agencia se compone de 5 órganos:

- la Dirección-gerencia
- el Consejo de Defensa de la Competencia
- Departamento de Investigación
- Departamento de estudios, análisis de mercados y promoción de la competencia
- la Secretaría General

La Dirección funciona como representante legal de la Agencia y tiene atribuidas funciones básicamente administrativas respecto a la contratación, personal, presupuesto, memoria anual y cuentas. La persona que ocupe esta Dirección o gerencia administrativa será nombrada y separada por la Junta sin más requisitos, ni de tiempo ni de forma. El único mecanismo de contacto entre la gerencia y el Consejo se prevé en el caso de sustitución por vacante, ausencia o enfermedad del Directora o Directora. En esos casos le sustituirá el Presidente del Consejo. También en caso de faltar dos miembros del Consejo, el gerente puede sustituir a uno de los Vocales (artículo 13.3).

Junto con este órgano administrativo o gestor dentro de la Agencia, aparece también el Consejo. Está compuesto por un Presidente y dos Vocales con función resolutoria de los asuntos que conozca. Se exige en estos casos un determinado perfil profesional y el mandato se determina en 5 años renovables una sola vez. Corresponden al Consejo todas las funciones y facultades de iniciación y resolución de procedimientos regulados en la normativa estatal de defensa de la competencia, relativos a actividades económicas que, sin afectar a un ámbito territorial más amplio que el de la Comunidad Autónoma de Andalucía, alteren o puedan alterar la libre competencia.<sup>23</sup>

Si la resolución se atribuye al Consejo, la instrucción en cambio se encarga al Departamento de Investigación. Éste queda integrado dentro de la ADCA pero

<sup>22</sup> De hecho, con la aprobación de la Ley andaluza 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, se regulan específicamente las agencias administrativas (artículo 54.2). El Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía establece que todas las referencias hechas al organismo autónomo deberán entenderse hechas a la agencia administrativa.

<sup>23</sup> Estas y otras cuestiones se detallan en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía de 26 de junio de 2008 (BOJA nº 135 de 8 de julio) por la que se aprueba el Reglamento de Régimen interior del Consejo de Defensa de la Competencia.

se garantiza la necesaria separación entre instrucción y resolución al tratarse de órganos distintos dentro de la misma estructura administrativa. El Departamento de Investigación es el órgano que ejerce las funciones de instrucción, investigación y vigilancia a las que se refiere la normativa estatal reguladora de la defensa de la competencia. No existen en la Ley condiciones especiales para el nombramiento del Director o Directora del Departamento de Investigación.

Se regula también en la Ley de manera muy interesante y novedosa la existencia de un Departamento de estudios, análisis de mercados y promoción de la competencia. La promoción de la competencia (*competition advocacy*), es una función altamente importante de las autoridades de defensa de la competencia por cuanto contribuye a difundir y transmitir los valores y los beneficios que esta política pública aporta a los mercados y a los ciudadanos. La Ley estatal 15/2007 ha sido objeto de nuestras críticas al desaprovechar la oportunidad de crear un órgano específico para esta función, cosa que sí hace, en cambio, la legislación andaluza. Corresponden a este Departamento de estudios las funciones relativas a:

- realización de estudios de competencia y análisis de mercados dirigidos a promover la competencia
- tareas de información, asesoramiento y propuesta
- elaboración de la memoria anual de la Agencia
- asistencia a la Gerencia en las labores de colaboración con otros organismos
- asistencia al Consejo en la elaboración de informes y dictámenes

La independencia de las agencias administrativas en general puede perseguirse mediante los procedimientos de nombramiento de los miembros y/o mediante el control parlamentario *ex ante* (líneas básicas de actuación) y *ex post* (mediante la rendición de cuentas). En Derecho comparado, los modelos de institución única garantizan su independencia mediante el nombramiento por parte de las asambleas legislativas (Italia) o mediante la rendición de cuentas al Parlamento y un mandato superior al de una legislatura (Alemania). En la nueva Ley andaluza, donde se opta por el modelo de unidad orgánica, no se articula prácticamente ningún mecanismo de independencia: no hay *hearing* parlamentario previo al nombramiento de los Vocales; no hay mecanismos de rendición de cuentas ante la Asamblea, etc. Lo único que existe es un mandato de 5 años que por definición es superior al del ciclo político-electoral. Se trata, pues, de una Agencia administrativa en el sentido formal pero no en la garantía de su independencia.<sup>24</sup>

.....  
<sup>24</sup> Sobre las deficiencias de este modelo, vid. Ballbe Mallol, M. y Padrós Reig, C. (2001), "Spanish independent authority and its role in a new competitive environment" en Amato, G. and Laudati, L. L. (eds.), *The anticompetitive impact of regulation*, London.

### 3.10. CASTILLA-LA MANCHA

Por Decreto 76/2008 de 10 de junio de 2008, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha aprueba la creación de sus órganos de defensa de la competencia. Se trata de la primera Comunidad que aprueba normativa estando en vigor la nueva LDC estatal y se opta por un modelo de institución única. Así, se crea la Comisión Regional de Competencia de Castilla-La Mancha como órgano adscrito de la Consejería de Economía sin formar parte de la estructura jerárquica de la Administración. Tiene como cometidos las funciones de defensa de la competencia en su ámbito territorial, lo que incluye promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y la existencia de una competencia efectiva en los mismos.

Como homólogo regional de la CNC le corresponderán los mismos poderes y prerrogativas que al órgano nacional y actuará con autonomía en el ejercicio de sus funciones, con sometimiento al ordenamiento jurídico y plena independencia en el ejercicio de las mismas.

La Comisión Regional se compone de: Presidente, Consejo (2 Consejeros) y Servicio de Investigación. Los primeros se nombran por Decreto del Gobierno debiendo reunir cualificación técnica reconocida. Del Jefe del Servicio se especifica sólo que será designado de acuerdo con las normas de provisión de puestos de trabajo de la Administración Regional. El Presidente se asimila al cargo de Viceconsejero, mientras que los Vocales del Consejo no percibirán retribuciones estables por el desempeño de sus funciones.

Al igual que el órgano estatal, la Comisión castellano-manchega divide entre instrucción y resolución en su seno. Así, corresponde al Consejo (presidente más 2 Consejeros) resolver sobre los asuntos que conozca. El Consejo puede constituirse válidamente con la presencia del Presidente y de uno de los dos Vocales, asistidos por el Secretario. Las decisiones se adoptan por mayoría de votos de los asistentes (excluido el Secretario) y el voto del Presidente es dirimente en caso de empate.

El mandato de los miembros es de 6 años sin posibilidad de renovación.

En general, de la exposición realizada pueden extraerse algunas tendencias generales:

- De las 17 Comunidades, la mayoría cuenta en la actualidad con organismos autonómicos de defensa de la competencia. Por el contrario, Cantabria, Asturias, La Rioja, Baleares, Canarias<sup>25</sup>, Navarra y Murcia o bien

<sup>25</sup> Para Canarias, cabe referir el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación entre Administración general del Estado y Comunidad Autónoma de Canarias de 28 de marzo de 2008 en relación a la Ley 15/2007 (BOCanarias nº 76 de 15 de abril). Según el literal publicado: "a) La Administración general del Estado se compromete

Cuadro resumen. Principales características de los organismos autonómicos de defensa de la competencia

	Miembros	Mandato	Renovación	Nombram.	Rerrilución	Naturaleza	Carácter	Instructor	Rendición cuentas
Cataluña	hasta 7	5 años	1 vez	Gobierno	sí	Organismo autónomo	dual	Dir. Gral.	no
Cataluña (proyecto)	3	6 años	No renovable	Gobierno	no	Organismo autónomo	único	Dir. Gral. Integrada en ACDC	memoria
Galicia	3	5 años	1 vez	Gobierno	sí	Organismo autónomo	dual	Servicio	no
Madrid	3-6	5 años	1 vez	Gobierno	sí	Autonadad Independiente	único	Integrado en TDCM	memoria
Euzkadi	3	6 años	1 vez	Gobierno	sí	Órgano con autonomía	dual	Servicio	información al Gobierno
Extremadura	3	5 años	indefinida	Gobierno	no	Órgano adscrito	dual	Servicio	no
Aragón	5	5 años	1 vez	Gobierno	no	Órgano adscrito	dual	Servicio	no
Castilla y León	3	5 años	1 vez	Gobierno	no	Órgano adscrito	dual	Secretaría Gral. Consejería	no
Valencia	3	5 años	1 vez	Gobierno	sí	Entidad autónoma	dual	Dir. Gral.	Memoria al Consell
Andalucía	3	5 años	1 vez	Gobierno	sí	Agencia	único	Integrado en CDCA	memoria
Castilla-La Mancha	3	6 años	no renovable	Gobierno	no	Órgano adscrito	único	Servicio integrado	no

no legislan específicamente sobre el asunto o lo hacen mediante la creación de órganos administrativos especializados en el seno de su Administración general.<sup>26</sup>

- Todos los órganos autonómicos de defensa de la competencia exhiben un nivel bajo de independencia respecto a la estructura del Gobierno. No existe, como sucede ahora con la reforma de la LDC efectuada por la Ley 15/2007, ningún mecanismo de extracción parlamentaria de sus miembros ni siquiera de consulta o *hearing*. Es más, incluso en algunos casos (Extremadura, Aragón, Castilla y León y Castilla-La Mancha), no existe ni tan sólo independencia formal puesto que el órgano de resolución es un órgano adscrito a la Consejería correspondiente.
- En todos los casos, la medida de independencia se articula a través de la duración del mandato que, al ser de 5 años (6 en Euskadi y Castilla-La Mancha), permite alejar la función de defensa de la competencia del ciclo electoral. En ningún caso se adoptó el mandato de 9 años del TDC estatal. Con mandatos más cortos se produce una renovación más frecuente y una mayor rotación de los Vocales lo que incide negativamente en la medida de independencia de la institución.
- La mayor duración del mandato (6 años en Euskadi y Castilla-La Mancha) no siempre se acompaña con la imposibilidad de renovación del mismo. Así, mientras en Euskadi los Consejeros pueden ser renovados por un segundo mandato, no ocurre así en Castilla-La Mancha.
- La separación de la función instructora y la función enjuiciadora puede verse comprometida en Extremadura, Aragón, Castilla y León y Castilla-La Mancha, puesto que si bien formalmente se encomienda a órganos administrativos distintos, todos ellos comparten su adscripción a la Consejería de Economía del correspondiente Gobierno.
- En todos los modelos, aparece un Presidente como *primus inter pares* del órgano colegiado de resolución, quien a la vez preside y dirige la institución. En el caso de Euskadi, la presidencia es rotatoria entre los Vocales por periodos de 2 años. En el caso de Andalucía, se cuenta además con un Director-Gerente de la Agencia a quien se encargan básicamente las cuestiones administrativas y la representación legal.
- En general (no así en la legislación madrileña) se aprecia la adopción del modelo dual que separa entre órgano resolutorio y órgano instructor. Ésta

.....  
 a interpretar el artículo 6 de la Ley 15/2007 en el sentido de que las declaraciones de inaplicabilidad se adoptarán por la Comisión Nacional de la Competencia, previo informe del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con carácter general y no referidas a casos singulares, para garantizar la aplicación coherente de las normas de competencia, quedando salvaguardada la capacidad de la Comunidad Autónoma para aplicar los artículos 1, 2 y 3 en cada caso concreto, en el ámbito de sus competencias en materia de defensa de la competencia. b) Ambas partes constatan sus discrepancias en relación con los artículos 9 y 13 de la Ley 15/2007.”

<sup>26</sup>

Así por ejemplo, sucede con el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia, creado por Decreto 13/2004 de 13 de febrero.

es una exigencia lógica de la necesaria desvinculación de las funciones que se ejercen. Sin embargo, en todos los casos se reproduce el esquema de la antigua Ley 16/1989 por la cual, el órgano instructor representa un órgano administrativo puro, jerárquicamente integrado en la Administración. Así una de las críticas comunes al sistema institucional español era el hecho que la dependencia del SDC del Ministerio de Economía permitía regular el flujo de casos que examinaba el TDC. Si bien existía independencia en la resolución, ésta disminuía en la selección de casos. Esta característica se cumple en todos los órganos autonómicos

- Existen tres modelos autonómicos de unidad orgánica: Madrid, Andalucía y Castilla-La Mancha. Pese a que en todos los casos se predique la autonomía e independencia de la institución en su conjunto, el órgano instructor no se separa de la Administración general. Así, no se adopta anticipadamente el modelo propuesto por la Ley 15/2007, donde el órgano instructor es nombrado por mayoría del Consejo. Tampoco, a pesar de la unidad orgánica existen medidas reales de refuerzo de la independencia de la función.
- De aprobarse el proyecto legislativo de Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia, Cataluña abandonaría el modelo administrativo dual para adoptar el de organismo único.
- Los modelos de unidad orgánica deben asegurar la separación de las funciones a través de la codificación de las actuaciones (*enforcement guidelines*), cosa que no sucede en la estructura administrativa autonómica.
- No se observan mecanismos relevantes de rendición de cuentas de las autoridades autonómicas a las Asambleas legislativas. A pesar de que existen en algunos casos memorias de actividades, o bien éstas simplemente se comunican a las comisiones de Economía de las asambleas o bien, constituyen un mero informe de actividad que no trasciende del ámbito del propio Gobierno.
- Las Comunidades históricas, junto con Madrid, son las que más tempranamente han mostrado su disposición a regular los órganos autonómicos de defensa de la competencia. Excepción hecha de esta diferencia, no hay una correlación entre ideología política gobernante y modelo administrativo.
- De aprobarse la reforma actualmente en trámite por parte del Parlament de Cataluña, resultaría que las Comunidades Autónomas de más población (Madrid, Cataluña y Andalucía) parecen optar por un modelo de autoridad única que reúna en su seno tanto la resolución como la instrucción. Ello se justificaría por la necesidad de lograr eficiencias allí donde el volumen de trabajo puede ser más elevado. La autoridad única, pues, justifica su existencia más por razones de carga de trabajo y racionalización de funciones que por la búsqueda de una mayor y más efectiva independencia.

- Castilla-La Mancha es la primera comunidad que legisla un modelo autonómico de autoridad regional de defensa de la competencia adoptando el modelo de institución única, emulando por ello, formalmente, la estructura institucional de la CNC.

#### 4. UNA LECTURA AUTONOMISTA DE LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La tramitación parlamentaria de la Ley 15/2007 está fuertemente centrada en la discusión del modelo de descentralización de la política de defensa de la competencia, de manera que a veces la cuestión llega a oscurecer el debate de fondo sobre el modelo de autoridad administrativa de defensa de la competencia que se pretende y sobre los modos de lograr la mayor independencia y eficacia del sistema.<sup>27</sup>

Sea como fuera, la Ley estatal prevé la coordinación de la Comisión Nacional de Competencia con sus homólogos autonómicos en los siguientes términos (artículo 15):

1. La coordinación de la Comisión Nacional de Competencia con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas se llevará a cabo según lo dispuesto en la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

2. A efectos de facilitar la cooperación con los órganos jurisdiccionales y la coordinación con los órganos reguladores, la Comisión Nacional de Competencia y los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas habilitarán los mecanismos de información y comunicación de actuaciones previstos en los artículos 16 y 17 de la presente Ley respecto de aquellos procedimientos que hayan sido iniciados formalmente según lo previsto en 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.

Dichos mecanismos de cooperación y colaboración general e intercambio de información recíproca se concretan en varios aspectos:

- Los órganos autonómicos podrán aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a los casos

<sup>27</sup> En general cfr. Tejera, M.C., "El modelo de defensa de la competencia en relación con las autoridades autonómicas y las autoridades independientes de carácter sectorial" en Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (Dirs.), *Derecho de la Competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 221-304.

de prácticas restrictivas y abusos de posición de dominio en los términos previstos en la LEC (artículo 16.2).

- Los autos de admisión a trámite de las demandas y las sentencias que se pronuncien en los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE o de los artículos 1 y 2 LDC se comunicarán a la Comisión Nacional de Competencia. Ésta habilitará los mecanismos de información necesarios para comunicar estas sentencias a los órganos autonómicos (artículo 16.3).
- La CNC remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de las actuaciones practicadas de oficio y copia de todas las denuncias, respecto de las que existan indicios racionales de infracción, que se refieran a conductas que afecten su respectiva Comunidad Autónoma (DA 10ª. Modificación de la Ley 1/2002).
- La CNC, en el ejercicio de sus funciones, recabará del órgano autonómico, informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de 20 días, en relación con las conductas que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. (DA 10ª. Modificación de la Ley 1/2002).
- La autoridad nacional remitirá también en los casos anteriores, copia del pliego de concreción de hechos, denuncia, pruebas practicadas, acuerdos y resoluciones. (DA 10ª. Modificación de la Ley 1/2002).

Pero junto con todo lo anterior, la Ley 15/2007 efectúa nuevas atribuciones materiales para los órganos autonómicos:

- El artículo 11.5 prevé la participación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia que emitirán informe sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial. Este informe se remitirá a la CNC. De este modo, pues, se amplía el ámbito de actuación de los órganos autonómicos más allá de las conductas prohibidas.
- Legitimación para la impugnación ante la jurisdicción de actos y disposiciones generales de las Administraciones públicas autonómicas y locales de los que puedan derivarse obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (artículo 13.2).
- Solicitud de informe a los reguladores sectoriales en caso de conductas restrictivas, abuso de posición de dominio o competencia desleal (artículo 17.d).
- Realizar funciones de arbitraje (artículo 24.f).
- Proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales cuando la afectación a la competencia no sea de ámbito supraautonómico (artículo 25.b)

Respecto de estos últimos aspectos, como ya hemos tenido ocasión de analizar en otro contexto: “esta panoplia competencial se cierra con la previsión que se hace en el mismo texto legal de que las referencias hechas a la Comisión Nacional de Competencia deben entenderse también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades con competencias en la materia (DA 8ª). La descentralización de 2007, pues, es total y completa y no parcial como se emprendió en 2002. A pesar de ello, subsisten dudas en tres aspectos:

1. Ejercer plenamente las funciones de *competition advocacy* (artículo 26).
2. Emitir informe, a requerimiento del órgano jurisdiccional para fijar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones (artículo 25.c).
3. Dictaminar sobre el establecimiento de grandes superficies comerciales (artículo 25.b).<sup>28</sup>

Si se interpreta que la DA 8ª efectúa una remisión general, existirían también competencias autonómicas en la materia. Si por el contrario, se está a su dicción literal, las referencias CNC sólo abarcarían aquellas funciones comprendidas en el artículo 13 (conductas colusorias, abusos de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales más la potestad de impugnar disposiciones administrativas de carácter general). La actual reforma de los Estatutos de Autonomía puede arrojar algo de luz sobre la cuestión, ya que mayoritariamente las Comunidades consideran como competencia exclusiva la función de promoción de la competencia. Además, en opinión del Consejo de Estado<sup>29</sup>, ya resultaba claro que resultaba necesario coordinar los textos de la Ley 1/2002 y de la Ley 15/2007 “en el sentido de reconocer tales competencias de naturaleza consultiva y de promoción a los órganos autonómicos”.<sup>30</sup>

En definitiva, la nueva LDC se caracteriza, entre otras cosas, por un carácter claramente autonomista y descentralizador. Se refuerzan los mecanismos de intercambio de información, coordinación y participación a la vez que se amplía el abanico de funciones de los organismos autonómicos. Si a este fenómeno le superponemos la característica común de la organización institucional de la defensa de la competencia en las Comunidades, como es la baja independencia de los órganos encargados de aplicarla, surge una cierta paradoja. El movimiento descentralizador no se acompaña de unos mínimos requisitos organizativos. En opinión de Cases,

<sup>28</sup> El TC en su STC 124/2003, de 9 de junio, admite ya que la emisión de informe debe considerarse una facultad ejecutiva de la Comunidad y, por lo tanto, le corresponde por naturaleza (excepto que el establecimiento comercial se sitúe en una zona interautonómica).

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Dictamen 1080/2006 de 20 de julio de 2006.

<sup>30</sup> Padrós Reig, C., “El reparto de asuntos entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”, I Jornada de Estudio: el Estado Autonómico y la competencia, Universidad Antonio de Nebrija, Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia, Madrid, 22 de mayo de 2008 en prensa.

la situación actual del fenómeno descentralizador en la defensa de la competencia hace que no se cuestione tanto la existencia de la competencia autonómica sobre la materia sino el modo de su ejercicio.<sup>31</sup> Este modo de ejercicio abarcaría tanto la coordinación con la autoridad estatal como, a nuestro juicio, la garantía institucional de capacidad de los organismos autonómicos.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto, podemos reflexionar sobre el alcance de la creación de un único órgano independiente que realiza la Ley 15/2007 para la organización administrativa de las Comunidades. En principio, debe regir la potestad de auto-organización administrativa de las Comunidades en ejercicio de las competencias ejecutivas que les reconoce la Ley 1/2002. Sin embargo, la Disposición Final primera LDC establece que la Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado (ex. Art. 149.1.13). Además, la Disposición Adicional octava prevé que las referencias a la CNC hechas en el texto se entenderán realizadas a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. A nuestro modo de ver, ni una ni otra disposición permiten entender la extensión obligatoria del modelo organizativo estatal a las Comunidades.

Parece claro que cuando una Comunidad Autónoma posee competencias ejecutivas sobre una determinada materia –defensa de la competencia en nuestro caso– tiene también, en virtud de sus potestades auto-organizatorias y de la libre fijación de su política ejecutiva, la competencia para dictar las normas de organización y funcionamiento interno de los servicios administrativos a los que encomiende la realización de esa ejecución, sin perjuicio, naturalmente, de las competencias básicas que el artículo 149.1.18 atribuye al Estado (STC 243/1994, FJ 40).

Sin embargo, la capacidad estatal para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas puede servir como título competencial para dictar normas uniformes en aquello relativo a la organización institucional de la defensa de la competencia. Siguiendo las enseñanzas del profesor García de Enterría, resulta que “no parece dudoso que esta competencia normativa (artículo 149.1.18 CE), incluye a las Administraciones autonómicas, y siendo la función principal la de esta competencia garantizar a los administrados un tratamiento común ante ellas, no obstante la diversidad de Administraciones, finalidad que es ella misma la específica de las facultades estatales en el caso de la ejecución autonómica de la legislación del Estado, puede llegarse fácilmente a la conclusión de que, formulando las bases que el precepto reserva al Estado, éste puede incluir en

<sup>31</sup> Cases Pallarés, L.I. (2007), “Las Comunidades Autónomas y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 48, p. 152

las mismas alguna previsión sobre ese tipo de ejecución administrativa autonómica. (...) No es inimaginable que el interés general puede exigir, por ejemplo, una cierta uniformidad organizativa de base en las Administraciones autónomas de ejecución de una determinada materia; la competencia armonizadora del Estado podrá interferir en este caso la potestad organizatoria autonómica en virtud de ese título constitucional explícito”.<sup>32</sup>

El Tribunal Supremo, en su STS de 29 de octubre de 1998 ya había establecido a propósito de un conflicto sobre la organización administrativa de la seguridad industrial que:

las competencias asumidas por la Generalitat de Cataluña sobre seguridad industrial son competencias de policía administrativa o intervencionistas que tienen un fin concreto: velar y garantizar por el correcto funcionamiento de las máquinas industriales elevadoras, de suerte que la Administración está en una situación de supremacía, determinante de la existencia de una especial relación de poder entre ella y los administrados; ello explica que la Ley pueda imponer un mandato: que la inspección y control pueda ser ejercido directamente por el Departamento de Industria y Energía de la Generalitat de Cataluña o bien por entidades concesionarias.

El Real Decreto 1407/1987 no impide la aplicación en Cataluña de su propia normativa sobre la materia que en el caso que resolvemos es la aplicable. Tal interpretación viene apoyada por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 2 de julio de 1994 que resolvió el conflicto positivo de competencia promovido por la Generalitat de Cataluña contra dicho Real Decreto. La sentencia (STC 243/1994) se refiere al reparto de funciones sobre la materia, precisando que el Estado tiene atribuida la potestad normativa que sin embargo no excluye la posibilidad de la Comunidad Autónoma de dictar normas, *siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal*, añadiendo que la posibilidad de atribuir a las Comunidades Autónomas la competencia para otorgar la autorización (en el caso de Cataluña, concesión), a las entidades de Inspección y Control, es manifiesta.

En la STC 50/1999, de 6 de abril, se concreta el alcance de la competencia estatal en ocasión de la impugnación de ciertos preceptos de la Ley 30/1992. El Tribunal tiene ocasión de establecer que:

Respecto de la competencia relativa a la libre organización de la propia Administración autonómica, que con carácter de competencia exclusiva alegan las dos Comunidades Autónomas, debe advertirse que esta competencia, que efectivamente

.....

<sup>32</sup>

García de Enterría, E. (1983), *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, pp. 201-202 y 204.

te ha sido reconocida por este Tribunal en diversas ocasiones como algo inherente a la autonomía (STC 227/1988, fundamento jurídico 24), en tanto que competencia exclusiva tiene como único contenido la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988). Hemos declarado que «conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo» (STC 165/1986, fundamento jurídico 6.), establecer cuales son «los órganos e instituciones» que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, fundamento jurídico 2.), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227/1988 y *a sensu contrario* STC 13/1988).

(...)

En virtud de esta competencia básica el Estado puede establecer los elementos esenciales que garanticen *un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas*. Con todo, es cierto que, como queda dicho, la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, *el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones Públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa*, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el artículo 149.1.18 C.E., el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de *garantizar “a los administrados un tratamiento común ante ellas”* y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias (FJ 3).

El Tribunal, pues, fija los dos principios en tensión: de una parte la capacidad del Estado para fijar normas generales y de otra parte la capacidad de las Comunidades para determinar el régimen jurídico de la autorización administrativa. Se trata de conjugar la libertad autonómica con una estructura administrativa que, de una parte, no impida alcanzar los fines de la legislación estatal y de otra, garantice a los administrados un tratamiento común antes los mismos asuntos.

Según López Benítez y Rebollo Puig, autores que han estudiado la aplicación del artículo 149.1.18 a las corporaciones de Derecho público, “regular estas Corporaciones es regular sus relaciones con las Administraciones, su utilización por ellas; establecer sus posibles funciones administrativas no es otra cosa que señalar hasta qué punto la Administración puede descentralizar o delegar las suyas en este tipo de entes; configurarlas como entidades asesoras es ordenar la función consultiva de

la Administración; prever controles sobre ellas es atribuir facultades de tutela a la Administración... No son, pues, Administraciones, pero están de tal forma ligadas a las Administraciones que sí forman parte del sistema general de organización administrativa y que su regulación, sin dejar de ser tal, es al mismo tiempo regulación de las Administraciones en cuyas funciones colaboran o asesoran y a cuya tutela quedan sometidas. Así, la configuración de estas Corporaciones y el grado en que se admita que ostenten funciones administrativas es el resultado de una previa decisión sobre organización administrativa, una decisión fundamental que puede llegar a afectar a todo el sistema. Desde este punto de vista, las Corporaciones de Derecho público no territoriales constituyen una alternativa o, al menos, un complemento, al sistema general de estructura jerarquizada y predominantemente burocrática de la Administración, una fórmula que, según se la conforme de una u otra manera, puede llevar a un corporativismo estatalizante o a una participación de los más directamente implicados en la gestión de ciertos asuntos públicos. Y destarrado aquél por incompatible con los valores y principios constitucionales, sigue siendo una opción capital de organización administrativa el grado y la forma en que resulte admisible esa participación que llega a ser autoadministración”.

Todo ello justifica la invocación del artículo 149.1.18 de la CE porque, además de aparecer aquí aspectos de organización de la gestión administrativa, esas decisiones que hemos calificado como “fundamentales”, “capitales”, pueden llegar a ser desde la perspectiva de la distribución de competencias “básicas”.<sup>33</sup>

En concordancia con este argumento el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse en la STC 14/1986 de 31 de enero, afirmando que:

la regulación de las Sociedades públicas especiales... posee un notorio carácter público... en cuanto rectora de la actuaciones de entes de tal naturaleza, merced a la creación de una forma societaria atípica, como instrumento de acción administrativa, lo que en esencia no es otra cosa que incidir en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, lo que está reservado en exclusiva al Estado –en cuanto al establecimiento de sus bases– en el artículo 149.1.18 de la CE, sin duda con la finalidad de posibilitar el *mantenimiento de un tratamiento uniforme de las instituciones esenciales atinentes a las públicas administraciones y de que el régimen jurídico de las autonómicas no discrepe del referente al Estado*, sin que, finalmente, surjan dudas en cuanto que nos hallamos ante un supuesto al que conviene, con la precitada normativa constitucional, porque si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse de modo más absoluto dentro de la amplia rúbrica “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, éste es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales (FJ 9).

<sup>33</sup> López Benítez, M. y Rebollo Puig, M. (1994), “Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18 de la Constitución Española a entes no administrativos” en el libro *Administración Instrumental. Libro homenaje al profesor Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, p. 520.

De nuevo, como indican López Benítez y Rebollo Puig, “puestas de relieve las causas que justifican en uno y otro caso la penetración de las bases del artículo 149.1.18 CE en la regulación de entidades no administrativas se puede concluir que, pese a las muchas y profundas diferencias, tienen un fondo común: en ambos supuestos hay una utilización de estas otras entidades por la Administración como forma de gestión. En uno, operando sobre un ente creado, cabría decir, artificialmente, de la nada; en otro, sobre una realidad social incuestionable y que la Administración ni excluye ni convierte en mero instrumento de su voluntad. Pero, en todo caso, articulando un sistema de transferencia de funciones administrativas, de actuación de la Administración a través de quienes no son Administraciones. Y es esto lo que con distinta intensidad y con concausas diversas, según se trate de entes con personalidad de Derecho privado o de Derecho público, de entes meramente instrumentales o con un sustrato asociativo inequívoco, puede incluirse en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas sin alterar en absoluto la negación radical de su naturaleza administrativa.”<sup>34</sup>

Para el caso de la política administrativa de defensa de la competencia, es cierto que la fundamentación competencial de la Ley 15/2007 no cita para nada el artículo 149.1.18. CE. Sin embargo, la configuración de algunas de las funciones de los órganos de defensa de la competencia hace imprescindible la adopción de una estructura administrativa que garantice la independencia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la competencia de informe sobre las ayudas públicas o más todavía en el caso de la competencia sobre impugnación de actos y disposiciones administrativas de carácter general que puedan restringir la libre competencia, la independencia del organismo de competencia con respecto a la Administración general resulta imprescindible.<sup>35</sup>

En otras palabras, algunas de las nuevas competencias sustantivas que prevé la Ley 15/2007 sólo son realizables con un diseño institucional que garantice la independencia de las instituciones de defensa de la competencia.<sup>36</sup>

El impacto del modelo estatal adoptado en la nueva Ley, no vendrá tanto pues de su mandato directo sino del recurso a la doctrina de la garantía de la efectividad

<sup>34</sup> López Benítez, M. y Rebollo Puig, M., *op. cit.*, p. 522.

<sup>35</sup> En este sentido, el artículo 6 letra l) del proyecto de Ley de creación de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia atribuye al Presidente de dicha autoridad la facultad para impugnar, que, a pesar de actuar con independencia plena y absoluta, ha sido nombrado por el Conseller de Economía sin más trámite que la constatación de su reconocido prestigio y experiencia. Vid. Tram. 200-00038/08. Boletín Oficial del Parlament de Catalunya nº 266, de 29 de mayo de 2008. La diferencia con lo regulado en el artículo 34.4 de la Ley 15/2007 resulta evidente.

<sup>36</sup> Magide advierte de estas limitaciones al afirmar que “la LDC habría dejado pasar la oportunidad, a mi juicio, plenamente legítima, de obligar a las Comunidades Autónomas a que doten a sus órganos u Organismos de defensa de la competencia de una independencia equiparable a la de la actual CNC (algo que algunas no han hecho), cuestión que, en mi opinión, trasciende lo meramente organizativo y se integra en el núcleo de la regulación de la defensa de la libre competencia que corresponde constitucionalmente al Estado”. Magide Herrero, M., “Artículo 13” en AA.VV. (2008) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Civitas, Madrid, p. 431

de la legislación estatal. ¿Cómo podrá un organismo autonómico de defensa de la competencia que no sea independiente impugnar actos y disposiciones de su misma Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa? O incluso más grave, ¿cómo se puede jurídicamente impugnar una disposición de una misma Administración en los casos donde las autoridades de defensa de la competencia no dispongan de personalidad jurídica propia? ¿Existirá algún informe de ayudas públicas autonómicas desfavorable en los casos de adscripción orgánica de la autoridad de defensa de la competencia en la Consejería de Economía, si ésta es la concedente? El caso es especialmente grave respecto a las últimas legislaciones autonómicas aprobadas (2006 y 2007) puesto que éstas contaban ya tanto con el Libro Blanco como con los proyectos de nueva LDC, en un proceso de reforma que se ha caracterizado precisamente por su encomiable transparencia y participación.

En este sentido, resulta interesante referir al Preámbulo de la Ley 15/2007. Entre los principios de la reforma destacan:

- Garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos.
- Independencia en la toma de decisiones.
- Transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley.
- Eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.
- Búsqueda de coherencia en todo el sistema y, en particular de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno.

Si exceptuamos la seguridad y la eficacia, los otros principios inspiradores difícilmente se logran si propugnamos una total desconexión entre el modelo institucional estatal y el autonómico. Por supuesto, no se trata tampoco de argumentar que la defensa de la competencia debe realizarse por unos únicos órganos administrativos del Estado al tratarse de una facultad pública única y común, en expresión del voto particular discrepante de la STC 208/99. Pero entre la total centralización y la falta de conexión entre modelo estatal y modelos autonómicos existe un amplio abanico de posibilidades que pasa por garantizar aquellos elementos de los órganos administrativos autonómicos que sean indispensables para el cumplimiento de la función (y la independencia puede ser uno de ellos). Concordamos en este sentido con la opinión del profesor Cases para quien "no es sostenible que el legislador estatal al dictar la LDC en el marco de la competencia básica del 149.1.13. de la Constitución haya considerado que la norma legal irradiaba plenos efectos sobre la organización administrativa autonómica".<sup>37</sup> De todas

<sup>37</sup> Cases Pallarés, Ll. (2007), "Las Comunidades Autónomas y la nueva Ley de Defensa de la Competencia", *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 48, p. 165.

formas, también se reconoce que el ejercicio de la tarea de control de las ayudas públicas puede resultar compleja dada la proximidad de los órganos autonómicos con las autoridades concedentes o que la capacidad de impugnación de disposiciones administrativas vulneradoras de la competencia puede desvanecerse de no contar los organismos autonómicos con un “adecuado espacio institucional”.

En definitiva, la propia política comunitaria de defensa de la competencia nos revela como la diversidad institucional es compatible con la aplicación descentralizada y coherente de la defensa de la competencia. No por el hecho de articularse los servicios administrativos de la Comisión en torno a un modelo de autoridad única, significa que deban abandonarse las estructuras estatales que adopten la dualidad orgánica. Sin embargo, al igual que las competencias de coordinación que posee el Estado encuentran el límite en la teoría que veta el vaciamiento competencial en las Comunidades, también debe reconocerse la contraparte: la capacidad autonómica de autoorganización debe ser compatible con el ejercicio útil de las competencias diseñadas en la Ley 15/2007. Y a nuestro entender, ello requerirá en algunos casos revisar el diseño institucional de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arzo Santisteban, X. (2004), “El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC” *Anuario de la Competencia 2003*, ICO-Marcial Pons, Madrid.
- AA.VV. (2008), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson Civitas, Madrid.
- Ballbé Mallol, M. y Padrós Reig, C. (2001), “Spanish independent authority and its role in a new competitive environment” en AMATO, G. y LAUDATI, L. L. (eds.) *The anticompetitive impact of regulation*, London.
- Beneyto Pérez, J. M. y Maillo González-Orús, J. (2002), *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Ed. Bosch, Barcelona.
- (2005), *Tratado de Derecho de la Competencia: Unión Europea y España (2005)*, Ed. Bosch, Barcelona.
- Borrell, J. R. (1998), “Spanish Competition Policy: a case of government's response to domestically perceived problems”, *Antitrust Bulletin*, 43.
- Cases Pallarés, Ll. (1995), *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid.
- (1998), “Competition Law and Policy in Spain: Implementation in an Interventionist Tradition” en Majone, G. *Regulating Europe*, London.

- (2004), *Anuario de la competencia 2003*, ICO-Marcial Pons, Madrid.
- (2007), “Las Comunidades Autónomas y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 48.
- García de Enterría, E. (1983), *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid.
- Guillén Caramés, J. (2005), *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid.
- López Benítez, M. y Rebollo Puig, M. (1994), “Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18 de la Constitución Española a entes no administrativos” en el libro *Administración Instrumental. Libro homenaje al profesor Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid.
- Nadal, M. y Roca, J. (2003), *La descentralización de la política de defensa de la competencia en España: situación y perspectivas*, Instituto de la Empresa Familiar, Barcelona.
- OECD (2000), *Regulatory Reform in Spain. The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, París.
- (2003), *Global Forum on Competition. Optimal Design of a Competition Agency*.
- Padrós Reig, C., “Un nuevo marco institucional de la defensa de la competencia en España”, *Univesidad San Pablo-CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos – Centro de política de la competencia. Documento de trabajo. Serie política de la competencia 19/2006*.
- (2007), “El esquema institucional” en Maillo González-Orús, J. (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2007 de defensa de la competencia*, Editorial Bosch, Barcelona.
- , “The new institutional framework of Spanish competition Policy”, *European Competition Law Review*, vol. December 2007
- (2007), “La estructura administrativa para la promoción y defensa de la competencia en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67.
- Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A. (Dirs.) (2008), *Derecho de la Competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, La Ley, Madrid.
- Peñafiel García, G. (2005), “La aplicación práctica de la Ley 1/2002”, *Anuario de la Competencia 2004*, ICO-Marcial Pons, Madrid.
- Solana González, G. (2004), “Pasado, presente y futuro del modelo español de defensa de la competencia”, *Anuario de la Competencia 2003*, ICO-Marcial Pons, Madrid.
- (2005), “Unas bases sólidas para acometer la reforma”, *Anuario de la Competencia 2004*, ICO-Marcial Pons, Madrid.

## EL PAPEL DE LAS CUOTAS DE MERCADO EN LA EVALUACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

JOSÉ MANUEL ORDÓÑEZ DE HARO  
Universidad de Málaga

### 1. INTRODUCCIÓN

La evaluación de la posición de dominio de una empresa es un requisito previo en la aplicación del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea. Esto significa que un potencial comportamiento anticompetitivo, llevado a cabo por una empresa que no ostentara una posición dominante en el mercado relevante, no podría ser catalogado como una violación del artículo 82. En otras palabras, la evaluación de la dominancia individual representa una salvaguardia para cualquier comportamiento unilateral, excluyente y abusivo. Por tanto, resulta fundamental disponer de suficientes garantías o pruebas que avalen la existencia o no de la posición de dominio de una empresa.

El concepto de dominancia ha experimentado una evolución desde las primeras definiciones recogidas en la jurisprudencia de los Tribunales Europeos de Justicia hasta su actual interpretación como el disfrute duradero de un poder de mercado significativo. Esta caracterización permite la aplicación de un planteamiento más económico, con objeto de juzgar si se alcanza el suficiente poder de mercado para declarar dominante a una empresa. En este sentido, la medida habitualmente utilizada en economía, conocida como índice de Lerner, ofrecería la posibilidad de llevar a cabo una evaluación directa del nivel de poder de mercado.

No obstante, la información sobre las variables implicadas, necesaria para el cálculo o estimación del poder de mercado a través de modernas técnicas económicas, no siempre se encuentra disponible. Esto hace que, generalmente, se

opte por una medición indirecta basada en el examen de una serie de indicadores cuya trascendencia se ve corroborada por el papel que desempeñan en las expresiones alternativas del índice de Lerner. Como demostraremos posteriormente, las distintas formulaciones que propone la literatura económica aportan información muy valiosa sobre cómo deben interpretarse dichos indicadores.

El enfoque económico tradicional aboga por una evaluación indirecta del poder de mercado a través de un conjunto de factores entre los que se encuentran las cuotas de mercado de las empresas que operan en el mercado de referencia. Así, una mayor cuota de mercado de una empresa se asocia con una mayor capacidad para que pueda fijar precios por encima del nivel competitivo. Por el contrario, cuanto más importantes sean las cuotas de los rivales, más difícil será que esa empresa pueda ejercer su poder de mercado.

En la práctica legal, la mayoría de jurisdicciones emplean umbrales críticos, en términos de los valores alcanzados por la cuota de mercado de la empresa líder, bien como indicadores para obtener una presunción de un poder de mercado sustancial o como referencia para delimitar una zona de salvaguardia. Sin embargo, desde una perspectiva económica, la elevada o reducida cuota de mercado de una empresa no debe considerarse una condición suficiente para concluir o no, respectivamente, su dominancia individual. Precisamente, esta cuestión ha constituido uno de los principales motivos de controversia en el debate sobre el papel de la cuota de la empresa líder en la determinación de su posición de dominio.

En este contexto, el excesivo peso asignado a los valores de las cuotas de mercado, para inferir o desestimar dominancia en los casos legales, se ha manifestado igualmente en que se recurra principalmente a la importancia relativa de las cuotas de los rivales, como medida de la presión competitiva que efectivamente tiene lugar en el mercado, para confirmar o refutar las conclusiones que se derivarían del análisis inicial de la cuota de la empresa supuestamente dominante.

Las cuotas de mercado deberían interpretarse como indicadores previos de la posición que ocupa la empresa investigada frente a sus competidores. La información que proporcionan las cuotas, frente a la que se obtendrían por otros métodos más complejos, representa un ahorro en los recursos asignados por las autoridades de la competencia. A pesar de ello, la utilidad y validez de esa información está supeditada a los resultados de una investigación más amplia que contemple otros factores que también inciden en el grado de poder de mercado que puede disfrutar una empresa. Entre dichos factores, cabe mencionar la capacidad productiva de los competidores, las condiciones de entrada para potenciales rivales, así como el poder de negociación de los compradores o clientes de la empresa.

El presente trabajo realiza un estudio de las recientes contribuciones teóricas al análisis económico de la dominancia individual, así como una exposición del enfoque más actual aplicado en la Unión Europea para evaluar el grado de poder de mercado de una empresa, centrándose en la utilización de las cuotas de mercado como indicios, a los efectos de concluir o no una posición dominante, e incluyendo una serie de reflexiones sobre lo establecido en otras jurisdicciones.

## 2. DOMINANCIA Y PODER DE MERCADO

El concepto legal de dominancia, aunque no se encuentra definido en el artículo 82, se ha desarrollado en las decisiones adoptadas por la Comisión Europea y la jurisprudencia que emana de las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo. Concretamente, en el caso “United Brands vs. Commission” (1978) el Tribunal de Justicia proporciona una primera definición de dominancia al establecer que la posición dominante se refiere al disfrute por parte de una empresa de una posición de fuerza económica que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, concediéndole el poder para comportarse, de una manera amplia, independientemente de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores.<sup>1</sup> Esta noción se sostuvo después en otros casos como “Hoffmann-La Roche & Co. vs. Commission” (1979) o “NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin vs. Commission” (1983).<sup>2</sup>

La necesidad de aclarar determinadas expresiones incluidas en esta primera definición, así como de ofrecer una postura inicial sobre los criterios generales que deberían seguirse en el proceso de aplicación del artículo 82, se concretó en la publicación por la Comisión Europea del “*Discussion Paper sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas*” (European Commission, 2005). Durante el periodo de reflexión y debate público que siguió a la publicación de este documento de trabajo, se recibieron numerosas críticas y sugerencias generalmente encaminadas a mejorar el contenido de dicho documento, motivando una profunda revisión del texto por parte de la Comisión. El resultado de dicha revisión ha sido la publicación en 2009 de las “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (European Commission, 2009).<sup>3</sup>

Estas directrices determinan que la dominancia conlleva que las restricciones competitivas sobre la empresa en cuestión no son suficientemente efectivas y, por tanto, esta empresa disfruta de un poder de mercado sustancial durante un cierto periodo de tiempo. Asimismo, la Comisión agrega que una empresa que es capaz de aumentar los precios rentablemente por encima del nivel competitivo durante un periodo importante de tiempo (en condiciones normales, con dos años se considera suficiente), no se enfrenta a unas restricciones competitivas suficientemente efectivas y, consecuentemente, puede ser considerada como dominante. Por tanto, la dominancia supone el disfrute de un poder de mercado significativo y duradero.

<sup>1</sup> Caso 27/76 United Brands Co and United Brands Continental vs. Commission (1978) ECR 207.

<sup>2</sup> Caso 85/76 Hoffman-La Roche & Co. vs. Commission (1979) ECR 461, Caso 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin vs. Commission (1983) ECR 3461.

<sup>3</sup> La discusión sobre lo que debe entenderse como dominancia ha sido objeto de numerosos estudios en los que se ha pretendido destacar las posibles inconsistencias o problemas a la hora de interpretar este concepto en la legislación comunitaria de la competencia. Entre dichos trabajos cabe destacar Pearce-Azevedo y Walker (2002), Geradin et al. (2005), Eilmansberger (2006) y Monti (2006).

La equivalencia entre el término de poder de mercado significativo y dominancia ya fue reconocida con anterioridad en la “Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas” (Comunidad Europea, 2002). En dicha Directiva se establece que, en el nuevo marco regulatorio, la definición de poder de mercado significativo es equivalente al concepto de posición dominante que se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. De igual forma, en las directrices elaboradas por la Comisión Europea para analizar el mercado y evaluar el poder de mercado significativo en esta nueva etapa de regulación, se destaca la alineación entre la definición de poder de mercado significativo y la definición de dominancia que se desprende de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia Europeos. No obstante, también se señala que si dedujese la existencia de poder de mercado significativo por parte de una empresa, este hecho no implicaría que esta empresa automáticamente fuese declarada dominante al efecto del artículo 82 del Tratado (European Commission, 2002).

Esta última afirmación parece contraria a lo contenido en otros párrafos de dichas directrices y de la propia Directiva Comunitaria, aunque es muy probable que su intención sea sencillamente instar a las autoridades, encargadas de aplicar las normas regulatorias, a la realización de un análisis riguroso, tanto en la definición de mercado relevante como en el proceso de evaluación del nivel y duración del poder de mercado ejercido por la empresa, antes de concluir una posición dominante.

La introducción de esta nueva definición de dominancia, entendida como poder de mercado significativo, se puede interpretar como un resultado más del proceso de modernización y revisión que ha llevado a cabo la Comisión de sus procedimientos en los últimos años. Este proceso supone incorporar una evaluación económica solvente en la aplicación de la política a todos aquellos comportamientos que podrían perjudicar a la competencia y, por lo tanto, a los consumidores (Kroes, 2005, 2008).

Según Kovacic (2008), el tratamiento aplicado al comportamiento de las empresas dominantes constituye una de las áreas donde se pueden observar discrepancias entre la política de la competencia de la Unión Europea y la de Estados Unidos. Aun así, pueden encontrarse ciertas similitudes en el requisito básico exigible para juzgar conductas unilaterales anticompetitivas en los respectivos marcos legales. Concretamente, en Estados Unidos la consideración del delito de monopolización, en virtud de la Sección 2 de la Ley Sherman, está condicionada a la posesión de poder de monopolio en el mercado relevante y la adquisición o mantenimiento deliberado de ese poder a diferencia del crecimiento o desarrollo como consecuencia de un producto superior, la visión de negocios, o un fenómeno histórico.<sup>4</sup> Así, el concepto clave, que se correspondería con la noción de dominancia en la legislación comunitaria, sería el de poder de monopolio.

<sup>4</sup> Caso *United States vs. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, (1966).

Sin embargo, poder de monopolio y poder de mercado, aún estando relacionados, no son términos equivalentes. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso "United States vs. E. I. du Pont" define poder de monopolio como el poder para controlar los precios o excluir la competencia.<sup>5</sup> Este mismo órgano judicial ha definido, en posteriores casos legales, el concepto de poder de mercado como la capacidad para aumentar los precios por encima de aquéllos que se fijarían en un mercado competitivo.<sup>6</sup> La diferencia entre ambos conceptos constituye una cuestión de grado tal como se infiere del caso "Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services", donde se mantuvo que el poder de monopolio bajo la Sección 2 exige, por supuesto, algo mayor que el poder de mercado bajo la Sección 1.<sup>7</sup>

Más específicamente, el poder de monopolio se identifica, como mínimo, con un nivel de poder de mercado sustancial o importante.<sup>8</sup> Esta diferencia también se pone de manifiesto en el caso "United States vs. Microsoft Corp." donde se define el poder de monopolio como la capacidad para aumentar sustancialmente los precios por encima del nivel competitivo de manera rentable.<sup>9</sup> A este requisito de grado, se suma la condición de que ese poder de mercado no sea sólo temporal o provisional.<sup>10</sup> En definitiva, el concepto de poder de monopolio supone el ejercicio continuado de un poder de mercado sustancial.

Como se puede apreciar, en ambas jurisdicciones se mantienen enfoques similares respecto al requisito previo para considerar ilegal la conducta unilateral de una empresa dominante: el ejercicio, por parte de esta empresa, de un poder de mercado significativo o sustancial de forma duradera. En este sentido, el concepto económico de poder de mercado constituye un elemento esencial en la determinación de la posición dominante o poder de monopolio. Por consiguiente, todas aquellas medidas que la literatura económica ha considerado para medir el poder de mercado, así como los factores que le afectan, pueden constituir referencias básicas que las autoridades de la competencia deberían contemplar a la hora de justificar la utilización de determinadas variables en su análisis de la posición de dominio individual.

## 2.1. CONCEPTO ECONÓMICO DE PODER DE MERCADO

Desde el punto de vista económico, el poder de mercado se define como la capacidad de una empresa o grupo de empresas para fijar precios por encima de su

<sup>5</sup> Caso United States vs. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, (1956).

<sup>6</sup> Casos NCAA vs. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468, U.S. 85, (1984) y Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 vs. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

<sup>7</sup> Caso Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, (1992).

<sup>8</sup> Casos Bacchus Industries, Inc. vs. Arvin Industries, Inc., 939 F.2d 887 (1991), Deauville Corp. vs. Federated Department Stores, Inc., 756 F.2d 1183, (1985).

<sup>9</sup> Caso United States vs. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, (2001).

<sup>10</sup> Caso Colorado Interstate Gas Co. vs. Natural Gas Pipeline Co. of America, 885 F.2d 683, (1989).

coste marginal (que se corresponde con el precio competitivo) o para restringir la producción por debajo de los niveles competitivos, durante un periodo continuado de tiempo. Una medida teórica habitual del poder de mercado de una empresa  $i$  viene dada por el índice de Lerner,<sup>11</sup> definido como la proporción o ratio de la diferencia entre el precio  $p_i$  y el coste marginal  $CMa_i$  sobre el precio de dicha empresa, es decir,  $(p_i - CMa_i)/p_i$ . Como se puede observar, en condiciones de competencia perfecta, donde el precio es igual al coste marginal, el índice sería igual a cero, alcanzando valores más elevados en la medida que esta empresa  $i$  aumente el margen entre los precios que fija y su coste marginal.

Esta medida constituye un indicador de la pérdida irrecuperable de bienestar que está vinculada con la ineficiencia asignativa que conllevan precios por encima del coste marginal. Por tanto, una estimación lo más acertada posible de su cuantía puede ser decisiva para evaluar el daño a la competencia y la compensación exigible en cada caso.

La aplicación a situaciones reales de esta formulación inicial del índice de Lerner presenta una serie de inconvenientes: (i) la estimación del coste marginal suele ser difícil, ya que exige identificar los costes variables que corresponden al producto en cuestión, así como el periodo durante el cual tienen lugar, en unas circunstancias donde existe escasa información y, generalmente, falta de colaboración por parte de la empresa objeto de investigación; (ii) en muchas ocasiones, la magnitud del margen entre precio y coste marginal obedece a razones muy dispares, tales como el efecto sobre los costes de diferentes niveles de eficiencia en el proceso productivo o las consecuencias de prácticas anticompetitivas como la fijación de precios predatorios, que pueden conducir a conclusiones erróneas acerca del grado de poder de mercado que disfruta la empresa; (iii) esta medida tendería a sobrevalorar la desviación proporcional del precio fijado por la empresa respecto al precio competitivo, puesto que el coste marginal evaluado a un nivel de producción inferior al competitivo (como ocurre en cualquier situación de competencia imperfecta) probablemente generará también un valor menor; (iv) por último, si la empresa opera en una amplia línea de productos o aplica una política de discriminación de precios sería necesario calcular una expresión alternativa que tuviera en cuenta estas circunstancias.

Un primer paso para superar alguno de los problemas citados sería utilizar una definición alternativa del índice de Lerner. Así, a partir del problema de maximización de la empresa, se obtiene que el índice de Lerner también se puede expresar como el inverso de la elasticidad de la demanda residual o demanda a la que se enfrenta la empresa que se está investigando,  $L_i = 1/\epsilon_i$ , donde  $L_i$  es el índice de Lerner y  $\epsilon_i$  es la elasticidad de la demanda residual de la empresa.<sup>12</sup> La

<sup>11</sup> Lerner (1934).

<sup>12</sup> La consideración de esta formulación supone una clara ventaja en la evaluación directa del poder de mercado. Así, la aplicación de modernas técnicas econométricas permiten estimar la elasticidad de la demanda residual, sin necesidad de calcular los costes marginales de la empresa (Baker y Bresnahan, 1992, 2008, Werden, 1998).

elasticidad de la demanda es una medida de la sensibilidad de los consumidores, en términos de la variación en la cantidad que demandarán, ante una variación en el precio de la empresa. De acuerdo con esta definición, el índice de Lerner será mayor cuanto más insensible (inelástica, tomará valores bajos menores que la unidad) sea la demanda de la empresa a variaciones en su precio, tendiendo a cero cuando la demanda es horizontal (elasticidad infinita) que se corresponde con la situación de competencia perfecta.

La ausencia total de poder de mercado tiene lugar sólo en ciertos modelos teóricos, como el de competencia perfecta, en los que se parte de supuestos muy restrictivos que no se ajustan a la realidad. En la práctica, casi cualquier empresa es capaz de ejercer cierto poder de mercado. Esto no significa que una empresa con poder de mercado pueda comportarse independientemente de sus rivales, clientes y, en última instancia, consumidores, tal como establece la definición legal de dominancia. De hecho, la disciplina impuesta por la pendiente negativa de la curva de demanda imposibilita que una empresa pueda actuar sin verse sometida a las consecuencias de las reacciones de sus compradores y/o competidores (O'Donoghue y Padilla, 2006, Calvani y Fingleton, 2008).

En cualquier caso, la cuestión fundamental no es si una empresa posee poder de mercado, sino si el grado y el tiempo durante el que se disfruta dicho poder de mercado es suficientemente importante como para que merezca la atención de las autoridades de la competencia. En este sentido, el poder de mercado no es exclusivamente una característica de la empresa o empresas que lo poseen, sino que depende también de las reacciones tanto de sus competidores actuales o potenciales, como de sus clientes. Por lo tanto, a la hora de evaluar el poder de mercado deben considerarse una serie de factores que contemplados conjuntamente permitan estimar el alcance del mismo.

## 2.2. RELACIÓN ENTRE PODER DE MERCADO Y CUOTAS DE MERCADO

Una vez establecido el concepto económico de poder de mercado, una revisión de algunas de las aportaciones más relevantes en la literatura económica nos proporcionará información sobre qué factores y de qué forma influyen en la capacidad de una empresa para fijar precios por encima del coste marginal. En particular, estamos interesados en conocer la relación teórica que existe entre este concepto y las cuotas de mercado de las empresas que compiten en el mercado de referencia.

Una primera aproximación a esta relación la constituye la formulación del índice de Lerner propuesta por Landes y Posner (1981). Estos autores suponen un modelo de empresa dominante, también conocido como modelo de liderazgo en precios, que parte de un mercado para un producto homogéneo integrado por una empresa que posee una gran parte del mercado denominada "dominante", así

como por un gran número de empresas más pequeñas que colectivamente reciben el nombre de "franja competitiva".<sup>13</sup> Cada empresa perteneciente a la franja se comporta como precio-aceptante, es decir, toma el precio de mercado como dado porque cualquier alteración en su nivel de producción no supone ningún efecto en la determinación del precio. La empresa dominante posee una ventaja en términos de costes (costes más bajos) e información (conoce tanto la demanda de mercado como la curva de oferta de la franja competitiva) respecto a las empresas de la franja. Así, la empresa dominante deriva su demanda residual a partir de la diferencia entre la demanda de mercado y la oferta de la franja competitiva. En este ámbito, la elasticidad de la demanda residual de la empresa dominante se puede expresar como:

$$\varepsilon_i = (\varepsilon / s_i) + (s_f \cdot \eta_f / s_i)$$

donde  $s_i$  es la cuota de mercado de la empresa dominante,  $s_f$  la cuota de mercado de las empresas pertenecientes a la franja,<sup>14</sup>  $\varepsilon$  la elasticidad de la demanda de mercado y  $\eta_f$  la elasticidad de la oferta de la franja competitiva. Sustituyendo la expresión de la elasticidad de la demanda residual en la definición del índice de Lerner se obtiene:

$$L_i = s_i / (\varepsilon + s_f \cdot \eta_f)$$

Esta ecuación, tal como expone Utton (1995), pone de manifiesto una serie de hechos importantes para la política de la competencia. En primer lugar, señala una relación directa entre poder de mercado y cuota de mercado de la empresa dominante. Así, cuanto mayor sea la cuota de mercado de la empresa dominante, manteniendo el resto de variables constantes, mayor será el poder de mercado que podrá ejercer esta empresa. En segundo lugar, establece que cuanto más elástica o sensible sea la demanda de mercado a variaciones en el precio, tanto más sensible será también la demanda a la que se enfrenta la empresa dominante a esas variaciones y, por tanto, menor el poder de mercado del que podrá disfrutar esta empresa. Así, cuanto más fácil resulte disponer de sustitutos cercanos para el producto que ofrece la empresa dominante, más difícil será que resulte rentable subir su precio por encima del nivel competitivo, ya que en ese caso sus clientes reaccionarán rápida y ampliamente comprando sustitutos del producto. Por último, los rivales actuales o potenciales de la empresa dominante representan también una restricción al ejercicio del poder de mercado. Las empresas rivales al no cooperar con la empresa dominante, responderán a un aumento en el precio de mercado con un incremento en la cantidad ofrecida, lo que reduce la rentabilidad de realizar dicha subida del precio. De esta forma, dado un determinado valor de la cuota de la

<sup>13</sup> Este modelo fue originalmente desarrollado por Stigler (1965).

<sup>14</sup> Igual en este caso a  $(1 - s)$ .

empresa dominante y de la elasticidad de la demanda de mercado, cuanto más alta sea la elasticidad de la oferta, correspondiente a las empresas que ya pertenecen a la franja o nuevos entrantes en el mercado, más limitado será el poder de mercado que posea la empresa dominante.

Una de las críticas recibidas por este planteamiento es la de no representar situaciones de mercado reales donde, por ejemplo, exista más de una empresa con una importante cuota de mercado que no se comportaría como precio aceptante.<sup>15</sup> Ordover, Sykes y Willig (1982) ofrecen una nueva versión del índice de Lerner en un mercado integrado tanto por una franja competitiva como por otras empresas que no aceptarían el precio como un dato. Concretamente, la expresión del índice vendría dada por:

$$L_i = (1 + k_i) \cdot s_i / (\varepsilon + s_f \cdot \eta_f)$$

donde  $k_i$  es la variación conjetural de la empresa  $i$ , es decir, la estimación que hace esta empresa de cómo reaccionan en la producción el resto de empresas que no son precio-aceptantes, a una variación en la cantidad producida por la empresa  $i$ . Por tanto, reflejaría una medida de la interdependencia que percibe esta empresa respecto a otras empresas no precio-aceptantes. Concretamente, valores positivos de  $k_i$  indicarían que la empresa  $i$  espera un comportamiento cooperativo o colusivo por parte de las otras empresas para elevar el precio de mercado, mientras que valores negativos supondrían un comportamiento en sentido contrario al necesario para que se pueda fijar un precio por encima del nivel competitivo y, en consecuencia, más propio de un entorno de competencia. Así, si  $k_i = 1$ , las empresas que no son precio aceptantes seguirían políticas paralelas o colusivas que conducen a un mayor poder de mercado para la empresa  $i$ . Por el contrario, en caso de que  $k_i = -1$ , la empresa  $i$  espera que la decisión sobre su nivel de producción no tenga ningún efecto sobre el precio de mercado. Cualquier variación en su producción conllevará una reacción en la misma cuantía pero de sentido opuesto por parte de las otras empresas, por lo que el poder de mercado será nulo independientemente de cuál sea la cuota de mercado de esta empresa. Finalmente, un valor nulo para  $k_i$  supondría que esta empresa espera que las otras empresas rivales no reaccionen a variaciones en su producción.

Este enfoque permite adaptar la expresión del índice de Lerner a la forma teórica de competencia que tuviera lugar en el mercado considerado, al existir una correspondencia con el valor de  $k_i$ . En particular, el modelo de Cournot se correspondería con  $k_i = 0$  para todas y cada una de las empresas, en el modelo de Stackelberg el líder poseería un  $k_i < 0$ , mientras que para cualquier seguidor su

<sup>15</sup> Otras críticas se refieren al carácter estático de esta medida, lo que impediría contemplar aspectos dinámicos como la persistencia del ejercicio del poder de mercado a lo largo del tiempo. También se ha criticado el excesivo peso otorgado en este enfoque a las cuotas de mercado, o el hecho de no reflejar el auténtico coste del poder de mercado (Schmalensee, 1982, Kaplow, 1982).

variación conjetural sería  $k_i = 0$ , y en un modelo de colusión perfecta cada empresa participante en el acuerdo esperaría  $k_i = (1 - s_i) / s_i$ .<sup>16</sup> Podría decirse, entonces, que la principal aportación de Ordober, Sykes y Willig en la formulación de una medida del poder de mercado individual es la inclusión del grado de competencia o interdependencia entre empresas como una de las variables a tener en cuenta en su evaluación. Por tanto, para comprender si una empresa realmente tiene suficiente poder de mercado, es necesario analizar el grado de independencia, con respecto a la empresa líder, del resto de empresas que se encuentran en el mercado relevante. Esto exige medidas que no se centren exclusivamente en las cuotas de mercado, y que tengan presente las distintas formas de comportamiento estratégico que pueden producirse en un mercado particular.

Más recientemente, Vickers (2006) advierte sobre el peligro que supone para la medición del poder de mercado contemplar únicamente las cuotas de mercado de aquellos productos que se encuentran dentro de la definición del mercado relevante, cuando la inclusión o no en dicha definición puede ser consecuencia de que se alcance un determinado grado de sustituibilidad entre esos productos. Esta forma de proceder constituye un problema si se tiene en cuenta que la simple diferenciación de producto introduce un rango de sustituibilidad del que, generalmente, el mercado relevante sólo constituiría un intervalo. En estas circunstancias, Vickers presenta una nueva formulación del índice de Lerner que pretende considerar un espacio más extenso de productos, asignando ponderaciones diferentes a las cuotas de mercado según sea el nivel de sustituibilidad entre productos. En particular, a productos que sean perfectamente sustitutivos se les asignaría la misma ponderación, mientras que si no son sustitutos cercanos se les adjudicaría una ponderación mucho menor. No obstante, dado que este método no parte de una definición del mercado de referencia como tal, sino probablemente de un ámbito mucho más amplio, el nivel de exhaustividad y complejidad en el análisis, que se requeriría para estimar este índice, puede suponer un claro obstáculo para su puesta en práctica.

En esta misma línea de reconocer, en la medición del poder de mercado, la presión competitiva ejercida por otros productos que no estarían comprendidos en la definición del mercado, Weisman (2007) y Tardiff y Weisman (2009) proponen un modelo de empresa dominante que participa en múltiples mercados. La expresión del índice de Lerner que obtienen es similar a la formulada por Ordober, Sykes y Willig, aunque el valor e interpretación del parámetro  $k_i$  es en este caso algo diferente, ya que considera la interdependencia de demanda para los productos que la empresa vende en cada mercado. Así, cuando los productos ofertados por la empresa dominante en dos mercados distintos,  $i$  y  $j$ , son complementarios (sustitutos) netos,  $k_i < 0$  ( $> 0$ ), los incentivos de esta empresa a incrementar el precio en el mercado  $i$  se reducen (aumentan) puesto que implicaría una disminución

<sup>16</sup> Algunos autores que destacaron originalmente esta relación entre modelos tradicionales de oligopolio y variaciones conjeturales son Dansby y Willig (1979), Encaoua y Jacquemin (1980) y Bresnahan (1981).

(un incremento) de la demanda en el mercado  $j$ .<sup>17</sup> En otras palabras, el poder de mercado que puede ejercer la empresa dominante en un mercado determinado se ve restringido por la presión ejercida por otros mercados complementarios donde también opera, mientras que para mercados sustitutivos el poder se vería ampliado. Este resultado se basa en el supuesto de que la empresa considerada es líder o dominante, entendido este concepto en términos del modelo teórico, en todos aquellos mercados en los que interviene.

Sin embargo, esta situación no se cumple generalmente en la realidad y en muchos casos puede existir, en alguno de los mercados donde opera esta empresa líder, otros competidores que no se comporten como precio aceptantes. Por tanto, sería interesante construir un índice que reuniera ambos aspectos, es decir, la interdependencia a nivel de competencia estratégica por parte de otras empresas, así como a nivel de su participación en múltiples mercados. Ahora bien, es muy probable que esta medida de poder de mercado suponga una expresión matemática bastante más compleja que las anteriores donde, además, resultaría difícil distinguir entre la dominancia individual y la dominancia colectiva, puesto que el potencial contacto multimercado aumentaría las posibilidades de coordinación entre empresas.

En cualquier caso, el análisis para llegar a las distintas formulaciones alternativas del índice de Lerner revela la necesidad de no sustentar la evaluación del poder de mercado únicamente en una medida concreta. De hecho, demuestran el decisivo papel jugado por variables que tienen que ver con la sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta, con el tipo de interacción estratégica existente tanto entre empresas pertenecientes a un mismo mercado como a otros mercados relacionados, así como con las condiciones de entrada. No obstante, la utilidad de estas diferentes versiones del índice de Lerner depende de la posibilidad de obtener estimadores adecuados y fiables de las variables correspondientes. En consecuencia, su utilización dependerá de la disponibilidad de los datos necesarios para su estimación.

Con frecuencia, estas fórmulas proporcionan información sobre cómo debe interpretarse una determinada cuota de mercado a la hora de evaluar el poder de mercado. Así, dada la dificultad que habitualmente entraña medir directamente el poder de mercado a través del cálculo o estimación del índice de Lerner, se suele optar por iniciar la investigación estudiando una serie de variables de estructura de mercado que ofrecen una evaluación indirecta. Estas variables son, fundamentalmente, las cuotas de mercado de la empresa supuestamente dominante y de sus competidores, las posibles barreras a la entrada existentes en el mercado relevante y el poder de negociación de los clientes o compradores frente a la empresa dominante. Los valores y conclusiones que se deriven de su análisis podrían servir como

<sup>17</sup> La diferencia entre las definiciones de bruto y neto para sustitutos y complementarios radica en que las definiciones de bruto incluyen tanto el efecto sustitución como el efecto renta, que conllevan la variación del precio de un bien sobre la cantidad demandada de otro, mientras que las definiciones de neto únicamente consideran el efecto sustitución.

indicadores suficientes para descartar, en una primera etapa, aquellos casos donde quede patente la inexistencia de un poder de mercado significativo. Este es el proceso que siguen la mayoría de autoridades de la competencia que supone además un ahorro considerable de recursos frente a la opción de realizar un estudio más profundo con técnicas de análisis mucho más complicadas.

### 3. CUOTAS DE MERCADO COMO INDICADORES DE POSICIÓN DOMINANTE

Las cuotas de mercados constituyen un instrumento básico para realizar una evaluación indirecta del poder de mercado ejercido por la empresa que es objeto de investigación por parte de las autoridades de la competencia. Como se desprende de la exposición anterior, su utilización encuentra una justificación económica en la relación positiva existente entre cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante y su capacidad para fijar precios por encima de los niveles competitivos.

Asimismo, las cuotas que ostenten las empresas rivales actuales permitirían aproximar mejor dicha capacidad, ya que estas empresas representan una de las fuentes de presión competitiva que limitan su importancia y repercusión. Como expondremos posteriormente, en la práctica legal, las cuotas de mercado de la empresa presuntamente dominante y de sus competidores pueden llegar a ser evidencias definitivas para la deducción de un nivel de poder de mercado significativo.

La utilización de las cuotas de mercado como indicadores del poder de mercado requiere que previamente se haya realizado una correcta definición del mercado relevante. Cualquier error cometido en esta primera etapa podría conducir a valores desvirtuados de las cuotas, de la capacidad de una empresa para desarrollar su poder de mercado y, por tanto, a una presunción equivocada de la posición dominante de dicha empresa. Esto significa que una adecuada definición de mercado debería contemplar tanto la sustituibilidad por el lado de la demanda como de la oferta.

Hay que destacar que, generalmente, cuanto más reducida sea la forma en la que se defina el mercado, más probable será que se determine que una empresa posee poder de mercado. Por tanto, no resulta sorprendente que las empresas a las que se les supone una posición dominante tiendan a defender definiciones de mercado más amplias que supongan el reconocimiento de una posición menos importante en términos relativos, que incluso podría dejar sin suficientes fundamentos la hipótesis inicial.

Incluso asumiendo una definición del mercado de referencia lo más acertada posible, existen otra serie de cuestiones que deben tenerse en cuenta a la hora de asignar las cuotas de mercado. Cuando las empresas producen bienes o servicios

muy diferentes, un primer problema es seleccionar un común denominador que permita agregarlos. Una opción a la que se suele recurrir generalmente es basarse en los ingresos monetarios de las ventas o utilizar una medida de producción estándar, como el peso o el volumen. En ciertos casos, resulta conveniente disponer de las cuotas de mercado obtenidas a partir de las de unidades físicas producidas o vendidas como de su valoración en unidades monetarias. De esta manera, es muy probable que se obtenga información complementaria de la posición relativa de las empresas en el mercado. Así, una mayor cuota de los ingresos económicos totales por ventas puede obedecer a que la empresa posea una imagen de marca que le permite fijar mayores precios para, esencialmente, un mismo producto.<sup>18</sup> Las autoridades necesitan que se establezca una referencia común estándar para poder realizar comparaciones entre cuotas de mercado. En la práctica, las cuotas de mercado, usualmente, se asignan sobre una base que no representaría exactamente un común denominador, bien porque no lo haya o porque el proceso para aplicarlo implicaría soportar un coste muy elevado en términos de tiempo y dinero (Werden, 2002).

Igualmente importante es decidir cuál debe ser el periodo que se debe abarcar para asignar las cuotas de mercado. En aquellos mercados caracterizados por un número reducido de clientes que realizan pedidos grandes y poco frecuentes a lo largo del tiempo, las cuotas de mercado deberían calcularse para un periodo relativamente largo de tiempo, por ejemplo de tres a cinco años (dependiendo de la frecuencia de los pedidos).<sup>19</sup> En caso contrario, es muy probable que las cuotas no reflejen la posición en el mercado de cada empresa, ya que puede que no se esté incluyendo algún pedido que represente una proporción importante de las ventas usuales de la empresa.

Otra cuestión a tener en cuenta es la dinámica que experimentan las cuotas de mercado, es decir, la volatilidad o inestabilidad de las mismas en el mercado de referencia. La propia definición de dominancia o poder de mercado sustancial requiere que los precios se mantengan por encima de los competitivos durante un determinado periodo de tiempo. En ciertas circunstancias, el supuesto poder de mercado que se podría inferir de una elevada cuota de mercado puede desaparecer a medida que transcurra el tiempo como consecuencia del comportamiento estratégico de sus rivales. En tal caso, la elevada cuota de mercado sólo identificaría una situación provisional de poder de mercado. En algunos mercados donde se comercializa una materia prima agotable o donde la producción está limitada por un recurso productivo imprescindible, las reservas existentes de dicha materia prima o recurso podrían proporcionar más información que los ingresos actuales de las

<sup>18</sup> Por ejemplo, en el caso nº IV/M.190 Nestlé/Perrier, OJ 1992 L 356, la Comisión Europea calculó cuotas de mercado en el mercado francés del agua mineral tanto en volúmenes como en valores. Las tres mayores empresas exhibían mayores cuotas cuando se evaluaban en base a la valoración de sus ventas, indicando que los consumidores estaban dispuestos a pagar mayores precios por una botella de sus aguas que por las de los competidores.

<sup>19</sup> Ejemplos de industrias que se ajustan a esta descripción de pedidos grandes y poco frecuentes son los aviones y trenes, como se señala en los casos nº IV/M053 Aerospatiale-Alenia/de Havilland (1991), nº IV/M.877 Boeing/McDonnell Douglas (1997), nº COMP/M.2220 y General Electric/Honeywell (2001).

empresas. Si se pretende evaluar la competencia efectiva presente en el mercado, la cuota de una cierta empresa, cuyas reservas se espera que estén completamente agotadas en un corto periodo de tiempo, no tendría demasiada relevancia para dicha evaluación puesto que, transcurrido ese plazo relativamente breve, no ejercería ningún tipo de presión competitiva sobre sus competidoras.<sup>20</sup>

Una situación muy similar tiene lugar en sectores, como el de las telecomunicaciones o el farmacéutico, que se caracterizan por una alta ratio de introducción de nuevos productos y son muy sensibles a las innovaciones drásticas.<sup>21</sup> Si la tecnología o el producto que vende una empresa es muy probable que, a corto o medio plazo, quede obsoleto o seriamente afectado por la aparición de un nuevo método productivo más eficiente o por otro producto de un rival, la consideración de su cuota de mercado actual o pasada supondría sobrestimar las restricciones competitivas reales que esta empresa ejerce sobre sus rivales. En este contexto, para calcular las cuotas de mercado, posiblemente sería conveniente contemplar un escenario donde se excluyesen las ventas actuales de la citada empresa que se considera que, con una alta probabilidad, abandonará el mercado u ocupará una posición irrelevante.

En definitiva, cuanto mayor sea la volatilidad de las cuotas de mercado más difícil será realizar una asignación adecuada de las cuotas de las empresas integrantes del mercado y, por tanto, utilizar la cuota de una determinada empresa como indicador para justificar su posición dominante.

Las observaciones anteriores ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una investigación rigurosa en la etapa previa al cálculo y asignación de las cuotas de mercado. No considerar alguno de los aspectos mencionados, y depositar una excesiva confianza en los valores de las cuotas de mercado, podría significar que se cometieran errores de tipo I o II en las conclusiones sobre la posible posición dominante de una empresa.

### 3.1. CUOTA DE MERCADO DE LA EMPRESA SUPUESTAMENTE DOMINANTE

En la mayoría de jurisdicciones se utiliza la cuota de mercado de la empresa líder como un indicador inicial para inferir si dicha empresa posee un poder de mercado significativo como para ser declarada dominante. En general, se observa el establecimiento de ciertos valores críticos de referencia por encima de los cuales la empresa investigada sería la responsable de demostrar que no ostenta suficiente poder de mercado, mientras que no alcanzando esos valores serían las autoridades

<sup>20</sup> Por ejemplo, en el caso nº IV/M.619 Gencor/Lonrho (1996), donde se presentaba la propuesta de fusión de las actividades de producción de platino de las empresas Gencor y Lonrho, la Comisión Europea calculó las cuotas de mercado no sólo en base a la producción real de platino sino también a las reservas de los principales proveedores de este metal.

<sup>21</sup> Una innovación drástica es aquella que implica dejar obsoletos los productos que existían antes que se produjese esa innovación.

de la competencia las que deberían probar su existencia. Como muestra el Cuadro 1, la base legal de estos valores, dependiendo de la jurisdicción, no siempre se encuentra recogida explícitamente en la legislación aplicable, siendo en muchas ocasiones las interpretaciones que de la ley realizan las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de Justicia, así como las decisiones y documentos aclaratorios publicados por las autoridades de la competencia, los que proporcionan información a este respecto.

En la evaluación de la posición dominante de una empresa, el Tribunal de Justicia Europeo ha concedido un papel destacado a las pruebas proporcionadas por las cuotas de mercado y ha señalado que grandes cuotas de mercado podían por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, constituir suficiente evidencia para establecer dominancia.<sup>22</sup> Esto implica que cualquier empresa que operase en un mercado en régimen de monopolio o “cuasimonopolio” se declarará dominante. Estas circunstancias, donde la empresa ejercería un poder de mercado muy importante, fueron calificadas por el Abogado General en el caso “Compagnie Maritime Belge SA vs. Commission”<sup>23</sup> como situaciones de “superdominancia” en las que, en su opinión, se debería exigir una especial responsabilidad.

El término de empresa superdominante no es recogido de forma explícita en las decisiones adoptadas por los Tribunales de Justicia Europeos o por la Comisión. No obstante, distintos fallos del Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia Europeos han plasmado el principio por el cual la responsabilidad exigible a una empresa dominante será mayor cuanto más alto sea el grado de dominancia.<sup>24</sup> La identificación de cuotas muy altas de mercado con un mayor grado de dominancia permite, generalmente, resolver con mayor rapidez la posición dominante de una empresa.<sup>25</sup> En el caso Microsoft,<sup>26</sup> la Comisión Europea establece en su decisión de 2004 que esta empresa, con sus cuotas de mercado de más del 90%, ocupa casi la totalidad del mercado. Por lo tanto, está cercana a una posición de monopolio, y puede decirse que mantiene una posición abrumadoramente dominante. Una postura similar se adoptó en el proceso “Wanadoo España vs Telefónica” (2007),<sup>27</sup> estableciendo que Telefónica era dominante en los dos mercados mayoristas de acceso de banda ancha, ya que detentaba una posición de monopolio en uno de esos mercados y una cuota del 80% en el otro.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Caso 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG vs Commission (1979), ECR 461.

<sup>23</sup> Casos C-395-6 y 396-96P, Compagnie Maritime Belge Transp. SA vs. Commission (2000), ECR I-1365.

<sup>24</sup> Caso C-333/94P, Tetra Pak vs. Commission (1996), ECR I-5951, 4 C.M.L.R. 662 (1997); Caso T-228/97 Irish Sugar vs. Commission (1999) ECR II-2969, 5 C.M.L.R. 1300; Caso IV/36.888 (1998) Football World Cup O.J. L 5 (2000).

<sup>25</sup> Caso T-139/98, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) vs. Commission (2001), ECR II-3413.

<sup>26</sup> Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft (2004). Puede consultarse Ahlborn y Evans (2009) para un análisis de las implicaciones de este caso sobre la evaluación de posición dominante en la política de la competencia europea.

<sup>27</sup> Caso COMP/38.784 Wanadoo España vs. Telefónica (2007).

<sup>28</sup> Véase también el caso T-228/97 Irish Sugar vs. Commission (1999), ECR II-2696.

**Cuadro 1. Cuotas de mercado en la presunción de dominancia y en las regiones de salvaguardia**

Jurisdicción	Presunción de dominancia/ poder de mercado significativo			Salvaguardia regulatoria (Safe harbours)		
	Cuota de mercado de referencia	Resulta refutable	Base legal	Cuota de mercado de referencia	Resulta refutable	Base legal
Alemania	33%	Sí	Ley	—	—	—
Australia	60%	Sí	Jurisprudencia	7-15%	Sí	Jurisprudencia
Brasil	20%	Sí	Ley	20%	No	Ley
Bulgaria	35%	Sí	Ley	20%	Sí	Directrices
Canadá	80%	Sí	Jurisprudencia	35%	No	Directrices
Corea	50%	Sí	Ley	10%	No	Ley
España	—	—	—	No disponible	Sí	Ley
Estados Unidos	70%	Sí	Jurisprudencia	50%	No	Jurisprudencia
Hungría	—	—	—	20%	No	Directrices
Israel	50%	No	Ley	—	—	—
Jamaica	50%	Sí	Directrices	—	—	—
Letonia	—	—	—	40%	Sí	Ley
Nueva Zelanda	—	—	—	20%	No	Directrices
Pakistán	33%	Sí	Ley	—	—	—
Reino Unido	—	—	—	40%	Sí	Directrices
Rep. Checa	—	—	—	40%	No	Ley
Rumanía	40%	Sí	Directrices	—	—	—
Rusia	50%	Sí	Ley	20%	Sí	Ley
Sudáfrica	45%	No	Ley	No disponible	Sí	Ley
Suecia	40%	Sí	—	—	—	—
Ucrania	35%	Sí	Ley	35%	No	Ley
Unión Europea	—	—	—	40%	Sí	Directrices

*Fuente:* International Competition Network (2007), OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs y elaboración propia.

El nivel mínimo de cuota de mercado que considera el Tribunal de Justicia Europeo, a partir del cual una empresa sería considerada dominante sin necesidad de acudir a otras pruebas, se puede deducir de otros procesos como “Hoffmann-

La Roche & Co. vs. Commission”,<sup>29</sup> donde el Tribunal de Justicia realizó un análisis exhaustivo de las cuotas de mercado en los diferentes mercados relevantes, definidos para cada una de las vitaminas producidas por la empresa Hoffmann-La Roche. El Tribunal determinó posición dominante en el mercado de la vitamina B<sub>2</sub>, considerando como evidencia suficiente que la cuota de mercado estaba comprendida entre el 75 y el 87%. Posteriormente, en el caso “Hilti vs. Comisión”, el Tribunal de Primera Instancia estableció que una cuota situada entre un 70 y un 80% constituía, en sí misma, un claro indicio de la existencia de posición dominante.<sup>30</sup>

Para situaciones intermedias, entre los principales factores que el Tribunal de Justicia planteó para resolver la existencia de posición dominante en el caso “United Brands vs. Comisión” (1978), se encontraban unas cuotas de mercado entre el 40 y el 50%, así como el hecho de que el resto del mercado estuviera significativamente fragmentado.<sup>31</sup> Posteriormente, la sentencia del Tribunal en el caso “AKZO Chemie BV vs. Comisión” determinó que una cuota de mercado que, de forma persistente, se encuentre por encima del 50% es un indicador de que la empresa es dominante siempre que no existan otras evidencias que prueben lo contrario.<sup>32</sup> La Comisión utilizó también este valor crítico para demostrar posición dominante en el caso Michelin de 2001.<sup>33</sup>

En el otro extremo del rango de valores, se hallarían las situaciones en las que la cuota de la empresa líder sería demasiado pequeña como para concluir una posición de dominio. Según lo establecido por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso “Metro vs. Comisión”,<sup>34</sup> una cuota de menos del 10% excluiría la posibilidad de que exista una posición dominante, salvo circunstancias excepcionales. Más aún, centrándonos en la jurisprudencia de los Tribunales Europeos, no existe ningún precedente donde una empresa con una cuota de mercado por debajo del 40% haya sido declarada dominante.<sup>35</sup>

En resumen, la jurisprudencia que emana de las autoridades europeas de la competencia parece establecer una escala que pondera la trascendencia de la cuota de mercado de la empresa afectada, como base para presumir su dominancia, en función de los valores que esta pudiese alcanzar. Así, una empresa que ostentase

<sup>29</sup> Ibid. Nota 22.

<sup>30</sup> Caso T-30/89, Hilti vs. Comisión (1991), ECR II-1439. Véase también el caso COMP/E-1/38.113 Prokent/Tomra (2006).

<sup>31</sup> Caso 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV vs. Comisión, (1978) ECR 207. Puede consultarse también el caso 88/589 London European vs. Sabena (1988), O J L 317/47, para la aplicación de un criterio similar para deducir dominancia.

<sup>32</sup> Caso C-62/86 AKZO Chemie BV vs. Comisión (1993), ECR I-3359, 3 CMLR 215.

<sup>33</sup> Caso COMP/E-2/36.041/PO Michelin (2002), O J L 143/1. Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso T-203/01 Manufacture française des Pneumatiques Michelin vs. Comisión (2003).

<sup>34</sup> Caso 75/84 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG vs. Comisión (1986), ECR 3021.

<sup>35</sup> El caso “Virgin vs. British Airways” constituye una excepción puesto que, aunque la empresa British Airways poseía una cuota ligeramente inferior al 40%, la presión competitiva de sus rivales era lo suficientemente reducida como para determinar dominancia. Caso IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways (2000), O J L 30/1.

cuotas del 70% o superiores ocupa con casi total seguridad una posición dominante; una cuota comprendida entre el 50 y 70% constituiría, salvo circunstancias excepcionales, un indicio claro de dominancia; una cuota entre el 40 y 50% requeriría pruebas adicionales para concluir dominancia; por último, una cuota por debajo del 40% muy probablemente no serviría para suponer una posición de dominio, a no ser que se aportaran evidencias suficientemente probatorias de lo contrario.

Estos valores se incluyeron en las directrices publicadas por la Comisión para la Regulación de fusiones (European Council 2004b), donde se especifica que cuotas muy grandes de mercado, del 50% o más, pueden ser por sí mismas evidencia de la existencia de una posición dominante. Además, la Comisión indica que, en varios casos, fusiones que resultaran en empresas que ostenten entre el 40% y el 50%, y en algunos casos por debajo del 40%, se ha considerado que conducen a la creación o el fortalecimiento de una posición dominante.

Posteriormente, la Comisión publicó en el año 2005 el “Discussion Paper sobre la aplicación del artículo 82 a los abusos de exclusión” mediante el cual se pretendía sentar las bases para la posterior elaboración de las directrices y ofrecer información sobre los principios que regían en ese momento a ese respecto. Específicamente, en dicho documento se expone que el mantenimiento durante un cierto tiempo de cuotas que alcanzaran valores iguales o superiores al 50% sería un indicador de posición dominante, siempre que sus competidores tuviesen cuotas mucho menores. Asimismo, establece que cuando la empresa investigada tuviese una cuota entre el 40 y el 50% sería más probable que se declarara dominancia que por debajo del 40%, aunque no implica que no pueda llegarse a esta misma conclusión para cuotas menores del 40%. Se señala, finalmente, que empresas que posean cuotas que no superen el 25% del mercado es muy probable que no ocupen una posición dominante (European Commission, 2005).<sup>36</sup>

Este “Discussion Paper” fue objeto de numerosas críticas que pusieron de manifiesto ciertas debilidades argumentales en su redacción, así como la confusión introducida en algunas partes del texto, con afirmaciones que se prestaban a interpretaciones discutibles por carecer de una base sólida que las respaldara. Concretamente, resumiendo algunos de los problemas constatados, se pueden enumerar una serie de objeciones referentes a lo establecido en dicho documento sobre el uso de la cuota de mercado de la empresa líder como indicador de posición dominante:

- i) Aunque a lo largo del texto se hacen observaciones que corregirían este enfoque, el documento otorga una importancia excesiva a las cuotas de mercado

<sup>36</sup> Todos estos valores parecen reproducir los principios fijados en la Regulación de fusiones y en las directrices para su aplicación (European Council, 2004a, 2004b). En concreto, en dicha Regulación se fija un nivel máximo del 25% para la cuota de mercado combinada de las empresas que se van a fusionar para asumir que la fusión no obstaculizará o dañará la competencia efectiva.

para evaluar el poder de mercado. Incluso, en ciertas partes parece reconocerse en la posesión de una elevada cuota de mercado una condición suficiente para la existencia de dominancia. Sin embargo, en términos económicos, una cuota de mercado alta sólo debería interpretarse como una condición necesaria para declarar un poder de mercado significativo por lo que, por sí solas, nunca implicarían dominancia (Vickers, 2006, 2007).

- ii) Mientras que el Tribunal de Justicia Europeo condiciona la validez probatoria de dominancia de una cuota de mercado del 50% a la ausencia de circunstancias excepcionales, el documento limita esas circunstancias a las cuotas de mercado de los competidores como indicadores de la presión competitiva. Además, se acredita un uso equívoco e inapropiado al citar e interpretar las sentencias de los Tribunales de Justicia o el Reglamento sobre el control de concentraciones para justificar los criterios adoptados (Monti, 2006).
- iii) La ambigüedad existente en el apartado relativo a las situaciones en las que una determinada cuota podría llevar a concluir dominancia conduciría, por ejemplo, a interpretar que con una cuota entre el 35 y 40% se pueda resolver una posición de dominio. Solo para aquellas cuotas por debajo del 25% se afirma que es muy improbable que se declare dominancia, pero no se excluye esa posibilidad. Según Monti (2006), con esta última salvedad, la Comisión estaría intentando reservarse el derecho a investigar mercados donde la diferenciación de producto permite ejercer poder de mercado, incluso con cuotas de mercado muy bajas. En cualquier caso, esta redacción sólo contribuye a generar un escenario de incertidumbre e indefensión para las empresas, al no aclarar completamente qué criterios guían el comportamiento de la Comisión en la aplicación del artículo 82.

Vickers (2006) opina que habría sido preferible que la Comisión estableciera que es más probable que se concluya dominancia por encima del 50% que por debajo, y que no es probable para valores por debajo del 40%. Teniendo presente la posibilidad de arbitrariedades en la definición de mercado, esta postura indicaría una especie de región de salvaguarda, en lo que se refiere al comportamiento individual, para empresas que, en caso contrario, podrían abstenerse de desarrollar todo su potencial competitivo, en detrimento de los consumidores, por miedo a verse enfrentadas a las autoridades de la competencia europeas.

Las críticas recibidas han motivado que la Comisión, tras un importante periodo de reflexión, publique en 2009 las "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes". Este nuevo documento contiene los principios rectores de la Comisión para la aplicación del artículo 82 a la conducta excluyente de las empresas dominantes. Con su publicación se pretende contribuir al proceso de introducción de un enfoque con base económica en la aplicación de la Ley europea de la competencia y lograr que el sistema general

de análisis, utilizado por la Comisión para determinar si son perseguibles ciertos comportamientos excluyentes, sea más claro y previsible. De esta forma, se proporciona mayor información que ayudará a reducir la incertidumbre que pudiesen soportar las empresas acerca de qué comportamientos serían más probables de provocar la intervención de la Comisión en virtud del artículo 82.

Estas directrices han tenido en cuenta las objeciones y sugerencias recibidas en lo referente a la fijación de los umbrales de referencia para presumir dominancia. De hecho, en la actual redacción de los principios que deben guiar la evaluación de dominancia únicamente se especifica ahora una región de salvaguarda para valores de la cuota de mercado por debajo del 40%, aunque puede ser también refutable. Se evita así la confusión generada por los distintos umbrales de referencia aparecidos en el documento de trabajo de 2005. Además, se observa un esfuerzo por rebajar la importancia que debe asignarse a los niveles que alcance la cuota de mercado para deducir una posición de dominio, justificando mediante la expresión “experiencia de la Comisión” algunas afirmaciones.

Más concretamente, en estas directrices la Comisión considera que cuotas de mercado bajas generalmente constituyen un buen indicador de la ausencia de un poder de mercado significativo. De acuerdo con la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominancia si la cuota de mercado de la empresa en el mercado relevante está por debajo del 40%. No obstante, se añade que pueden existir casos concretos en los que la cuota se encuentre por debajo de este umbral y merezcan la atención de la Comisión, porque los competidores no estén en posición de restringir efectivamente la conducta de una empresa dominante, por ejemplo debido a que se enfrenten a importantes limitaciones de capacidad.

Esta nueva redacción reproduce fundamentalmente el enfoque adoptado en el Reino Unido por la Office of Fair Trading (OFT) en las directrices para evaluar el abuso de posición dominante y el poder de mercado (OFT, 2004a, 2004b). Así, conociendo el criterio aplicado por el Tribunal de Justicia Europeo de presumir dominancia para cuotas persistentemente por encima del 50 %, la OFT considera que es improbable que una empresa sea dominante si su cuota en el mercado de referencia está por debajo del 40%, aunque la dominancia se podría establecer por debajo de esta cuantía si otros factores importantes (tales como la débil posición de los competidores en el mercado y las elevadas barreras a la entrada) proporcionaran una sólida evidencia de dominancia.

En el caso de España, el enfoque de la autoridad de la competencia, previo a la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, no contemplaba el uso de umbrales de cuota de mercado para el establecimiento de presunción o regiones de salvaguarda en el concepto de dominancia. La principal razón para no utilizar esos umbrales, argumentada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el informe elaborado por el International Competition Network, era evitar que se asignase excesivo peso al criterio de la cuota de mercado (International Competition Network, 2007). La Ley 15/2007, sin embargo, introduce el criterio de la cuota de mercado en la aplicación de la cláusula de conductas de

menor importancia. Según esta cláusula, no se aplicaría la prohibición de abuso de posición dominante a aquellos comportamientos que, por su escasa relevancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. La delimitación de las conductas de menor importancia atendiendo al indicador de cuota de mercado, desarrollada en el Reglamento de Defensa de la Competencia RD 261/2008, no permite aclarar si el umbral del 10% fijado para comportamientos bilaterales es aplicable también a conductas unilaterales. Si así fuera, es muy probable que esta cláusula tuviese escasa importancia para juzgar situaciones de abuso de posición de dominio. Basándonos en la jurisprudencia comunitaria, salvo casos excepcionales, cuotas de mercado inferiores al 10% desecharían la posibilidad de encontrar posición dominante.<sup>37</sup> Dado que la dominancia es condición necesaria para juzgar una conducta de abuso, en la inmensa mayoría de situaciones donde la empresa líder poseyese una cuota por debajo del 10%, no habría necesidad de esgrimir esta cláusula para declarar un comportamiento abusivo exento de prohibición. En cualquier caso, tal como expone Pellisé (2008), la serie de interrogantes que presenta la aplicación de este criterio para declarar *de minimis* conductas abusivas, impide conocer con certeza el alcance de esta cláusula.

Continuando con lo establecido en otras jurisdicciones, los Tribunales de Estados Unidos parecen establecer niveles de referencia más altos en las cuotas de mercado para determinar que una empresa ocupa una posición dominante. Así, frecuentemente se cita la declaración hecha por el Juez Learned Hand en el caso “US vs. Aluminum Co. of America (Alcoa)” de 1945,<sup>38</sup> según la cual se establecía que era suficiente una cuota de mercado mayor del 90% para concluir una posición de monopolio, mientras que resultaría dudoso establecer esta posición cuando alcanzara el 60 o 64% y, definitivamente, no sería suficiente si la cuota fuese del 33%. Aparte de la declaración del Juez Hand, el Tribunal Supremo nunca ha indicado cuán grande tiene que ser la cuota de mercado para que se considere que existe poder de mercado significativo o de monopolio. No obstante, a partir de la jurisprudencia existente, se puede deducir que la cuota mínima para determinar la existencia de poder de monopolio se encontraría entre el 70 y el 80%.<sup>39</sup>

También en lo referente a la cuota de mercado máxima, para conocer cuando los Tribunales no considerarían suficiente estimar que la empresa demandada posee poder de monopolio, hay que recurrir a lo establecido en las distintas sentencias. Así, en el caso “Times-Picayune Pub. Co. vs. US”,<sup>40</sup> se determinó que una empresa con un 40% de cuota de mercado no poseía poder de monopolio. Posteriormente en 1984, el Tribunal Supremo en el caso “Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 vs. Hyde” mantuvo que una cuota de mercado del 30% era demasiado baja para

<sup>37</sup> Ibid. Nota 34.

<sup>38</sup> Caso U.S. vs. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (1945).

<sup>39</sup> Casos Exxon Corp. vs. Berwick Bay Real Estates Partners, 748 F.2d 937, 940 (1984); Colorado Interstate Gas Co. vs. Natural Gas Pipeline Co. of America, 885 F.2d 683, 694 n.18 (1989); United States vs. Dentsply International, Inc., 399 F.3d 181, 187 (2005).

<sup>40</sup> Caso Times Picayune Pub. Co. vs. US, 345 us 594, 73 S. Ct. 872 (1953).

establecer la existencia de poder de monopolio.<sup>41</sup> Más recientemente, se ha defendido por distintos tribunales de circuitos judiciales que una cuota de mercado del 50%, o inferior a este nivel, es insuficiente desde el punto de vista legal para inferir poder de monopolio.<sup>42</sup> De hecho, no existe constancia de que algún tribunal haya resuelto que la empresa demandada poseía poder de monopolio cuando su cuota de mercado se encontraba por debajo del 50%.

Respecto a la conveniencia de establecer explícitamente una región de salvaguardia en los casos donde se aplica la Sección 2 de la Ley de Sherman, el Departamento de Justicia de Estados Unidos en su informe publicado en septiembre de 2008, titulado “Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act”, opinaba que una cuota de mercado que constituyera un umbral de salvaguardia para el poder de monopolio merece una seria consideración por parte de los tribunales. Reconocía que, en muchas décadas de aplicación de la Sección 2, ningún tribunal ha hallado poder de monopolio cuando la cuota de mercado del demandado fue inferior al cincuenta por ciento, indicando que los casos de poder de monopolio en los que la cuota estuviese por debajo de ese porcentaje, aunque teóricamente posibles, son extremadamente raros en la práctica. Por lo tanto, era admisible que los costes de la búsqueda de esos casos superaran los beneficios (U.S. Department of Justice, 2008). Sin embargo, la vigencia y validez de las opiniones contenidas en este informe ha sido bastante fugaz.

El 11 de mayo de 2009, la ayudante del Fiscal General a cargo del Departamento de la División Antimonopolio, anunció que el Departamento retiraba, con efecto inmediato, el informe. De manera que, a partir de ese momento, no formaría parte de la política del Departamento de Justicia. La ayudante del Fiscal expresó que el informe planteaba demasiados inconvenientes a la aplicación de la normativa antimonopolio del Gobierno y fomentaba una cautela extrema y el desarrollo de regiones de salvaguardia para ciertos comportamientos incluidos en la Sección 2.

Según la ayudante, esta retirada es un cambio en la filosofía, y la forma más clara de hacer saber a todo el mundo que la División Antimonopolio perseguirá agresivamente aquellos casos donde los monopolistas traten de utilizar su posición dominante en el mercado, para frenar la competencia y perjudicar a los consumidores. Establece, además, que la División volverá a la jurisprudencia digna de confianza y al precedente del Tribunal Supremo, en su tarea de hacer cumplir las leyes antimonopolio (U.S. Department of Justice, 2009). Por tanto, esta comunicación se puede interpretar como un endurecimiento de la postura norteamericana hacia los comportamientos abusivos de empresas dominantes y un cierto alejamiento de los criterios generales que introducen las directrices de la Comisión Europea para el análisis de la dominancia.

<sup>41</sup> Caso Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 vs. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

<sup>42</sup> Casos Blue Cross & Blue Shield United of Wisc. vs. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406, 1411 (1995); Bailey vs. Allgas, Inc., 284 F.3d 1237, 1250 (2002).

Para terminar este apartado, conviene destacar que, desde el punto de vista económico, no existe ninguna teoría que establezca unos determinados umbrales, para la cuota de mercado de la empresa investigada, a partir de los cuales bien se concluiría que una empresa posee un poder de mercado significativo, o bien se juzgaría insuficiente su nivel para probarlo. Por tanto, aunque el valor crítico que sirve para resolver o excluir la situación de dominancia pueda ser diferente dependiendo de la jurisdicción considerada, no cabe la posibilidad de pronunciarse sobre cuál se ajustaría mejor al fin perseguido.

### 3.2. CUOTAS DE MERCADO DE LAS EMPRESAS COMPETIDORAS

Las autoridades de la competencia analizan, frecuentemente, la relación existente entre la cuota de mercado de la empresa que se investiga su posición de dominio con las que poseen sus empresas rivales. En concreto, se suele comparar la cuota de la empresa líder con la que ostentan sus inmediatos competidores en términos de cuota,<sup>43</sup> así como con el valor que resulta de agregar o combinar las cuotas de todos o algunos de los rivales de esa empresa.<sup>44</sup> La existencia de una gran diferencia entre esos valores puede considerarse una evidencia adicional de posición de dominio. En el caso “France Télécom SA vs. Commission”,<sup>45</sup> el Tribunal de Primera Instancia consideró que la empresa investigada tenía un número de abonados más de ocho veces superior al de los abonados de su competidor principal, lo que reforzaba su posición en el mercado. Según el Tribunal, de acuerdo con la jurisprudencia, la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores constituye un indicio válido de posición dominante. En “Virgin vs. British Airways”, la empresa British Airways fue declarada dominante con una cuota del 39’7 % de las ventas en el Reino Unido realizadas a través de agencias de viajes, puesto que el mercado se encontraba muy fragmentado y su principal rival (Virgin) sólo poseía el 5 %, además la Comisión señalaba que en 1998 la cuota de British Airways era 2,2 veces la cuota combinada de sus cuatro mayores rivales.<sup>46</sup>

Siguiendo este principio, cuando los competidores posean cuotas de mercado importantes, la existencia de una elevada cuota para la empresa líder investigada puede no ser una prueba suficiente para inferir una posición de dominio. En el caso *Metaleurop SA*,<sup>47</sup> la Comisión estableció que la empresa afectada, aunque poseía

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, los casos 88/589 *London European vs. Sabena*, (1988) OJ L 317/47, IV/31043 - *Tetra Pak II*, (1991) OJ L 72.

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, los casos IV/D-2/34.780 *Virgin/British Airways* (2000) O J L 30/1 y T-219/99 *British Airways plc vs. Commission*, (2003) ECR II-5917.

<sup>45</sup> Caso T-340/03 *France Télécom SA vs. Commission* (2007).

<sup>46</sup> *Ibid.* Nota 35.

<sup>47</sup> Caso IV/32.846 *Metaleurop SA* (1990).

cuotas de mercado de aproximadamente el 20 y 30% en los mercados de referencia, no parecía que supusiera un obstáculo para la competencia efectiva, debido fundamentalmente a la presencia de otros productores importantes, así como a una sostenida y significativa corriente de importaciones en estos mercados.

En un reciente trabajo teórico, Melnik, Shy y Stenbacka (2008) ofrecen una formalización analítica del umbral mínimo de la cuota de mercado a partir del cual la empresa con mayor cuota del mercado se diría que es dominante. Este umbral se define como

$$s^D = (1/2) \cdot (1 - \gamma \cdot (s_1^2 - s_2^2))$$

donde  $s_1$  y  $s_2$  son las cuotas de las empresas que ocuparían el primer y segundo lugar, respectivamente, en términos de cuota de mercado.<sup>48</sup> El parámetro  $\gamma$  podría representar, entre otros factores importantes, las facilidades de entrada en el mercado<sup>49</sup> o el poder de negociación de los clientes<sup>50</sup> de la empresa investigada, caracterizando las condiciones particulares del mercado de referencia. Esta medida de dominancia otorga un papel decisivo a la presión competitiva ejercida por la segunda empresa más importante, en términos de cuota de mercado, sobre la primera empresa presuntamente dominante.

Melnik, Shy y Stenbacka destacan que una de las ventajas que posee su definición del valor crítico de dominancia es la escasa información necesaria para su cálculo. No obstante, si el objetivo es intentar representar los criterios que guían la evaluación de la posición dominante, mediante una medida que combine todos aquellos factores empleados por las autoridades, la presión competitiva desempeñada por las empresas rivales no debería limitarse únicamente a la que ejerce la segunda empresa más importante. En algunos casos, puede que no sea suficiente considerar sólo al principal competidor para estimar la restricción competitiva que se impone a la empresa líder. Para ilustrar este hecho, supongamos un mercado 1 donde existe una empresa líder con una cuota del 50% y una segunda empresa que posee una cuota del 20%, estando el resto del mercado muy fragmentado formado por empresas con cuotas poco significativas. Ahora, pensemos en otro mercado 2 en el que la empresa líder posee también una cuota del 50%, pero existen otras dos empresas competidoras cuyas cuotas son relativamente mayores que las del

<sup>48</sup> Las cuotas de mercado están expresadas en tanto por uno.

<sup>49</sup> La posibilidad de que incrementos en los precios induzcan la entrada de nuevos competidores en el mercado puede constituir una importante restricción sobre el comportamiento competitivo de las empresas establecidas. En definitiva, tan importante es la restricción impuesta por los competidores actuales como aquella que se deriva de potenciales rivales que, atraídos por las expectativas de obtener beneficios, decidirían entrar en el mercado.

<sup>50</sup> Si los clientes de una empresa disfrutan de poder de mercado como compradores, su comportamiento puede reducir e incluso eliminar la capacidad de esa empresa para fijar precios por encima de niveles competitivos. Noll (2005) destaca que la capacidad de una empresa para fijar precios elevados depende del grado de concentración de los compradores. De este modo, cuanto mayor sea el número y dispersión de los consumidores o compradores de una empresa, más fácil será que ejerza poder de mercado.

resto, en concreto, con valores que ascienden al 20% y 15%, respectivamente. En principio, parece que el parámetro no debería ser diferente en cada mercado. El problema es que, dado un  $\gamma$ , la definición del umbral crítico para declarar posición dominante asignaría el mismo valor en ambos mercados. En realidad, es mucho más probable que el comportamiento de la empresa líder se viese más restringido en el mercado 2.

Estos autores señalan también que las medidas habituales de concentración pueden no captar las ventajas en términos de cuota de mercado de la primera empresa y, por tanto, su potencial posición dominante. Para evidenciar esta afirmación comparan los valores que alcanza su medida de dominancia con los obtenidos del cálculo de la ratio de concentración  $C_4$  y del índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) en dos ejemplos que se ilustran en el Cuadro 2.<sup>51</sup>

**Cuadro 2. Comparación de distintas medidas utilizadas para inferir dominancia**

Mercado	Empresas integrantes del mercado y cuotas					Medidas de concentración		Medida de dominancia		
	1	2	3	4	5	$C_4$	IHH	$s^D(\gamma=1/2)$	$s^D(\gamma=1)$	$s^D(\gamma=2)$
A	25%	25%	25%	25%	—	100	2500	50%	50%	50%
B	40%	15%	15%	15%	15%	85	2500	47%	43%	36%

Fuente: Melnik, Shy y Stenbacka (2008).

En el mercado A no habría ninguna empresa susceptible de ser dominante, ya que todas poseen la misma cuota de mercado. Por el contrario, el mercado B se caracteriza por la existencia de una empresa cuya cuota de mercado es más del doble que la del resto. Atendiendo a la medida de dominancia, evaluada para distintos niveles del parámetro  $\gamma$ , la cuota de mercado mínima que supondría la catalogación de dominante es mucho menor en el caso del mercado B que en el A. Contrastando con este resultado, la ratio de concentración  $C_4$  es mayor en el mercado A, y respecto al IHH no se observa ninguna diferencia entre mercados.

Hay que aceptar que las medidas de concentración aportan una información limitada para la evaluación del poder de mercado individual. Así, el IHH únicamente guarda una relación directa con el nivel agregado del poder de mercado, es decir, el punto en el cual las empresas en la industria pueden en media subir

<sup>51</sup> Ambas medidas de concentración se aplican habitualmente en el control de fusiones por parte de las autoridades de la competencia. La ratio de concentración  $C_4$  se define como la suma de las cuotas de las cuatro mayores empresas, mientras que el IHH es la suma de todas y cada una de las cuotas de las empresas que integran el mercado relevante elevadas al cuadrado.

los precios por encima de sus costes marginales, *ceteris paribus* (Dansby y Willig, 1979). De esta forma, sus valores serían importantes para adoptar una determinada decisión en el análisis de fusiones. No obstante, esto no significa que las medidas de concentración no proporcionen ninguna información útil para deducir una posible posición dominante como parece concluirse de los ejemplos anteriores.

De hecho, esta conclusión dista de ser completamente correcta si se tienen en cuenta las siguientes puntualizaciones. Primero, la ratio de concentración es por definición una medida discreta de concentración industrial. En otras palabras, en su cálculo se considera sólo una parte de las empresas existentes en un mercado. Por tanto, dado que el mercado A lo componen cuatro empresas, una ratio más acorde con esta circunstancia sería la  $C_2$ , nunca la  $C_4$ , en cuyo caso llegaríamos a la conclusión acertada de que el mercado B está más concentrado,  $C_2^B > C_2^A$ . Segundo, el cálculo del IHH se realiza para mercados con un número de empresas distinto y, por consiguiente, sus valores no son comparables. De hecho, la definición del IHH se puede descomponer en una parte que representa el número de empresas (que denotaremos por  $n$ ) y otra que refleja la varianza de las cuotas de mercado (denotada por  $\sigma^2$ ):

$$\text{IHH} = (10.000 / n) + n \sigma^2$$

En el mercado A, como todas las empresas son iguales en términos de tamaño o cuota de mercado, la varianza es cero ( $\sigma^2 = 0$ ) y el IHH alcanza el valor 2.500 ( $10.000/4$ ). En el mercado B, la varianza es 100 por lo que, sustituyendo en la expresión para  $n = 5$ , la cuantía del IHH es también 2.500 aunque, evidentemente, por razones diferentes. Dado un determinado número de empresas, el IHH aumenta con la varianza de las cuotas de mercado (*ceteris paribus*) y, por lo tanto, es una medida que tiene en cuenta la distribución del tamaño de las empresas. El valor con el que se podría comparar el resultado del IHH en el mercado B sería el IHH que correspondería a una situación hipotética de cinco empresas de igual tamaño, es decir,  $\text{IHH} = 10.000/5 = 2.000$ . Desde esta perspectiva, resulta claro que el mercado B está más concentrado. Otra posibilidad es interpretar el IHH como la inversa del número de empresas de igual tamaño que darían lugar a un valor del índice de concentración idéntico (Adelman, 1969). Si  $\text{IHH} = 2.500$ , esto equivale a lo que tiene lugar en el mercado A con cuatro empresas, luego si obtenemos el mismo valor en un mercado con cinco empresas, esto únicamente se puede deber a la existencia de una mayor varianza y, por tanto, una mayor concentración. En consecuencia, estas medidas de concentración estarían aportando información útil para comprender la situación de la competencia en cada mercado.

La validez de las cuotas que poseen los competidores de la empresa investigada, como pruebas adicionales para reforzar o debilitar la presunción de dominancia, está sujeta a una serie de circunstancias que pueden afectar la utilidad de las conclusiones que se deriven de su estudio. Como señalan O'Donoghue y Padilla (2006), las posibles restricciones en la capacidad productiva de las empresas, así

como los costes irre recuperables necesarios para aumentar su nivel de producción, también pueden considerarse fundamentales a la hora de evaluar la probabilidad con la que los rivales podrían restringir el supuesto poder de mercado que posee la empresa investigada. Más específicamente, si las empresas rivales pueden aumentar rápidamente su capacidad sin soportar excesivos costes, es mucho más probable que reaccionen a un incremento de precios de otra empresa ofreciendo un precio más bajo para aumentar sus ventas, reduciendo los incentivos a que ese incremento finalmente tenga lugar. Por tanto, un exceso de capacidad productiva en las empresas competidoras significaría que éstas podrán incrementar su producción más fácilmente, lo que limitará las posibilidades de la supuesta empresa dominante para ejercer un poder de mercado significativo.<sup>52</sup>

Elhauge y Geradin (2007) destacan también que a la hora de evaluar la presión competitiva que ejercen las empresas competidoras debe tenerse en cuenta el grado de sustituibilidad de sus productos respecto al producto que ofrece la empresa supuestamente dominante. Así, en mercados donde coexistieran productos de marcas de reconocido prestigio con otros productos de marcas de ocasión, las cuotas de mercado pueden no explicar completamente la presión competitiva de algunos rivales sobre la empresa líder de mercado. De hecho, es muy posible que, tal como ocurría en el caso “Nestlé/Perrier”, las cuotas de las empresas con marcas reconocidas puedan ser muy diferentes si se miden en términos de unidades físicas vendidas o considerando el valor de esas ventas, ya que la imagen de marca estaría permitiendo fijar precios mucho más altos para esos productos.<sup>53</sup> Existen muchos mercados que podrían encontrarse en esta situación, entre ellos cabe destacar el mercado de productos farmacéuticos de marca y su respectivos genéricos que ha recibido últimamente especial atención por parte de la Comisión, como demuestra la publicación del informe preliminar de la investigación del sector farmacéutico (European Commission, 2008).

En resumen, la utilización tanto de la cuota de la empresa líder investigada como de sus competidores para inferir una posición de dominio implica haber tenido un especial cuidado en la etapa inicial de definición del mercado relevante, puesto que cuanto más ajustada sea ésta, más representativas de la competencia real de mercado serán esas cuotas. Asimismo, la medición o asignación de las cuotas de mercado debería ser el resultado de un examen detallado de las condiciones de mercado que incluya, entre otros, un estudio de la sustituibilidad entre productos, la capacidad y recursos que poseen las empresas, o un análisis histórico de la participación de las empresas en el mercado. Actuando de esta manera, es más probable que se interpreten correctamente los valores de las cuotas de mercado.

<sup>52</sup> Este aspecto fue puesto de manifiesto por la Tribunal Europeo de Justicia en el caso “Hoffmann-La Roche & Co. vs. Commission” (1979). Ibid. Nota 22. Puede consultarse también los casos COMP/39.388 German Electricity Wholesale Market y COMP/39389 General Electricity Balancing Market (2008), donde la Comisión destacó que la existencia de un exceso de capacidad permite a sus tenedores comportarse más independientemente que otros rivales que tuviesen una menor capacidad.

<sup>53</sup> Ibid. Nota 18.

#### 4. CONCLUSIONES

Los orígenes y consecuencias de la crisis económica actual han generado un clima de desconfianza general sobre los resultados del funcionamiento libre de los mercados, poniendo de manifiesto la necesidad de un mayor control de las conductas empresariales por parte de las autoridades de la competencia. Esto ha significado que en Estados Unidos se inicie un profundo proceso de reformas del marco regulatorio que lleva consigo un endurecimiento de su política. En lo que respecta a la Unión Europea, se ha continuado avanzando en el proceso de modernización de su política de la competencia, iniciado hace una década, y se buscan nuevos mecanismos que garanticen la competencia efectiva en los mercados, mediante la rápida ejecución de las decisiones adoptadas por la Comisión.

Paralelamente, la investigación económica ha proporcionado nuevas teorías e instrumentos cuya motivación principal ha sido responder a alguna de las dificultades o limitaciones que se pueden presentar en la aplicación de la política de la competencia. Así lo demuestran los últimos artículos aparecidos en distintas revistas científicas, en los que, por ejemplo, se discuten enfoques alternativos en la evaluación de la dominancia individual (Weisman, 2007; Melnik, Shy y Stenbacka, 2008; Tardiff y Weisman, 2009).

En este contexto, la reciente publicación de documentos y comunicaciones oficiales, que contendrían los criterios generales en la aplicación de las leyes de la competencia a comportamientos de abuso de la posición dominante, en el caso de la Unión Europea, o a conductas de monopolización, en el caso de Estados Unidos, no ha estado exenta de polémica. Las críticas recibidas han provocado que, en unas ocasiones, se haya necesitado una profunda revisión de su línea argumental inicial (European Commission, 2005, 2009) y en otras, incluso, su retirada inmediata (U.S. Department of Justice, 2008, 2009).

Una de las cuestiones que originalmente ha generado mayor controversia ha sido el establecimiento de umbrales críticos basados en la cuota de mercado de una empresa, que contribuirían a resolver la presunción de dominancia o a la creación de regiones de salvaguardia. Fundamentalmente, el criterio seguido ha sido recurrir a lo sostenido por la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia para delimitar los valores que señalarían una situación u otra. Sin embargo, el principal inconveniente del que adolece este criterio es pretender generalizar, a partir de las conclusiones obtenidas en diferentes casos legales particulares, y basándose exclusivamente en la mera consideración del valor de la cuota de mercado, el procedimiento a seguir para decidir sobre la posición dominante de una empresa, de conformidad con el intervalo de valores al que pertenezca su cuota. Además, cuando estas directrices revelan una falta de consenso con las posturas defendidas por otras instituciones y colectivos, sólo cabe reflexionar sobre su adecuación a los objetivos perseguidos con su introducción.

Si no se tienen en cuenta estas observaciones, es muy probable que se provoque el efecto contrario al deseado con su aplicación, es decir, un aumento de la incer-

tidumbre, soportada por las empresas, respecto a la posibilidad de ser objeto de intervención por parte de las autoridades de la competencia. Esta incertidumbre conllevará que muchas empresas, por temor a esa intervención, reduzcan la intensidad con la que compiten en el mercado, lo que iría en contra del interés de los consumidores.

En definitiva, habría que evitar la excesiva intervención que ocasionaría una evaluación de la dominancia individual basada únicamente en los valores que alcancen las cuotas de mercado. De hecho, el riesgo que se corre es el de confiar excesivamente en la información facilitada por esas cuotas, cuya validez dependerá esencialmente de lo acertada que haya sido la definición del mercado de referencia, y olvidar las evidencias que se desprenden de otros factores, igualmente relevantes para una correcta medición del poder de mercado, como pueden ser la facilidad de entrada de nuevas empresas o el poder de negociación por el lado de la demanda. No obstante, en determinadas circunstancias, los valores de las cuotas de mercado pueden constituir uno de los indicios que permitan reducir los trámites administrativos y facilitar el rápido desarrollo de los procesos, con el consiguiente ahorro de recursos.

## REFERENCIAS

- Adelman, M. A. (1969), "Comment on the "H" Concentration Measure as a Numbers-Equivalent", *Review of Economics and Statistics*, vol. 51, pp. 99-101.
- Ahlborn, C. y Evans, D. S. (2009), "The Microsoft Judgment and Its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe", *Antitrust Law Journal*, vol. 75, pp. 887-932.
- Baker, J. y Bresnahan, T. F. (1992), "Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power", *Antitrust Law Journal*, vol. 61, pp. 3-16.
- (2008), "Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power", en Paolo Buccirossi ed., *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press.
- Bresnahan, T. F. (1981), "Duopoly Models with Consistent Conjectures", *American Economic Review*, vol. 71, pp. 934-45.
- Calvani, T. y Fingleton, J. (2008), "Dominance: a comparative economic and legal analysis", en *Issues in Competition Law and Policy*, vol. 2, ABA Section of Antitrust Law, pp. 845-870.
- Comunidad Europea (2002), "Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)", OJ L108/33, 24.4.2002.
- Dansby, E. y Willig, R. (1979), "Industry Performance Gradient Indexes", *American Economic Review*, vol. 69, pp. 249-260.

- Eilmansberger, T. (2006), "Dominance-The Lost Child? How Effects-Based Rules Could and Should Change Dominance Analysis", *European Competition Journal*, vol. 15, pp 15-29.
- Elhaage, E. R. y Geradin, D. (2007), *Global Antitrust Law and Economics*, Hart Publishing.
- Encaoua, D. y Jacquemin, A. (1980), "Degree of Monopoly, Indices of Concentration and Threat of Entry", *International Economic Review*, vol. 21, pp. 87-105.
- European Commission (2002), "Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services", OJ C 165/6, 11.7.2002.
- (2005), "Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", DG Competition.
- (2008), "Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report", DG Competition Staff Working Paper.
- (2009), "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes", Official Journal of the European Union, 2009/C 45/02.
- European Council (2004a), Reglamento comunitario de concentraciones, Reglamento nº 139/2004 del Consejo.
- (2004b), Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, Official Journal: 2004/C 31/03.
- Geradin, D., Petit, N., Walker, M., Hofer, P. y Louis, F. (2005), "The Concept of Dominance in EC Competition Law", *Global Competition Policy*, August.
- International Competition Network (2007), "Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies", The Unilateral Conduct Working Group, 6th Annual Conference of the ICN, Moscow.
- Landes, W. M. y Posner, R. A. (1981), "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review*, vol. 94, pp. 937-996.
- Lerner, A. P. (1934), "The concept of monopoly and the measurement of monopoly power", *Review of Economic Studies*, vol. 1, pp.157-175.
- Kaplow, L. (1982), "The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative", *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 1817-1848.
- Kovacic, W. E. (2008), "Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?", *Competition Law International*, vol. 4, pp. 8-18.

- Kroes, N. (2005), "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23<sup>rd</sup> September 2005, Speech/05/537.
- (2008), "The European Commission's enforcement priorities as regards exclusionary abuses of dominance – current thinking", *Competition Law International*, vol. 4, pp. 4-7.
- Melnik, A., Shy, O. y Stenbacka, R. (2008), "Assessing market dominance", *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 68, pp. 63-72.
- Monti, G. (2006), "The concept of dominance in Article 82", *European Competition Journal*, vol. 2, pp. 31-52.
- Noll, R. G. (2005), "Buyer Power and Economic Policy", *Antitrust Law Journal*, vol. 72, pp. 589-624.
- Pearce-Azevedo, J. y Walker, M. (2002), "Dominance: Meaning and Measurement", *European Competition Law Review*, vol. 23, pp. 363-367.
- O'Donoghue, R. y Padilla, A. J. (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing.
- OFT (2004a), "Abuse of a dominant position", Competition Law Guideline, December 2004.
- (2004b), "Assessment of market power", Competition Law Guideline, December 2004.
- Ordover, J. A., Sykes, A. O. y Willig, R. D. (1982), "Herfindahl Concentration, Rivalry, and Mergers", *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 1857-1874.
- Pellisé, C. (2008), "Las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia" en *Anuario de la Competencia 2007*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- Schmalensee, R. (1982), "Another Look at Market Power", *Harvard Law Review*, vol. 95, pp. 1789-1816.
- Stigler, G. J. (1965), "The Dominant Firm and the Inverted Price Umbrella", *Journal of Law and Economics*, vol. 8, pp. 167-172.
- Tardiff, T. J. y Weisman, D. L. (2009), "The dominant firm revisited", próxima publicación en *Journal of Competition Law and Economics*.
- U.S. Department of Justice (2008), "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act", September, 2008.
- (2009), "Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era", Christine A. Varney, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce, May 12, 2009.
- Utton, M. A. (1995), *Market Dominance and Antitrust Policy*, Edward Elgar.
- Vickers, J. (2006), "Market Power in Competition Cases", *European Competition Journal*, vol. 2, pp. 3-14.

- Vickers, J. (2007), "Some economics of abuse of dominance", Economics Series Working Papers 376, University of Oxford, Department of Economics, próximamente en X. Vives editor, *Competition in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Oxford University Press.
- Weisman, D. L. (2007), "Market power measurement for multimarket dominant firms", *Antitrust Bulletin*, vol. 52, pp. 169-178.
- Werden, G. J. (1998), "Demand Elasticities in Antitrust Analysis", *Antitrust Law Journal*, vol. 66, pp. 363-414.
- (2002), "Assigning Market Shares", *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 67-104.

## LAS FACULTADES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL MARCO DE LAS CONCENTRACIONES DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

RAFAEL CID RICO

Abogado  
Pérez-Llorca

Markets, not politicians, are best placed to allocate resources efficiently. Markets, not politicians, are best placed to identify the companies and technologies of the future. Markets, not politicians, are what at the end of the day will generate the wealth we need to maintain our way of life, based on our shared social and environmental values.<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

El 21 de diciembre de 1989 el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó por primera vez una norma que atribuía de forma específica a la Comisión el control de operaciones de concentración de significativa importancia llevadas a cabo por empresas de distintos Estados miembros. La aprobación de esta nueva norma, el Reglamento (CEE) nº 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de empresas, ponía fin a una larga etapa negociaciones entre los Estados

<sup>1</sup> Comisaria Europea de la Dirección General de Competencia Neelie Kroes en el discurso ofrecido en St Gallen International Competition Law Forum y titulado European competition policy facing a renaissance of protectionism – which strategy for the future? Speech/07/301.

miembros, que cedieron finalmente a la Comisión la competencia exclusiva para decidir sobre las operaciones de concentración de significativa trascendencia en las que estuvieran involucradas empresas de distintos Estados miembros (las llamadas “operaciones de dimensión comunitaria”). Algún sector de la doctrina ha calificado la aprobación de este Reglamento como “la aportación más importante al Derecho de la Competencia europeo desde su nacimiento”<sup>2</sup>.

Los umbrales previstos en el Reglamento 4064/89 originario, que se mantienen con leves modificaciones en el vigente Reglamento 139/2004 de Concentraciones (el RC), pusieron fin a una etapa en la que las concentraciones intracomunitarias podían llegar a ser revisadas por múltiples autoridades de competencia bajo ordenamientos jurídicos distintos, lo que dificultaba y ralentizaba la ejecución de las operaciones. Con ello, el RC contribuyó a reducir significativamente el tiempo necesario para que una operación de concentración superara los controles de varias autoridades nacionales y la inseguridad jurídica que de ello se deriva gracias a la imposición a la Comisión de unos cortos plazos para decidir sobre la compatibilidad de la operación notificada con el ordenamiento comunitario.

El Reglamento 4064/89 impedía así, por primera vez, a los Estados miembros intervenir en operaciones con enorme trascendencia económica en las que participaban sus principales empresas nacionales y que, por tanto, podían tener un impacto significativo en sus territorios.

Sin embargo, el sistema regulado en el RC deja dos ventanas abiertas para la intervención de los Estados en operaciones de dimensión comunitaria. Por una parte, en aplicación del principio de subsidiariedad, la Comisión podrá remitir a un determinado Estado miembro una concentración que afecte significativamente a un mercado definido dentro del mismo para que lleven a cabo el análisis competitivo de la operación. El otro supuesto en el que se permite la intervención de los Estados miembros en las operaciones de dimensión comunitaria está relacionada con la defensa de ciertos intereses generales a nivel nacional. En este caso, la Comisión conserva el monopolio para analizar los aspectos de competencia de la operación, pero el Estado miembro está facultado para adoptar medidas susceptibles de impedir u obstaculizar dicha operación en la medida en que tales medidas estén dirigidas a proteger intereses legítimos distintos de la competencia y siempre que resulten compatibles con los principios generales y otras disposiciones de derecho comunitario.

La indeterminada formulación de esta previsión, que no deja de ser la aplicación en el terreno del control de concentraciones de un principio básico del derecho comunitario, ha sido aprovechada en ocasiones por algunos Estados miembros para oponerse a la ejecución de operaciones de concentración que hacían peligrar la pervivencia de sus “campeones nacionales”. Y ello sobre la base de criterios que,

.....

<sup>2</sup> Gerber, David J. (1998), “Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus”, Clarendon Press, Oxford.

a pesar de ser desaprobados por la Comisión y por el Tribunal de Justicia, han logrado el objetivo de frustrar la adquisición de control de empresas nacionales por parte de empresas extranjeras.

En los próximos apartados analizaremos en detalle el artículo 21.4 RC con el apoyo de la escasa producción jurisprudencial y nos centraremos en las debilidades del sistema y los diversos mecanismos propuestos por la doctrina para hacer frente a dichas debilidades.

## 2. LOS APARTADOS 2 Y 3 DEL ARTÍCULO 21 RC: EL SISTEMA DE VENTANILLA ÚNICA

Los apartados 2 y 3 del artículo 21 RC aplican el sistema vigente de división de competencias entre la Comisión y los Estados miembros en el control de concentraciones. Se trata de un sistema basado en la exclusividad recíproca denominado sistema de “ventanilla única”, en virtud del cual, una vez determinada la dimensión de una operación de concentración conforme a los criterios establecidos en el artículo 2 RC, la operación será analizada por una sola autoridad de competencia: la Comisión si tiene dimensión comunitaria, y las autoridades nacionales de la competencia si la operación es de dimensión nacional<sup>3</sup>.

Al mismo tiempo, el sistema de ventanilla única que permitió a las empresas conocer fácilmente la autoridad competente a la que debían dirigirse y las normas a las que debía someterse la operación. Por último, el sistema suponía un sistema de control basado en los efectos desplegados, lo cual excluía la aplicación de criterios de política nacional en el análisis de las operaciones<sup>4</sup>.

## 3. EL APARTADO 4 DEL ARTÍCULO 21 RC: LA FACULTAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA ADOPTAR MEDIDAS QUE AFECTEN A OPERACIONES DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

Los Estados miembros podrán condicionar o prohibir las concentraciones aprobadas por la Comisión en aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 21 RC para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el RC,

<sup>3</sup> En términos numéricos, la eficiencia del sistema de única ventanilla se traduce en que entre 1990 y septiembre de 2005, 3.574 concentraciones (aproximadamente el 87% de las operaciones notificadas) fueron aprobadas en el plazo de un mes y sólo 189 operaciones requirieron una investigación en profundidad de la operación de conformidad con el artículo 8 del RC. McGowan, Lee. *Reinforcing Europeanization: Assessing the Significance and Impact of the Recast Merger control Regulation*. Queen's papers on Europeanization 03/07, página 8.

<sup>4</sup> Galloway, Jonathan. *EC merger control: does the re-emergence of proteccionism signal the death of the "one stop shop"?* Draft paper to the 3<sup>rd</sup> Annual Summer Conference, 14<sup>th</sup> June 2007. University of West Anglia, Norwich.

siempre que la adopción de las medidas destinadas a la protección de dicho interés sea compatible con los principios generales y otras disposiciones de Derecho comunitario.

Debe destacarse de entrada que la facultad de intervención de los Estados miembros no les permite autorizar una concentración que ha sido prohibida por la Comisión en aplicación de criterios estrictamente concurrenciales.

Ello contrasta con las facultades de intervención de que dispone en España el Consejo de Ministros en materia de concentraciones en el marco de la vigente Ley de Defensa de la Competencia<sup>5</sup>. En el actual procedimiento de control de concentraciones nacional, el Consejo de Ministros puede intervenir en operaciones de concentración que han sido prohibidas o sometidas a condiciones por la CNC en segunda fase, no pudiendo en ningún caso prohibir las concentraciones que la CNC ha autorizado. Dicho de otro modo, en el modelo español, el Consejo de Ministros puede impedir que se prohíba (o se someta a condiciones) una concentración cuya ejecución no se permitiría sobre la base de un análisis puramente competitivo y, en cambio, no está facultado para prohibir una operación que la CNC considera que no plantea problemas desde el punto de vista de la competencia.

En cualquier caso, lo cierto es que los *intereses generales* en las concentraciones domésticas y los *intereses legítimos* en las concentraciones de dimensión comunitaria se convierten en las dos herramientas de que dispone el Gobierno español para intervenir directamente en las operaciones de concentración que tienen efectos en su jurisdicción: la primera sólo podrá utilizarla para favorecer la ejecución de la operación; la segunda, para entorpecerla. De manera que se produce la paradoja de que medidas análogas o muy similares, reconocidas en ambas normas como justificación válida para la intervención pública por criterios no competitivos, tienen un efecto obstaculizador de las concentraciones de dimensión comunitaria y el efecto contrario cuando se invocan en el contexto de una operación nacional.

Volviendo a la aplicación del artículo 21.4 RC, la norma distingue entre las medidas nacionales dirigidas a proteger (i) la seguridad pública, (ii) la pluralidad de medios o (iii) las normas prudenciales (cuyo contenido analizamos a continuación), en cuyo caso no se requiere la intervención de la Comisión, y las medidas estatales adoptadas para proteger cualquier otro interés público, las cuales deben ser aprobadas por la Comisión con carácter previo a su adopción.

La indeterminación de los conceptos manejados en el apartado 4 del artículo 21 RC y las lagunas procesales que plantea exige un análisis en profundidad de

.....

<sup>5</sup> Artículo 58.6 LDC: "Las resoluciones en segunda fase en las que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia prohíba una concentración o la subordine al cumplimiento de compromisos o condiciones no serán eficaces ni ejecutivas y no pondrán fin a la vía administrativa: a) Hasta que el Ministro de Economía y Hacienda haya resuelto no elevar la concentración al Consejo de Ministros o haya transcurrido el plazo legal para ello establecido en el artículo 36 de esta Ley. b) En el supuesto de que el Ministro de Economía y Hacienda haya decidido elevar la concentración al Consejo de Ministros, hasta que el Consejo de Ministros haya adoptado un acuerdo sobre la concentración que confirme la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o haya transcurrido el plazo legal para ello establecido en el artículo 36 de esta Ley."

la interpretación que el Tribunal de Justicia ha mantenido respecto a la aplicación de este precepto, que, dada su condición de excepción de la norma, deberá en todo caso interpretarse de manera estricta.

Al respecto, primero desarrollaremos brevemente la evolución de la obligación de someter las medidas estatales a la autorización previa de la Comisión; a continuación, analizaremos el estado de la jurisprudencia respecto a las cuestiones sustantivas, en particular, (i) los conceptos de interés reconocido e interés público, (ii) el concepto de medida restrictiva, (iii) las condiciones en las que resulta justificable la adopción de medidas para la protección de intereses legítimos, y (iv) el análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas respecto al interés legítimo contextualizado en sede de restricción de libertades económicas fundamentales del Tratado. Finalmente, explicaremos el procedimiento aplicable por vulneración del artículo 21.4 RC y, por último, expondremos algunos de los pronunciamientos más significativos para concluir con los retos a los que se enfrenta este sistema en el futuro.

### 3.1. EL SISTEMA DE AUTORIZACIÓN PREVIA. LA EVOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE OBTENER EL BENEPLÁCITO DE LA COMISIÓN

La seguridad pública, la pluralidad de medios y las normas prudenciales son los únicos intereses legítimos reconocidos por el artículo 21.4 RC para cuya protección los Estados miembros podrán adoptar medidas que prohíban o condicionen concentraciones de dimensión comunitaria sin haber solicitado previamente la autorización de la Comisión. Las medidas adoptadas para la protección de cualquier otro interés público requieren que la Comisión analice su compatibilidad con los principios generales y disposiciones de derecho comunitario.

A pesar de que le corresponde a la Comisión evaluar si las medidas adoptadas por un Estado miembro responden o no a un interés legítimo<sup>6</sup>, la indeterminación conceptual de las categorías de intereses legítimos reconocidos y el propio tenor literal de la disposición en cuestión, han proporcionado a algunos Estados miembros la vía adecuada para evitar la intervención de la Comisión en casos en los que el interés realmente perseguido no formaba parte del grupo de los intereses reconocidos ni podía considerarse un interés público cuya defensa debiera superponerse al interés comunitario.

El Tribunal de Justicia ha intentado hacer frente a la invocación fraudulenta por los Estados miembros de un supuesto interés público protegido para escapar del control *ex ante* de la Comisión, ampliando las obligaciones de comunicación a la Comisión a aquellos intereses cuya "legitimidad" (en el sentido de cubierto por alguna de las tres categorías explícitamente reconocidas) sea dudosa. En este

<sup>6</sup> Asunto T-65/08 R, *España c. Comisión*. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de abril de 2008.

sentido, la interpretación de esta disposición ha evolucionado ligeramente desde el asunto *Champalimaud*<sup>7</sup>, en el que el estándar de duda necesario para considerar la existencia de una infracción era más elevado (“sustancial” y “fuerte”) que el vigente actualmente que amplía la obligación de comunicación a los casos en los que existan dudas “razonables” sobre su calificación como interés reconocido<sup>8</sup>.

La facultad de la Comisión para intervenir y decidir sobre la compatibilidad de medidas obstaculizadoras de concentraciones de dimensión comunitaria no comunicadas conforme al artículo 21 RC fue cuestionada por Portugal en el 2004.<sup>9</sup> El Estado portugués alegó la falta de competencia de la Comisión para decidir si los intereses nacionales invocados por un Estado miembro y que no habían sido comunicados a la Comisión de conformidad con el artículo 21 RC, eran compatibles con esta disposición. En su opinión, tal juicio de compatibilidad podía ser exclusivamente ejercido por el Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento por vulneración del artículo 226 TCE. El Tribunal de Justicia rechazó el argumento del Estado portugués en base a dos argumentos de índole práctica: primero, que sería demasiado fácil para los Estados miembros eludir las obligaciones del artículo 21 RC, y, segundo, que el sistema perdería su sentido, ya que la Comisión no podría pronunciarse sobre la validez de los intereses en el corto periodo de tiempo dispuesto en el artículo 21 RC, ampliándose exponencialmente el riesgo de que la decisión sobre la compatibilidad tuviera lugar con posterioridad a que las medidas hubieran surtido efecto sobre la concentración.

En definitiva, el Tribunal de Justicia ha extendido la obligación de los Estados miembros de someterse al sistema de autorización previa a los casos en los que exista duda razonable sobre si el interés alegado se encuentra entre los intereses reconocidos. Si a este avance jurisprudencial le añadimos la interpretación restrictiva de los intereses reconocidos elaborada por el propio Tribunal de Justicia (que expondremos a continuación) y la dificultad para adquirir *a priori* una “certeza razonable” sobre la proporcionalidad de las medidas propuestas para obtener la protección del interés pretendido (también interpretada restrictivamente por el Tribunal de Justicia), el resultado es que prácticamente cualquier medida que un Estado miembro pretenda imponer a las partes de una concentración aprobada por la Comisión, incluso las dirigidas a proteger intereses reconocidos, deberá ser sometida al control previo de esta última a los efectos de determinar su compatibilidad con el artículo 21 RC.

<sup>7</sup> Asunto nº IV/M.1616 – *BSCH/Champalimaud*. Decisión de la Comisión de 3 de agosto de 1999, apartados 65-67.

<sup>8</sup> Asunto nº COMP/M.4197 – *E.On/Endesa*. Decisiones de 26 de septiembre de 2006, apartado 25, y de 20 de diciembre de 2006, apartado 27. También asunto nº COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*, apartado 25.

<sup>9</sup> Asunto C-42/01, Portugal c. Comisión, de 22 de junio de 2004.

## 3.2. CUESTIONES SUSTANTIVAS

### 3.2.1. *Los intereses legítimos reconocidos y otros intereses públicos*

El artículo 21.4 RC permite a los Estados miembros obstaculizar la ejecución de concentraciones comunitarias para proteger “intereses legítimos” distintos de los regulados en el RC, siempre que se respeten los principios de derecho comunitario y demás disposiciones aplicables. El RC distingue al respecto entre intereses que se entienden legítimos y respetuosos con el ordenamiento comunitario *per se*, los cuales no requieren un previo pronunciamiento de la Comisión (i.e. seguridad pública, pluralidad de medios y normas prudenciales), y el resto de intereses públicos, que serán legítimos en la medida en que la Comisión lo autorice tras un proceso de evaluación.

Expondremos a continuación de forma muy breve los conceptos de seguridad pública, pluralidad de medios y normas prudenciales, así como otros intereses públicos que han sido considerados legítimos por la Comisión, para después analizar las pautas, condiciones y restricciones de actuación que las autoridades comunitarias han trazado y que deben ser respetadas por los Estados miembros a la hora de intervenir en las concentraciones comunitarias en defensa de estos intereses.

#### LA SEGURIDAD PÚBLICA

El concepto de “seguridad pública” aparece en varias ocasiones en el Tratado como límite a la restricción de libertades económicas fundamentales para la consecución del mercado único. Así, el TCE permite a los Estados miembros restringir la libre circulación de mercancías (artículo 30 del Tratado), la libertad de establecimiento (artículo 46 del Tratado) y la libre circulación de capitales (artículo 58 del Tratado), mediante la adopción de medidas restrictivas nacionales destinadas a proteger la seguridad pública.

En sede de concentraciones, este concepto se delimita en las Notas al Reglamento de Concentraciones, en virtud de las cuales “la seguridad pública está conectada a la producción o comercio de armas, munición y material bélico” o “con la seguridad de suministro del país de un producto o servicio de vital o esencial interés para la protección de la población”<sup>10</sup>. Esta última extensión del concepto ha sido reconocida en sede de libre circulación de capitales y de mercancías en asuntos en los que las empresas afectadas estaban activas en sectores estratégicos, específicamente, en el sector petrolífero y eléctrico. Así, el Tribunal de Justicia ha entendido, en aplicación de los artículos 30 y 58 del Tratado CE, que la garantía

<sup>10</sup> Asunto 72/83, *Campus Oil Ltd. contra el Ministerio de Industria y Energía*, apartado 34.

de un abastecimiento mínimo de productos petrolíferos y de electricidad<sup>11</sup> constituye una razón de seguridad pública que justifica una restricción de las libertades de establecimiento y de circulación de capitales, y en consecuencia de las decisiones que la Comisión tome en materia de concentraciones, siempre que cumplan los principios de necesidad y proporcionalidad.

#### LA PLURALIDAD DE MEDIOS

Otro interés nacional susceptible de prevalecer sobre los aspectos estrictamente competitivos de una operación de concentración es la pluralidad de medios. La Comisión reconoce a los Estados miembros el derecho a mantener diversas fuentes de información con el objetivo de mantener la pluralidad de opiniones y les permite en consecuencia intervenir en concentraciones que pongan en peligro la pervivencia de ese derecho<sup>12</sup>.

#### LAS NORMAS PRUDENCIALES

Se denominan *normas prudenciales* a las normas del sector financiero en virtud de las cuales se otorga poder a algún órgano administrativo para fiscalizar la propiedad, el control y el nivel de activos de las empresas financieras. Las normas están prácticamente dirigidas a asegurar un nivel de reputación de los gestores y directores de las empresas, de la solvencia de las instituciones y de la honestidad de las transacciones<sup>13</sup>.

#### OTROS INTERESES PÚBLICOS: LA GARANTÍA DE SUMINISTRO DE AGUA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La Comisión consideró legítima la aplicación en el Reino Unido de la Ley de la Industria del Agua 1991 (Water Industry Act 1991) que establecía un sistema basado en el establecimiento de unos parámetros de precio para lo cual el Director General de Servicios de Agua necesitaba mantener un número adecuado de datos comparativos. El mantenimiento de una pluralidad de empresas en los diferentes mercados resultaba fundamental para fijar unos precios que permitieran a las empresas desarrollar su actividad apropiadamente al tiempo que se protegían los intereses de los consumidores manteniendo un nivel de precios razonable. Para proteger la viabilidad del sistema, la Ley de Industria del Agua preveía que, en caso de concentración entre empresas activas en el sector, la autoridad nacional debía decidir si a resultas de la misma se afectaba a la capacidad del Director General de Servicios de Agua para realizar los análisis comparativos pertinentes. En caso contrario, la autoridad nacional podía oponerse a la concentración. La Comisión

<sup>11</sup> Asunto C-463/00, *Comisión contra España*, apartados 72 y 73, asunto C-207/07, *Comisión contra España*, apartado 47 y asunto C-483/99, de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia*, apartado 47.

<sup>12</sup> Notas de la Comisión al RC.

<sup>13</sup> Cook, C. J. (2005), "*EC Merger control*", Thomson, p. 352.

entendió que, en el contexto de la industria del agua, un fuerte monopolio natural, tal sistema era adecuado para impedir el abuso de las empresas activas en el sector. El interés último, la garantía de suministro de un bien de interés vital (que, sin embargo, no se consideró incluido en el concepto de “seguridad pública”) y la protección del consumidor estaba, en opinión de la Comisión, debidamente justificado.

#### INTERESES NO PERMITIDOS

Cualquier otro interés alegado por un Estado debe ser “público”, en el sentido de que debe beneficiar a la sociedad, y no considerado por el RC. Con este último requisito, el RC no hace sino salvaguardar el principio de ventanilla única, asegurándose de que el análisis de índole económico/concurrencial corresponde exclusivamente a la Comisión.

Un caso paradigmático de interés no reconocido se trató en el asunto *Cimpor*, en el que el Estado portugués trató de impedir la adquisición del capital de una empresa cementera portuguesa (*Cimpor*) por parte de un grupo suizo (*Holderbank*) alegando la incompatibilidad de dicha transacción con la política industrial del Gobierno portugués y sus estrategias de privatización. La Comisión consideró que dichos intereses no eran alegables en sede de artículo 21 RC.

Igualmente, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en repetidas ocasiones respecto a la calificación de cuestiones de política económica general como interés protegible a efectos del artículo 21 RC, concluyendo en todas ellas que los motivos económicos no pueden justificar la obstaculización a las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado.<sup>14</sup>

#### 3.2.2. *Las medidas restrictivas a efectos del artículo 21 RC*

Tras exponer el contenido conceptual básico de los “intereses legítimos”, corresponde analizar a qué tipo de medidas pueden legítimamente los Estados miembros recurrir o, en los términos del RC, qué medidas son “pertinentes” para la protección de los intereses legítimos.

El Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que “cualquier medida estatal que pueda entorpecer o hacer menos atractivo el ejercicio de tales libertades (libertades de establecimiento y de circulación de capitales)” puede ser una “medida” a efectos del artículo 21.4 RC. El amplio espectro de medidas cubierto por esta afirmación encuentra su necesario límite en aquellas medidas dirigidas a imponer el cumplimiento del marco regulatorio aplicable. El primer pronunciamiento al res-

<sup>14</sup> Asunto C-256/95 *Comisión c Francia* (apartado 62); asunto C-398/95 *SETTG* (apartado 23), y asunto C-367/98 *Comisión c Portugal* (apartado 52).

pecto se produjo en el asunto EDF/London Electricity<sup>15</sup>, en el que el Estado británico formuló una consulta a la Comisión sobre la conformidad con el artículo 21 del RC de ciertas modificaciones que pretendía incluir en la licencia otorgada en su día a favor de London Electricity para el ejercicio de su actividad como empresa regional de electricidad. Las modificaciones propuestas eran iguales a las que ya había impuesto en otros casos de concentración de alcance doméstico. En lugar de analizar las medidas concretas, la Comisión señaló con carácter general que “el RC no impide la aplicación por parte de un Estado miembro de sus normas aplicables al sector específico de actividad económica siempre que dicha aplicación no esté dirigida a la concentración en cuestión sino a la conducta de las empresas en el mercado”. La Comisión volvió a pronunciarse en este sentido en el asunto Enel/Acciona/Endesa, en el que excluyó del ámbito de aplicación del artículo 21 las condiciones que el Gobierno español impuso a las empresas adquirentes relativas a la ejecución de las inversiones en infraestructura del gas y electricidad a las que Endesa estaba comprometida y de cumplir con los acuerdos y reglamentaciones en materia de seguridad nuclear.

Hasta ahora, éste ha sido el único criterio limitativo para entender la existencia de una medida restrictiva a efectos del artículo 21 RC, pero no la única que se ha planteado. En una de las decisiones del asunto E.On/Endesa<sup>16</sup>, la Comisión se planteó si las condiciones impuestas por la CNE para autorizar la concentración eran compatibles con el artículo 21 RC después de que el Ministerio de Industria español hubiera eliminado la referencia a que su incumplimiento llevaba aparejada la revocación de la autorización. La Comisión concluyó que el hecho de que el acto administrativo o legislativo en el que se impongan las medidas nacionales no contemple expresamente la posibilidad de revocación de la autorización no hace que las empresas afectadas dejen de estar vinculadas a lo dispuesto en dicho acto ni que las autoridades sean administrativas o judiciales del Estado en cuestión dejen de poder exigir su cumplimiento. En tal contexto, es obvio que las medidas nacionales son consideradas como medidas restrictivas a los efectos del artículo 21.<sup>17</sup>

Así, la Comisión ha considerado medidas restrictivas a efectos de lo dispuesto en el artículo 21 del RC tanto las decisiones estatales de oposición<sup>18</sup> como la imposición de condiciones, ya sea de enajenación de activos<sup>19</sup> o de desinversión<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Asunto nº IV/M.1346 – EDF/London Electricity.

<sup>16</sup> Asunto nº COMP/M.4197 – E.On/Endesa. Decisión de 20 de diciembre de 2006, apartado 27.

<sup>17</sup> Así lo aclaró la Comisión en el asunto *Enel/Acciona/Endesa*, declarando que el hecho de que en las condiciones impuestas a las partes no se recogiera la posibilidad de revocar la autorización como consecuencia de su incumplimiento no excluía las mismas del ámbito del artículo 21.

<sup>18</sup> Asunto IV/M.1616, *BSC/Champalimaud* y asunto COMP/M2504, *SECIL/Holderbank/Cimpor*.

<sup>19</sup> Asunto nº COMP/M.4197, *E.On/Endesa*. Decisión de 26 de septiembre de 2006.

<sup>20</sup> Asunto COMP/M.3894, *Unicredito/HVB/BPH*.

### 3.2.3. *Las condiciones de intervención de los Estados miembros para la protección de intereses legítimos*

En paralelo a la interpretación de las condiciones en las que surge la obligación del Estado miembro de someterse a la autorización previa de la Comisión (que abordamos en el apartado 2 anterior), la Comisión y la jurisprudencia comunitaria han restringido las condiciones en las que los Estados miembros están legitimados para actuar en defensa de los intereses legítimos.

Así, el Tribunal de Justicia, en línea con la jurisprudencia adoptada en el marco de las libertades de establecimiento<sup>21</sup> y de circulación de capitales<sup>22</sup>, ha limitado la facultad de intervención de los Estados miembros sobre la base de cualquiera de los intereses reconocidos a los casos en que exista “una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”<sup>23</sup>.

Esta limitación de las facultades de los Estados miembros se ha visto reforzada por la negativa de las autoridades comunitarias a tener en cuenta la intensidad de los efectos como criterio para determinar la compatibilidad de una medida nacional con el artículo 21 RC. Así, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia no han dudado en reiterar que cualquier tipo de restricción, aunque tenga un alcance mínimo, se considerará contraria a la libertad de establecimiento propugnada en el Tratado<sup>24</sup>.

### 3.2.4. *La aplicación de los principios de Derecho Comunitario: necesidad y proporcionalidad*

Además de tratarse de una medida que proteja un interés legítimo previsto en el artículo 21.4 RC o expresamente reconocido como tal por la Comisión (o, en su caso, por el Tribunal de Justicia), la medida nacional debe asimismo ser apropiada para asegurar tal protección y proporcional a ese fin. De modo que, una vez comprobado que se encuentran ante un interés de los previstos en el artículo 21.4 RC y que existe una amenaza real y grave para la pervivencia del interés alegado<sup>25</sup>, las

<sup>21</sup> Asunto C-411/03 *SEVIC Systems* (apartados 18 y 19). “Las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. Constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimientos, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 CE”.

<sup>22</sup> En referencia a los procedimientos de aprobación previa: “Consta que dichas medidas, al establecer un procedimiento de notificación y aprobación, restringen, por su propio objeto, la libre circulación de capitales” Asunto C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, *Reisch y otros*.

<sup>23</sup> Ídem. Asunto C-463/00, *Comisión contra España* (apartado 72), asunto C-503/99 *Comisión contra Bélgica* (apartado 47); asunto C-483/99 *Comisión contra Francia* (apartado 48).

<sup>24</sup> Artículo 43 del Tratado CE. Asunto nº COMP/M.4197 – *E.On/Endesa*. Decisión de 20 de diciembre de 2006 (apartado 58) y asunto C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (apartado 43).

<sup>25</sup> Asunto C-463/00, *Comisión contra España* (apartados 72 y 73); asunto C-207/07, *Comisión contra España*, (apartado 47), y asunto C-483/99, de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia* (apartado 47).

autoridades comunitarias analizarán si la medida nacional (i) es necesaria para garantizar la realización del objetivo que se persigue, y (ii) es proporcional para la protección del interés legítimo en el sentido de que no existe una medida menos restrictiva que permita alcanzar tal objetivo.

En este sentido, la Comisión ha señalado en las Notas al Reglamento de Concentraciones que “en aplicación del principio de necesidad o de eficacia y de la norma de proporcionalidad, las medidas que los Estados miembros puedan adoptar deben cumplir el requisito de adecuarse al objetivo y limitarse a la medida estrictamente indispensable para garantizar la protección del interés legítimo de que se trate. Por consiguiente, en presencia de medidas alternativas, los Estados miembros deberán elegir la que objetivamente sea menos restrictiva para alcanzar el objetivo propuesto.”

En el asunto E.On/Endesa, la Comisión manifestó su predilección por la “reglamentación apropiada de aplicación general y las medidas que permitan una adecuada reacción específica por parte de las autoridades públicas para prevenir una amenaza concreta de seguridad pública”<sup>26</sup>.

Por su parte, el Tribunal de Justicia ha dejado claro en repetidas ocasiones su preferencia por los sistemas de control *a posteriori* frente a los sistemas de autorización previa<sup>27</sup>. Así lo expuso en el asunto Comisión contra España al entender que España había infringido los principios de libre establecimiento y libre circulación de capitales al modificar las funciones de la CNE de tal manera que cualquier operación por la que se adquiriera más del 10% del capital de una empresa activa en un sector regulado quedaba a sujeta a la previa autorización de dicho organismo.

En definitiva, la adopción de normas de aplicación general que prevean una reacción por parte de las autoridades en situaciones de crisis y la imposición de medidas *a posteriori*, son en principio prácticas menos restrictivas que la imposición de un sistema de autorización previa y, por tanto, el Estado miembro en cuestión deberá justificar por qué en el caso particular la medida nacional no puede ser preservada por medio de la adopción de alguna de las modalidades menos restrictivas.

### 3.3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR Y DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL CONTRARIA AL ARTÍCULO 21.4 RC

En el caso de que los Estados miembros pretendan adoptar una medida destinada a proteger un interés distinto de los expresamente reconocidos en el artículo 21.4 RC, deberán comunicarlo previamente a la Comisión, quien

<sup>26</sup> Asunto nº COMP/M.4197 – E.On/Endesa. Decisión de 20 de diciembre de 2006 (apartado 62).

<sup>27</sup> C-207/07. Comisión contra España, (apartado 48); C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Sanz de Lera y otros, apartados 23 a 28; C-205/99, Anair y otros (apartado 35); C-463/00, Comisión c España (apartado 69).

dispondrá de un plazo de 25 días para decidir sobre la compatibilidad de dichas medidas con los principios generales de derecho comunitario y otras disposiciones. El problema se plantea cuando el Estado miembro adopta sus medidas sin someterlas al control previo de la Comisión. Es en estos casos cuando se pone de manifiesto que la Comisión no dispone de un instrumento verdaderamente eficaz para proteger a las empresas y hacer valer sus tesis frente a los Estados miembros.

En efecto, cuando tiene conocimiento de las medidas adoptadas por el Estado miembro en cuestión, la Comisión suele enviar al Estado miembro una solicitud de información. En este sentido, la Comisión no ha necesitado hasta ahora la iniciación del procedimiento formal de notificación para llevar a cabo las labores de investigación; una muestra de ellos es que en el asunto Champalimaud, la Comisión adoptó una decisión de medidas cautelares solicitando al Gobierno portugués la suspensión de la decisión que prohibía la concentración sin haber concluido el análisis concurrencial de la concentración.

Tras la respuesta del Estado miembro, en un periodo de entre 10 y 15 días, la Comisión alcanza las llamadas “conclusiones preliminares” que somete a los comentarios del Estado miembro y tras los cuales emitirá en un plazo que oscila entre menos de un mes y dos meses y medio la decisión final sobre la compatibilidad de las medidas propuestas con el artículo 21 RC. La decisión final es recurrible ante el Tribunal de Justicia.

El procedimiento puede en cualquier momento ser paralizado bien porque las partes de la concentración alcanzan un acuerdo con el Estado miembro en cuestión<sup>28</sup> o simplemente porque deciden abandonar la operación<sup>29</sup>.

### 3.4. LA PRÁCTICA DECISORIA DE LA COMISIÓN Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

En este apartado expondremos los precedentes más significativos en los que se ha aplicado el artículo 21 RC, y lo haremos en función de los intereses alegados por los Estados miembros:

#### SEGURIDAD PÚBLICA

La Comisión analizó la compatibilidad de las condiciones que primero la CNE y luego el Ministro de Industria impusieron tanto a E.On como a Enel y a Acciona para adquirir el control de Endesa, declarando que la mayoría de ellas eran contrarias al artículo 21 RC y a los artículos 43 y 56 del Tratado.

<sup>28</sup> Asunto Unicredit/HVB (ver nota al pie 24).

<sup>29</sup> Asunto COMP/M.4249, Abertis/Autostrade.

A este respecto, resultan especialmente significativo el enfoque de la Comisión respecto a tres categorías de condiciones impuestas por España en el contexto de la lucha por Endesa que se repiten de distinta forma en las tres decisiones adoptadas en el proceso: (i) las condiciones de naturaleza societaria y orgánica, (ii) las condiciones de naturaleza financiera y de inversión; y (iii) las obligaciones de información.

Respecto a las primeras<sup>30</sup>, la Comisión fue tajante al declarar que suponen una restricción a las libertades de los artículos 30 y 46 del Tratado desproporcionada e innecesaria y no amparada por ningún interés legítimo. Frente a los argumentos nacionales respecto al riesgo de una pérdida de control por parte de las autoridades reguladoras en caso de cambio de sede social fuera del territorio nacional o de reestructuración corporativa, la Comisión respondió que los poderes de supervisión sobre las actividades de las empresas se rigen por la naturaleza de los activos en cuestión y no por el domicilio social de la sociedad propietaria de los activos. Igualmente, la Comisión rechazó las alegaciones genéricas planteadas por el Estado español respecto a que la toma de control del capital por parte de empresas extranjeras de naturaleza tanto privada (en el caso de E.On) como pública (en el caso de Enel) aumentaba el riesgo de desviación de fondos, el abandono de criterios empresariales o el riesgo de empobrecimiento de la política de inversión. Por último, la Comisión dejó claro que las razones de política general, que son en última instancia las razones que parecían haber llevado al Estado español a imponer las condiciones propuestas no podrán en ningún caso ser legitimadas para obstaculizar el desarrollo de las libertades fundamentales comunitarias<sup>31</sup>.

En relación con las condiciones financieras y de inversión<sup>32</sup>, el planteamiento de la Comisión fue diferente: se centró directamente en la falta de proporcionalidad, el trato no discriminatorio y el principio de necesidad. La Comisión reconoce en la decisión Enel/Acciona/Endesa que en determinados contextos el interés del Estado miembro en asegurar, por ejemplo, la solvencia de las empresas involucradas en actividades energéticas pueden “no resultar completamente injustificadas”. Aún así, las medidas deben cumplir con los principios de derecho comunitario y, en particular, no tener carácter discriminatorio.

Finalmente, en relación con las obligaciones de información a la CNE, la Comisión fue asimismo muy clara al señalar que la obligación de informar al organismo regulador sobre las inversiones de una empresa en activos estratégicos rebasa las funciones de éste y que, además de ser discriminatorio, no se encuentra amparado por ningún interés legítimo. La Comisión insistió en que el hecho de que la imposición de una obligación de este tipo no tenga efectos disuasorios o

<sup>30</sup> El mantenimiento del domicilio social y el órgano de administración en España, el mantenimiento de Endesa como sociedad matriz del grupo, imposibilidad de reestructurar el grupo, mantenimiento de la marca Endesa.

<sup>31</sup> Asunto C-265/95 *Comisión c Francia* (apartado 62).

<sup>32</sup> Obligación de informar a la CNE de las operaciones que conlleven cambios significativos en la situación patrimonial de Endesa, mantener un coeficiente de deuda neta financiera/EBITDA por debajo de cierto umbral, obligación de realizar determinadas inversiones, y limitación de la distribución de dividendos.

influya sólo mínimamente en la actividad empresarial no es relevante para evaluar la existencia de una violación de libertades fundamentales.

En definitiva, las decisiones de la llamada “saga Endesa” vienen a materializar la escasa predisposición de la Comisión a aceptar medidas nacionales amparadas en la protección de la seguridad pública.

#### PLURALIDAD DE MEDIOS

Hasta la fecha, la Comisión no ha tenido ocasión de adoptar ninguna decisión de infracción del artículo 21 RC por la intervención de ningún Estado miembro en defensa de la pluralidad de medios. Sin embargo, en el asunto *Newspaper Publishing*, en el que un consorcio de empresas formado por Prisa, Editoriale l'Espresso S.p.A y Mirror Group Newspaper (editor de *Daily Mirror* y *Sunday Mirror*) solicitó autorización preceptiva para la adquisición del control de Newspaper Publishing plc (editor de *The Independent* y *The Independent on Sunday*), la Comisión, además de aprobar la concentración, obligó a las autoridades británicas a mantenerla informada de cualquier medida o condición que impusiera a las partes en virtud del artículo 21.4 RC.

#### NORMAS PRUDENCIALES

La primera declaración de compatibilidad con artículo 21 RC de medidas aplicadas en cumplimiento de normas prudenciales se produjo en el asunto *Sun Alliance/Royal Insurance*<sup>33</sup> en el que la Comisión consideró compatible con el artículo 21.4 RC la aplicación a la concentración propuesta de la ley británica de empresas aseguradoras que habilitaba al Departamento de Comercio e Industria a supervisar en los casos de cambio de control en empresas aseguradoras si la sociedad que obtenía el control era apropiada y cumplía los criterios de buena administración vigentes, reservándose la facultad de no autorizar la operación en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la norma.

Por el contrario, en el asunto *BSCH/Champalimaud*, la Comisión declaró que la defensa de las normas prudenciales planteada por el Estado portugués era incompatible con el artículo 21 RC. En este caso, el Gobierno portugués alegó que la operación atentaba contra la garantía de buena administración de la entidad financiera portuguesa que iba a ser adquirida por un banco español e impedía una supervisión adecuada por las autoridades administrativas competentes. El Estado portugués expuso tres motivos en apoyo de tal alegación: el primero, que algunos acuerdos alcanzados entre las partes implicaban que una de las empresas objetivo debía tomar decisiones que se encontraban fuera de su objeto social; segundo, que de ejecutarse la concentración algunas decisiones de extrema importancia pasarían a ser tomadas por las empresas holding distorsionando gravemente el funcionamiento de los órganos sociales y afectando negativamente a la claridad y

<sup>33</sup> Asunto nº IV/M.759 – *Sun Alliance/Royal Insurance*. Decisión de 18 de junio de 1996.

transparencia de la estructura del grupo resultante de la operación; y por último, que la reestructuración y el sistema arbitral de resolución de conflictos acordado dificultaría la posibilidad de intervención de las autoridades portuguesas en caso de urgente necesidad y reduciría la seguridad jurídica. La Comisión, en respuesta a estos argumentos, rechazó la existencia de un acuerdo que impulsara a una de las sociedades objetivo a actuar al margen de su objeto social, entendió que el hecho de que determinadas cuestiones societarias de las filiales fueran tratadas previamente por las sociedades holding no distorsionaba negativamente la estructura del grupo, y negó que el sistema de resolución de conflictos acordado afectara a la seguridad jurídica.

Otros asuntos de naturaleza semejante en el sector bancario fueron los intentos de adquisición de BNL por BBVA, de Banca Antonveneta por ABN AMRO y de Hypo Vereinsbank por Unicredit.

En los dos primeros casos, la Comisión inició un procedimiento de infracción contra Italia sobre la base del artículo 226 TCE, si bien no llegó a emitir una decisión de compatibilidad con el artículo 21 RC ante la ausencia de una decisión estatal calificable como “medida restrictiva”. En ambos casos, el Estado italiano había proclamado públicamente su intención de garantizar la “italianidad de la banca” y había dificultado sobremanera la ejecución de las operaciones ralentizando el procedimiento autorizador y aprovechando la falta de transparencia del sistema de supervisión para disuadir a los bancos compradores. En el caso del intento de compra del banco polaco Hypo Vereinsbank, la medida restrictiva consistió en la ejecución de una cláusula de no competencia acordada por Unicredit y el Gobierno polaco en la compra por el primero del banco polaco Pekao. La Comisión remitió una carta al Estado polaco en la que le pedía que justificara inmediatamente su actuación, si bien Unicredit llegó a un acuerdo con el Gobierno polaco antes de que el plazo de contestación finalizara.

#### OTROS INTERESES: EL ASUNTO ABERTIS/AUTOSTRAD

El intento de adquisición de control de Abertis sobre Autostrade se vio igualmente frustrado por el Estado italiano sin que la Comisión tuviera ocasión de adoptar ninguna decisión en el marco del artículo 21 RC. En este caso, la autoridad administrativa encargada de autorizar la operación rechazó la solicitud de autorización presentada por Abertis, decisión que fue apoyada por el Ministro de Fomento italiano sobre la base de dos argumentos: que la presencia de ACS en el accionariado de Abertis provocaba un problema de incompatibilidad, y que existían dudas sobre la capacidad de Abertis para llevar a cabo las inversiones requeridas para mantener y mejorar la red de carreteras italiana. El Gobierno italiano anuló las decisiones a petición de la Comisión pero el proceso de autorización posterior se alargó excesivamente y las partes decidieron suspender la operación. La Comisión llegó a plantear públicamente sus “dudas fundadas sobre la compatibilidad con el artículo 21 del hecho de que las autoridades italianas no hayan fijado por adelantado y de manera suficientemente clara los criterios públicos de interés invo-

cados para la aplicación del procedimiento de autorización y su incumplimiento a la hora de adoptar una decisión de autorización para la transferencia de la concesión". A pesar de ello, acabó archivando el procedimiento tras las justificaciones formuladas por el Estado italiano.

Lo anterior demuestra que tan cierto es que la Comisión y el Tribunal de Justicia han interpretado los intereses reconocidos y la proporcionalidad y necesidad de las medidas adoptadas para su protección tratando de evitar que la intervención de los Estados miembros frustrara la ejecución de operaciones de concentración que no resultaban incompatibles con el mercado único, como que en ninguno de los casos en los que la Comisión ha intervenido se han ejecutado las concentraciones tal y como se acordaron antes de la intervención estatal.

#### 4. CONCLUSIONES

La configuración actual del artículo 21 RC obliga a los Estados miembros que pretendan intervenir en una concentración de dimensión comunitaria a (i) someterse al sistema de autorización previa prácticamente en la totalidad de los casos; y (ii) limitar al máximo el impacto sobre la concentración de las medidas destinadas a proteger intereses públicos. A pesar de los avances en el control del intervencionismo estatal en las concentraciones de dimensión comunitaria, los Estados miembros no han tenido inconveniente en obstaculizar una concentración de dimensión comunitaria cada vez que lo han considerado oportuno aún a riesgo de ser sancionadas conforme al artículo 226 TCE.

Quizás merecería la pena explorar cauces procesales alternativos para proteger la eficacia del RC y, en este sentido, algún sector de la doctrina ha propuesto exprimir las posibilidades del efecto directo del artículo 21 RC, así como aplicar analógicamente a esta disposición las consecuencias jurídicas de la falta de notificación del artículo 88.3 TCE (i.e. posibilidad de las partes afectadas de obtener una decisión judicial de invalidez de las medidas adoptadas).<sup>34</sup> Lo cual nos indica dónde está la verdadera debilidad del sistema previsto en el artículo 21 RC: la falta de un mecanismo para frenar con rapidez y eficacia las medidas estatales que pretenden obstaculizar concentraciones de dimensión comunitaria.

<sup>34</sup> Gerard, Damian. *Protectionist threats against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of article 21 ECMR*. *Common Market Law Review* 45: 987-1025, 2008. Kluwer Law International.



# LA CONCENTRACIÓN DISTRIRUTAS- GELESA-SIGLO XXI-LOGINTEGRAL UNA HISTORIA DE UN MERCADO DE DOS LADOS

PEDRO POSADA DE LA CONCHA  
JAVIER CORONADO SALEH  
NERA Economic Consulting

## 1. INTRODUCCIÓN

El expediente C/0119/08 Distrirutas/Gelesa/Siglo XXI/Logintegral concluyó recientemente en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) del 10 de junio de 2009, por el que se aprobó la operación de concentración de las cuatro mayores distribuidoras mayoristas de publicaciones periódicas en la Comunidad de Madrid, en segunda fase y con condiciones. En los Informes previos de la Dirección de Investigación (DI)<sup>1</sup>, la autoridad hizo referencia, aunque en forma tangencial, a la existencia de un mercado de dos lados. Sin embargo, en sus consideraciones restó importancia a dicha situación, pasando a un enfoque de análisis más tradicional sobre efectos unilaterales en casos de concentraciones horizontales.

Los mercados de dos lados, en inglés *two-sided markets*, representan dentro del análisis económico un escenario propicio para el debate y la discusión, especialmente porque añaden cierta complejidad al estudio de casos que es difícil de evadir y que, a menudo, resulta muy relevante en el campo del análisis de competencia, particularmente en relación a la evaluación de concentraciones donde la aplicación de métodos tradicionales de valoración puede no ser adecuada.

<sup>1</sup> Ver en particular la resolución del 11 de marzo de 2009 dictada por el Consejo de la CNC que resuelve iniciar la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones en aplicación del artículo 57.2.c) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC).

A grandes rasgos, un mercado o industria de dos lados se caracteriza por la existencia de una *plataforma* que facilita la interacción entre dos grupos de consumidores. Típicamente, la participación de un usuario adicional de la plataforma produce una externalidad de red indirecta<sup>2</sup> a otros usuarios debido a que se promueve una actividad conexas al otro lado del mercado, elevando la valoración que estos últimos asignan al uso de la plataforma. Ejemplos típicos incluyen redes de telefonía fija o móvil<sup>3</sup>, guías telefónicas, proveedores de tarjetas de crédito, consolas de videojuegos, agencias de citas, centros comerciales, etc.

Una de las características más significativas de un mercado de dos lados es que confiere gran relevancia a la estructura del precio de uso de la plataforma.<sup>4</sup> En equilibrio, se espera que la plataforma cobre un precio “subsidiado” al grupo de usuarios que producen una mayor externalidad y compense dicho subsidio extrayendo una proporción relativamente mayor de ingresos del otro lado del mercado. Por ejemplo, en una discoteca, frecuentemente se ofrece acceso libre a las señoras las cuales, con su presencia, atraen a los varones, quienes valorarán más el lugar. Por lo tanto, en equilibrio, será óptimo cobrarles una entrada relativamente elevada en función de dicha valoración.

En un mercado de dos lados, aun estando en competencia, los precios de acceso y uso de la plataforma difícilmente serán compatibles con resultados tradicionales, como estar en línea con los costes marginales. Las empresas deben optimizarlos de modo que sean capaces de atraer a los consumidores a ambos lados del mercado considerando las *externalidades* que producen unos a otros. De este modo, puede ocurrir que el precio de un lado esté por encima de su correspondiente coste marginal mientras que el precio que se cobra al otro grupo se sitúe por debajo, pudiendo llegar, en algunos casos, a ser negativo.<sup>5</sup>

.....

<sup>2</sup> De acuerdo con la taxonomía introducida por Katz, M. y Shapiro, C. (1985), “Network Externalities, Competition and Compatibility”, *American Economic Review*, Vol. 75 (3), pp. 424-440, las externalidades de red directas suponen un beneficio directo de un usuario por la incorporación a la red de otro usuario, por ejemplo en el caso en que un nuevo usuario de la red móvil se incorpora incrementando las posibilidades de comunicación en forma directa. Las externalidades indirectas se producen no por el uso sino por el potencial desarrollo de una actividad conexas que se ve promovida. Por ejemplo, el hecho que más usuarios utilicen una consola de video juegos beneficia a otros usuarios en la medida que esto brinda incentivos a los desarrolladores de juegos para expandir la variedad de la oferta de juegos compatibles con la consola correspondiente.

<sup>3</sup> En este caso la externalidad es directa, ya que un usuario adicional incrementa las posibilidades directas de comunicación entre usuarios.

<sup>4</sup> A pesar de la presencia de mercados de dos lados en un gran número de industrias, como las de medios de pago por tarjetas, la industria de sistemas operativos para ordenadores, las telecomunicaciones, etc. la literatura no ha alcanzado un volumen notable. No obstante, una explicación sencilla de las implicaciones de un mercado de dos lados se puede consultar en Evans, David S. (2002), “The Antitrust Economics of Two Sided Markets”, AIE Brookings Joint Center for Regulatory Studies y en Evans, David S., y Noel, Michael D. (2007), “Defining Markets that Involve Multi-Sided Platform Businesses: An Empirical Framework with an Application to Google’s Purchase of DoubleClick”, SSRN eLibrary. Los trabajos formales pioneros sobre mercados de dos lados son, por su parte, Rochet, J-C. y Tirole, J. (2003), “Platform Competition in Two-Sided Markets”, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1(4), pp. 990-1029, y Armstrong, M. (2006), “Competition in two-sided markets”. *RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3, Autumn 2006, pp. 668-691.

<sup>5</sup> Por ejemplo, cuando a las chicas se les ofrece además de la entrada gratuita a una discoteca una copa gratis.

Las concentraciones entre empresas en mercados de dos lados deben ser valoradas con especial cuidado, debido a las peculiaridades que observan. Por ejemplo, el enfoque tradicional de definición del mercado relevante debe ajustarse para adaptarlo a una situación en la que dos “funciones de demanda” (una de cada lado) interactúan entre sí. La entidad que resulta de la concentración en un mercado de dos lados debe considerar el efecto de red entre los distintos consumidores, cuando decide sus nuevos precios (y el precio medio). Éstos no necesariamente serán mayores que los observados antes de la operación, e incluso aunque en promedio lo fueran, la nueva estructura de precios podría ser más beneficiosa para los distintos grupos de consumidores.<sup>6</sup>

De acuerdo con la literatura económica especializada, el mercado de edición/distribución de publicaciones periódicas es un ejemplo típico de un mercado de dos lados.<sup>7</sup> Los editores buscan atraer lectores para sus publicaciones, por ejemplo prensa diaria, toda vez que cuanto mayor es la base de lectores, más atractivo será para un anunciante contratar un espacio publicitario en la publicación. De ahí que la distribución es un elemento clave.<sup>8</sup> Esto explica, por ejemplo, la existencia de casos extremos en los que las publicaciones se distribuyen en forma gratuita (prensa gratuita), y aun así el editor logra extraer beneficios globales mediante *márgenes* positivos en la venta de espacios publicitarios.<sup>9</sup>

En octubre de 2008, las cuatro principales empresas distribuidoras mayoristas de publicaciones periódicas de Madrid Ciudad, y Comunidad de Madrid, notificaron sus planes de concentración de sus actividades de distribución a la CNC.

Durante la investigación la autoridad consideró<sup>10</sup>, entre otros aspectos, que la concentración podría tener efectos especialmente negativos en las condiciones de contratación de la distribución mayorista con los puntos de venta minoristas (quioscos, gasolineras, tiendas de conveniencia, etc.). Específicamente, se estimó que existía evidencia suficiente para esperar que el nuevo distribuidor mayorista, gracias a su capacidad de actuar independientemente de otros agentes del mercado, redujera las comisiones pagadas a los puntos de venta con el potencial efecto de cierre de puntos de venta y la consecuente afectación negativa a los lectores.

<sup>6</sup> Véase por ejemplo, Chandra, A. y Collard-Wexler, A. (2008), “Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry”. Leonard N. Stern School of Business. Working Paper No. EC-07-03.

<sup>7</sup> Para consultar aplicaciones sobre two-sided markets en el caso específico de publicaciones periódicas véase, entre otros: Chandra, A. y Collard-Wexler, A. (2008), “Mergers in Two-Sided Markets: An Application to the Canadian Newspaper Industry”. Leonard N. Stern School of Business. Working Paper No. EC-07-03, y Argentesi, E. y Filistrucchi, L. (2005), “Estimating Market Power in a Two-Sided Market: The Case of Newspapers”. European University Institute. Working paper ECO No. 2005/7.

<sup>8</sup> A su vez, puede ocurrir que algunos lectores encuentren valioso obtener más información sobre anunciantes, por lo que un lector adicional al atraer más anunciantes, o anunciantes de mayor calidad, produce una *externalidad* indirecta sobre la base pre-existente de lectores.

<sup>9</sup> Este es el caso que en la literatura se conoce como *severe skewed pricing*, caso discutido formalmente en Wilko, B. y Tieman, A. (2008), “Heavily skewed pricing in two-sided markets”, International Journal of Industrial Organization, No. 26, pp. 1250-1255.

<sup>10</sup> Ver en particular la resolución pública del 11 de marzo de 2009 dictada por el Consejo de la CNC donde se describe el análisis de la Dirección de Investigación (DI).

Por lo tanto, este caso ofrece una oportunidad interesante para contrastar la aplicación de un enfoque de análisis más económico a casos de fusiones en industrias complejas. En este caso concreto, las características de mercados de dos lados ponen de relieve que un análisis de control de concentraciones que considere sólo uno de los lados del mercado con alta probabilidad puede llegar a conclusiones erróneas.

En la segunda parte de este artículo presentamos una breve reseña del expediente y las consideraciones de la CNC, centrándonos en algunas cuestiones que consideramos que podrían haberse discutido y fundamentado desde un punto de vista económico más profundo, no sólo en relación a la naturaleza de dos lados del mercado, sino a otros aspectos económicos de la organización de la industria en cuestión. En la tercera sección proponemos argumentos sencillos para la aplicación de este tipo de análisis en casos asimilables, poniendo énfasis en la complejidad de la estructura del mercado y los elementos propios de un mercado de dos lados. Finalmente, en la cuarta sección ofrecemos un bosquejo de un modelo de análisis con ciertos resultados desarrollados por NERA en su labor de asesoría a las notificantes. El artículo cierra la discusión con una serie de reflexiones en torno a este caso particular, pero aplicables también a ejercicios futuros en casos de fusiones en industrias con características de mercado de dos lados.

## 2. DESCRIPCIÓN DEL EXPEDIENTE:

### CONCENTRACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN MAYORISTA

#### 2.1. LA CONCENTRACIÓN

El 27 de noviembre de 2008, las cuatro distribuidoras mayoristas de publicaciones periódicas más importantes por volúmenes distribuidos de la Comunidad de Madrid, Siglo XXI, Distirutas, Gelesa y Logintegral notificaron a la CNC su intención de integrar sus actividades de distribución mayorista de publicaciones periódicas en una única empresa (NEWCO). La motivación de las distribuidoras para fusionarse obedecía principalmente a una cuestión de eficiencia ya que las condiciones actuales del mercado requerían una optimización de las actividades de logística y transporte.<sup>11</sup>

Como parte del procedimiento, las notificantes incorporaron al expediente una serie de compromisos destinados a resolver posibles obstáculos para la competencia efectiva que pudieran derivarse de la operación.

Un aspecto a destacar en este caso es que antes de la fusión, cada una de las cuatro distribuidoras era controlada verticalmente por un editor de publicaciones

<sup>11</sup> Cabe destacar que en otras comunidades autónomas, la distribución mayorista se suele desarrollar por parte de una o dos empresas, hecho que contrasta con la organización de esta actividad en la Comunidad de Madrid que contaba con cuatro empresas.

periódicas, con el cual tenía acuerdos de exclusividad de distribución. En otras palabras, antes de la concentración no existía competencia entre estas cuatro empresas distribuidoras por ofrecer sus servicios a los grandes grupos editoriales. Cada grupo utilizaba a su propio distribuidor y además, como se discutirá más adelante en detalle, era difícil justificar un grado relevante de rivalidad entre las distribuidoras por el acceso a los puntos de venta.

En el siguiente cuadro presentamos la relación entre distribuidor, grupo editorial y principal fondo editorial de publicaciones periódicas diarias asociado.

**Cuadro 1. Distribuidoras Mayoristas Afectadas por la Concentración y Relación con Grupos Editoriales**

Distribuidor	Grupo Editorial	Participación*	Publicaciones Periódicas Diarias
SIGLO XXI	Planeta De Agostini	80%	La Razón (Capital/Provincia)
	Vocento	—	ABC (Provincia)
	Unidad Editorial	20%	El Mundo (otros no quioscos)
	Zeta	—	Periódico de Catalunya, Sport (Capital/Provincia)
DISTRIBUIDORAS	Vocento	60%	ABC (Capital/Provincia)
	Zeta	—	Sport (Capital-quiosco)
GELESA	Prisa	50%	El País, AS y Cinco Días (Capital/Provincia)
	Unidad Editorial	35%	Marca, Expansión (Capital/Provincia)
	Godó	5%	La Vanguardia, Mundo Deportivo (Capital/Provincia)
LOGINTEGRAL	Unidad Editorial	100%	El Mundo (Capital-quioscos)

\*Se refiere a participación directa o indirecta a través de otra empresa controlada.

Fuente: Empresas distribuidoras mayoristas.

De acuerdo con algunos precedentes nacionales y comunitarios relativos a los mercados de publicaciones periódicas, se consideró que el mercado de edición y venta de prensa escrita diaria (y suplementos) constituía un mercado separado del demarcado por la edición y venta de publicaciones no diarias (principalmente revistas), básicamente debido a las diferencias en las políticas comerciales (incluyendo el precio) y en el contenido editorial entre uno y otro tipo de publicación.<sup>12</sup> Atendiendo a dichos precedentes, se concluyó que existía una distinción entre el mercado de edición y el de distribución mayorista lo que la llevó a la identificación de cuatro mercados relevantes para el análisis: 1) Mercado de distribución mayo-

<sup>12</sup> Ver por ejemplo, N-06047 PLANETA/GODÓ/PRISMA y N-06132 3i GROUP/ACTIVOS VNU GROUP para casos nacionales y IV/M-423 Newspaper Publishing, IV/M.1401 Recoletos/Unedisa.

rista de prensa diaria en la Comunidad de Madrid, 2) Mercado de distribución mayorista de revistas y *coleccionables* en la Comunidad de Madrid, 3) Mercado de edición de prensa diaria en España y 4) Mercado de edición de revistas y *coleccionables* de España.

Es importante destacar, no obstante, que aún cuando las definiciones de mercado sugeridas hayan sido en principio aceptables, la CNC no propuso mayores reflexiones sobre las mismas en el contexto del caso en cuestión, discusión que podría haber precisado y organizado más claramente el análisis posterior. En particular, en lo que respecta al supuesto mercado mayorista de distribución de prensa diaria, llama la atención que la autoridad no analizara el hecho que los puntos de venta (entendidos como clientes de los mayoristas) difícilmente pueden considerar a dos distribuidores como sustitutivos, toda vez que cada distribuidor mayorista ofrece un fondo editorial en exclusiva claramente diferenciado de los otros.

En general, la empresa resultante de la operación, de acuerdo con los cálculos realizados por la autoridad, alcanzaría una cuota de mercado de alrededor del 70-80% en la distribución mayorista de publicaciones periódicas, mientras que en el caso específico del mercado de distribución de publicaciones diarias, la cuota resultante sería del 90-100%.<sup>13</sup> En lo que respecta a revistas y *coleccionables*, sin embargo, la cuota resultante de la suma de las cuotas de las distribuidoras sería de 20-30%.<sup>14</sup>

De otro lado, las editoras que controlan a las distribuidoras ostentaban una cuota de mercado conjunta en el mercado de ediciones diarias de 80-90% en la Comunidad de Madrid. Como hemos mencionado anteriormente, estas editoras contratan el 100% de la distribución de su fondo editorial de prensa diaria con las distribuidoras mayoristas que controlan.

De acuerdo con estas cifras, y el enfoque adoptado por la autoridad en lo referente a la definición de los diferentes mercados afectados, es relativamente directo inferir que la mayor preocupación de la CNC en general se centró en los efectos negativos de la concentración en lo que respecta a condiciones de comercialización de prensa diaria en la Comunidad de Madrid.

## 2.2. PREOCUPACIONES DE COMPETENCIA DE LA CNC

Las distribuidoras mayoristas de publicaciones periódicas realizan una labor fundamental en la cadena de valor, no sólo transportan el producto a los puntos de venta (y realizan las gestiones de cobro y devoluciones) sino que además ofre-

<sup>13</sup> Cuotas estimadas sobre la base del valor de las ventas en euros de acuerdo con la información entregada a la CNC por las notificantes. Las cuotas referenciales se pueden consultar en la Resolución del 11 de marzo de 2009.

<sup>14</sup> Entre las distribuidoras rivales de las que serían afectadas por la concentración se encontraba SGEL que distribuye revistas de un amplio número de editores en la Comunidad de Madrid.

cen asesoría a los mismos y coordinan las decisiones de cantidades de reparto con los editores a quienes también asesoran sobre la mejor manera de distribuir los volúmenes de sus ediciones. Los editores ceden a sus respectivas distribuidoras una comisión que puede comprender una parte fija y otra variable en función del número de ejemplares distribuidos o vendidos.

La CNC reconocía que los grupos editoriales estaban integrados verticalmente con las distribuidoras mayoristas y que, por tanto, lo estarían con la NEWCO, sobre la cual, sin embargo, ninguno de ellos ejercería el control individual. En la práctica, los grupos editoriales son “clientes” de sus propias empresas de distribución mayorista.

Sin embargo, se consideró que existían indicios para afirmar que con alta probabilidad la NEWCO podría afectar negativamente las condiciones comerciales de contratación de suministro de ejemplares a los puntos de venta a los cuales las distribuidoras mayoristas ceden parte de la comisión que obtienen de los editores como remuneración por la distribución minorista de las publicaciones.

A continuación se detalla brevemente las preocupaciones de posibles obstáculos a la competencia efectiva que surgieron de la operación de concentración.

### *2.2.1. Obstaculización de la competencia efectiva en prensa diaria<sup>15</sup>*

De acuerdo con el Informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación<sup>16</sup>, se identificaron riesgos de importantes efectos unilaterales resultantes de la concentración en el mercado de distribución mayorista de prensa diaria en la Comunidad de Madrid. Tomando como dado que no iban a existir presiones competitivas efectivas ni potenciales para la NEWCO, la conclusión más relevante consistía en que la NEWCO al ser un monopolio de facto necesariamente actuaría de acuerdo con las estrategias esperadas de un oferente en solitario.

En particular, la preocupación era que la NEWCO reforzaría su posición de negociación frente a sus proveedores, puntos de venta, editores y transportistas independientes, y que en definitiva existía suficiente evidencia que apuntaba en la dirección de una extracción de rentas monopolistas que antes de la concentración no era posible.

En concreto, se destacaban los siguientes efectos esperados en el caso de las publicaciones diarias:

1. Respecto de los transportistas independientes que prestaban servicios a las distribuidoras, la NEWCO muy posiblemente, en su afán de mejorar su eficiencia productiva tendería a reducir el número de contratos y rutas establecidos previamente con estos agentes. Esto, sin embargo, no comportaría

<sup>15</sup> Por razones de espacio, en este punto no desarrollaremos los problemas de competencia que la DI identificó para los otros mercados relevantes definidos en este caso.

<sup>16</sup> Resolución del 11 de Marzo de 2009 del Consejo de la CNC citado previamente.

mayores problemas de competencia debido a que, una reestructuración y optimización de las rutas de distribución no afectaría las opciones disponibles para los consumidores.

2. En lo que concierne a los puntos de venta, la NEWCO podría empeorar las condiciones de comercialización a los puntos de venta, es decir reducir las comisiones (netas de costes y portes) que recibían éstos por su labor minorista, lo cual podría llevar al cierre de determinados puntos de venta, perjudicando a los consumidores finales:

...esta Dirección de Investigación considera que tras la concentración, existe el riesgo de que NEWCO pueda imponer a los vendedores minoristas de publicaciones periódicas condiciones no justificadas por criterios comerciales, aprovechando su mayor poder de negociación, lo que podría llevar al cierre de determinados puntos de venta, lo que acabaría perjudicando a los consumidores finales.<sup>17</sup>

La preocupación se basa en que dado que después de la concentración todo el fondo editorial de prensa diaria estaría controlado por una sola empresa, ésta podría recurrir al corte de suministro como medida de presión a los puntos de venta que no estuvieran de acuerdo con las nuevas condiciones de comercialización.

Cabe destacar también que se consideraba que el hecho que editores y distribuidores mayoristas estuvieran asociados y que buena parte de los ingresos de los editores provinieran de la venta de publicidad, cuyo valor de mercado depende directamente del número de unidades vendidas, no era razón suficiente para no concluir que la NEWCO pudiera actuar unilateralmente empeorando las condiciones económicas de los puntos de venta, aún y cuando esto afectase negativamente el volumen total de ventas.

En relación a este punto, la DI, en su propuesta de resolución, tampoco parecía haber valorado el grado al cual las ganancias de eficiencia generadas por la operación serían trasladadas a los puntos de venta o a los consumidores finales.

3. En lo que respecta al mercado de edición de prensa diaria, se consideraba que la NEWCO y sus editores asociados, podrían obstaculizar la competencia de otras publicaciones no asociadas que se distribuyeran a través de algunas de las empresas afectadas por la concentración. Asimismo, potenciales entrantes al mercado de edición de publicaciones diarias podrían también ser excluidos del mercado al no contar con servicios de distribución mayorista ofrecidos en condiciones favorables, en tanto que las decisiones de la NEWCO serían controladas por los editores existentes.

<sup>17</sup> Op. cit., Párrafo 165.

4. Finalmente, se señalaba el riesgo de que la estrecha relación en la distribución entre los editores facilitaría la coordinación tácita de estrategias comerciales reñidas con el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado.

En lo que resta de este artículo nos ocuparemos principalmente del segundo punto dejando de lado las demás cuestiones, en parte por motivos de espacio y en parte porque la CNC terminó por restarles importancia (como en el primer caso) o algunas de ellas fueron resueltas mediante el ofrecimiento de ciertos compromisos.

### 2.2.2. *No consideración de algunos argumentos*

Se desestimó la razonabilidad de los argumentos que apuntaban en la dirección de considerar la estructura vertical de la industria y los relativos al carácter de mercado de dos lados.

En esta industria, ni los distribuidores mayoristas ni los puntos de venta tienen capacidad para fijar el precio de venta final del periódico, por lo que en principio no debía afectarse el bienestar de los lectores, por el lado de los precios toda vez que dicha decisión corresponde al editor.

Adicionalmente, la principal fuente de ingresos de los editores es la venta de espacios publicitarios. El valor de un anuncio en un periódico, al igual que en cualquier otro medio de comunicación, depende de la capacidad del medio en cuestión de atraer a los potenciales clientes, en este caso lectores. En este contexto, no habrían incentivos para cerrar puntos de venta en la medida que ello podría perjudicar la masa de lectores y por tanto el atractivo del periódico como plataforma para enlazar anunciantes y potenciales consumidores.

Finalmente, dada la exclusividad de la distribución mayorista y su integración vertical con los grupos editoriales no parece existir una rivalidad importante entre las distribuidoras de cara a los puntos de venta. Es decir, antes de la concentración, un punto de venta carecía de capacidad de elección entre distribuidoras alternativas para recibir las publicaciones de un grupo editorial en particular, dependiendo de las condiciones comerciales que cada una le ofreciera y, más importante, no podía prescindir de ninguno de ellos. La razón principal es que las publicaciones de prensa diaria no son sustitutivos próximos unos de otros; y la mayoría de puntos de venta necesitan de la cartera completa de todas las publicaciones para servir a sus distintos clientes. En este sentido, se puede afirmar que la competencia entre publicaciones de prensa diaria se desarrolla en el marco de lo que se denomina "competencia monopolística".<sup>18</sup> Este tipo de interacción entre empresas ocurre en

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, Rosse, J. N. (1967), "Daily Newspapers, Monopolistic Competition, and Economies of Scale", *American Economic Review*, 57(2), pp. 522-533; Reddaway, W.B. (1963), "The Economics of Newspaper", *Economic Journal*, 73, pp. 201-218. Una revisión de la literatura sobre este mercado aparece en: Dewenter R. (2003), "The Economics of Media Markets", *Discussion Paper No. 19*. Department of Economics, Universität der Bundeswehr, Hamburg.

mercados donde se ofrecen productos diferenciados, como es el caso de las publicaciones periódicas, donde cada producto se sitúa en un segmento específico de las preferencias de los lectores, habiendo poca sustituibilidad entre ellos.<sup>19</sup>

En particular, la prensa diaria se caracteriza por las diferencias en su línea editorial, que pueden estar determinadas por la temática de su contenido (información general, información deportiva, información económica, etc.); así como su contenido (la mayor relevancia de las noticias incluidas en la publicación, etc.); su estilo (rigor de la noticia frente al sensacionalismo); o su posicionamiento respecto a cuestiones políticas y sociales, entre otras.

Esto implica, como hemos dicho, que un punto de venta no sólo no puede optar por un distribuidor alternativo para que le ofrezca productos sustitutivos de una editorial en particular, sino que no puede prescindir de ninguno de ellos, situación que no parecería cambiar mucho después de la concentración. Es decir, al igual que ocurría antes seguiría habiendo un único distribuidor para la gama de productos de un grupo editorial y del cual no se podría prescindir.

Quizás la implicación más importante de esta cuestión es sobre la definición misma del mercado relevante que realizó la CNC. De cara a los puntos de venta, no parecería haberse identificado:

los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos<sup>20</sup>

tal como establece la práctica del derecho comunitario de la competencia.

### 3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA POSICIÓN DE LA CNC

#### 3.1. ENFOQUE ANTITRUST DE MERCADOS DE DOS LADOS

Una de las principales características que diferencian a los mercados de dos lados con los mercados más tradicionales es que los precios que establece la plata-

<sup>19</sup> En este sentido, se puede mencionar, por ejemplo, que de acuerdo al II Estudio de Hábitos de Compra de Publicaciones Periódicas 2005, al ir a comprar un periódico y no encontrarlo en el punto de venta habitual, solamente un 9,4% de los consumidores opta por adquirir un periódico similar en el mismo punto de venta, mientras que la mayoría lo va a buscar a otro establecimiento. Este resultado inclusive sugiere una mayor polarización de las preferencias de los lectores en el tiempo, ya que en el mismo estudio, llevado a cabo en 2000, el porcentaje de lectores que optaría por comprar otro periódico era de 18,9%.

Asimismo, de acuerdo al estudio "Cambios de precio e impacto en la venta de diarios. Años 1998 - 2009" elaborado por el Grupo Cronos, la pérdida en las ventas por incrementos en los precios sufridos por *El País*, *As* y *Marca* no han incidido o han incidido muy poco en el nivel de ventas de las publicaciones. Esto sugiere que ante un aumento en precio de estas publicaciones, los lectores no recurren a potenciales productos sustitutos, manteniéndose fieles a su publicación.

<sup>20</sup> Regulación del Consejo (CE) nº 139/2004 sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas.

forma, en este caso el editor de un periódico, a cada lado del mercado –anunciantes y lectores respectivamente– no reflejan necesariamente los costes o la demanda específica de cada lado, aun cuando exista competencia.<sup>21</sup>

En primer lugar, no es posible asociar en forma simple los costes de uno de los lados con los beneficios obtenidos de ese lado específicamente, es decir, no tiene un sentido estrictamente económico (quizás si contable) hablar de beneficios obtenidos de un lado y de otro toda vez que los beneficios se producen en función de todos los elementos de la plataforma.

Segundo, típicamente los cambios en las condiciones de la demanda, preferencias, tecnología, estructura del mercado, etc. de uno o de los dos lados del mercado afectarán necesariamente la estructura de precios en tanto que se debe considerar que las estrategias comerciales, inversiones y otras decisiones tienen como finalidad maximizar el número de encuentros entre clientes de ambos lados del mercado. De otro modo, el producto que ofrece la plataforma no tendría ningún valor.

Una importante implicación bajo estas circunstancias es que en el caso de las concentraciones no es del todo claro si los precios en ambos lados del mercado aumentarían, e incluso aunque lo hicieran esto no necesariamente tiene un impacto negativo en el bienestar de los consumidores. Inclusive ante la ausencia de ganancias de eficiencia, es posible que el mecanismo de efectos de red juegue a favor de uno o ambos lados al mejorarse la calidad de las conexiones entre los diferentes consumidores. Es decir, el incremento en precios de uno de los lados puede estar reflejando simplemente que la nueva entidad fusionada está optimizando, considerando la nueva situación de la demanda del otro lado del mercado.

La situación descrita en el párrafo anterior puede entenderse más fácilmente si se toma en cuenta que, habitualmente, las plataformas tienen diversos grados de rivalidad entre sí, debido a que suelen diferenciar sus productos. Al fusionarse dos plataformas que apuntaban antes de la concentración a segmentos distintos, la nueva plataforma unificada puede lograr “encuentros” de mayor valor a través de una nueva estructura de precios.

Sin embargo, en el caso específico de la operación de concentración que estamos discutiendo, existen muchos otros elementos que añaden dificultades al análisis. En particular, en este caso no se trata de una fusión entre plataformas, sino de una fusión entre unos componentes de éstas (el segmento de distribución). En todo caso, no se puede negar que la NEWCO, cuyos accionistas (y clientes) son los mismos editores, difícilmente actuaría de forma unilateral, es decir sin *internalizar* las consecuencias de sus acciones respecto de estos grupos editoriales.

<sup>21</sup> Para una revisión en detalle de los aspectos teóricos y prácticos en materia de competencia en torno a mercados de dos lados se sugiere revisar la literatura enumerada en la nota al pie nº 4.

### 3.2. LA COMPLEJIDAD DEL CASO

La industria de edición y distribución de publicaciones periódicas, y en particular la de prensa diaria, en la Comunidad de Madrid presenta peculiaridades que hacen del análisis de efectos esperados de la fusión en cuestión, un ejercicio que requiere cierto grado de complejidad.

En la cadena de valor de este mercado se pueden distinguir una serie de elementos singulares. En primer lugar, los editores son los encargados de diseñar el contenido (línea editorial) y formato de sus publicaciones, de decidir el volumen de producción y de establecer la estructura del precios, es decir cuanto cobrar por unidad vendida a un lector y cuanto cobrar a un anunciante por bloque de anuncio, de modo que puedan asegurar que ambos grupos de consumidores “suban a bordo” de la plataforma. Para esto, el editor ha de considerar que los anunciantes serán atraídos a un periódico determinado según la base de lectores que tenga este periódico y posiblemente, aunque en menor medida, los lectores optarán por un periódico que no sólo los informe si no que les permita entrar en contacto con cierta publicidad de interés.

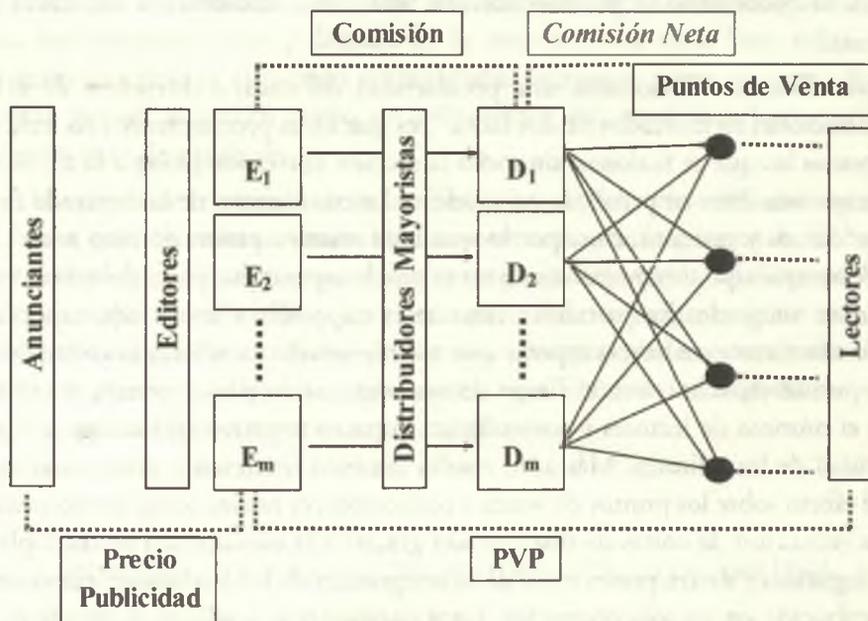
La decisión del editor, no sólo se refiere a los precios y el volumen de producción, si no también al grado de diferenciación de su publicación respecto a otras plataformas rivales, quizás enfocándose en un segmento de la demanda específico. Un ejemplo claro es que existen periódicos deportivos especializados en determinados equipos de fútbol. *Marca* y *As* son los periódicos de referencia del Real Madrid, mientras que *Mundo Deportivo* y *Sport* son periódicos que apuntan a los simpatizantes del FC Barcelona. También se podrían encontrar ciertas simpatías entre grupos editoriales y equipos de la arena política. Como hemos mencionado anteriormente, este grado de diferenciación de los productos suaviza la competencia en precios entre los diferentes editores y entre las distribuidoras mayoristas.

En las actividades de logística, el editor cede a su distribuidor mayorista una comisión que puede ser fija o en función de las unidades distribuidas o vendidas del producto. A partir de esta comisión, el distribuidor mayorista debe establecer, también en función de las necesidades de transporte, rutas y por supuesto distribución geográfica de la masa de lectores, qué parte de la comisión cede a los puntos de venta. Los puntos de venta, por su parte, suelen diferenciarse por su grado de especialización, profesionalidad, ubicación y, que duda cabe, por la distancia geográfica respecto a los centros de logística (almacenes de despacho) de los mayoristas.

Por ejemplo, los quioscos tradicionales son puntos de venta de prensa profesionales, de fácil acceso para los mayoristas y que no comportan para los mayoristas costes significativos de distribución salvo que se trate de un quiosco en una localidad remota. Las gasolineras, en su caso, son menos profesionales y especializadas en prensa, lo que puede conllevar ciertos costes de asesoría y otros de logística. Existe, por lo tanto, cierto grado de diferenciación de los puntos de venta que comportan costes de logística diferentes.

No obstante lo anterior, en la práctica, en una gran cantidad de casos, las condiciones económicas que gozan los puntos de venta se deben a negociaciones realizadas en el pasado, con las asociaciones de vendedores de prensa, por ejemplo, y que suelen respetarse. En otros casos, es el propio editor el que en el pasado estableció dichas condiciones y su mayorista, por lo tanto, se ajusta a esta herencia. En este sentido, las condiciones comerciales de los puntos de venta suelen mostrar un alto grado de rigidez, por lo que cambios en la estructura del mercado (por ejemplo, una concentración de las empresas distribuidoras mayoristas) difícilmente podría influir sobre estas condiciones. Prueba de ello es que en algunas Comunidades Autónomas donde existe un único distribuidor mayorista, las condiciones de venta no parecen ser menos favorables que en Madrid, aun cuando de acuerdo con la lectura de la posición de la CNC en teoría cabría esperar más competencia.<sup>22</sup>

**Figura 1. Esquema de la organización del mercado de edición/distribución de prensa diaria**



Cabe destacar, no obstante, que algunos puntos de venta que se han venido dando de alta en los últimos años, lo han hecho en condiciones comerciales relativamente menos favorables que sus homólogos con mayor antigüedad, prin-

<sup>22</sup> En ese sentido, NERA realizó una comparación de las condiciones de contratación de los distribuidores mayoristas con los respectivos puntos de venta entre Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao. En Barcelona operan dos distribuidores mayoristas, en Valencia y Bilbao uno sólo respectivamente. A pesar de las diferencias en estructura, las comisiones que se pagan a los puntos de venta —entre otras condiciones de comercialización— son de similar entidad entre estas jurisdicciones.

principalmente porque sobre ellos recaen los ajustes en costes que los distribuidores no pueden realizar con otros puntos de venta con los que existen acuerdos preestablecidos que son difíciles de modificar.

Como se mencionó anteriormente, las distribuidoras mayoristas disponen de la exclusividad de distribución de los fondos editoriales atribuidos por sus correspondientes editores integrados. Es decir, desde el punto de vista de cada producto, cada distribuidora tiene una suerte de monopolio de la distribución. Esto, claro está, responde al hecho que la distribución mayorista es en la práctica una actividad con elevados costes fijos (costes de rutas, por ejemplo) que no dependen del número de ejemplares distribuidos por lo que existen economías de escala y de alcance, además de economías de densidad.<sup>23</sup> De esta forma, desde el punto de vista de la minimización de costes unitarios de logística y transporte, la distribución por parte de una sola empresa de todo el fondo editorial sería mucho más eficiente, siendo ésta la justificación principal detrás de la operación de concentración. Parte de esta reducción de costes sería a su vez trasladada a los puntos de venta. En particular, puntos de venta para los que no era rentable el suministro antes de la concentración podrían volverse atractivos, al disminuir los costes de transporte.

Como hemos mencionado, una peculiaridad del caso, a diferencia de otras concentraciones en mercados de dos lados<sup>24</sup>, es que no es precisamente una serie de plataformas las que se fusionan sino sólo la sección correspondiente a la distribución mayorista. Esto en principio no modifica las condiciones de la demanda final por periódicos y por anuncios, por lo que bajo nuestro punto de vista resta por comprobar qué tipo de comportamiento se puede esperar por parte del editor verticalmente integrado. En particular, interesaría responder a la cuestión específica sobre si efectivamente cabría esperar que se empeorarán condiciones comerciales de los puntos de venta, con el riesgo de que algunos de ellos cerraran, disminuyendo el número de lectores y teniendo un impacto negativo en los ingresos por publicidad de los editores. Más aún, resulta también interesante determinar cuál sería el efecto sobre los puntos de venta o consumidores finales como consecuencia de una reducción de costes de distribución gracias a la eliminación de multiplicidades logísticas y de transporte, fruto de la integración de las actividades mayoristas de distribución en un sólo proveedor. Estas cuestiones se analizan en detalle en la siguiente sección desde una perspectiva más formal del análisis económico.

.....

<sup>23</sup> Las economías de densidad surgen porque es más económico suministrar el producto a un grupo de puntos de venta cuando se encuentran próximos entre sí. Así, es más eficiente para un único distribuidor mayorista suministrar a todos los puntos de venta en un área geográfica, que para dos distribuidores con rutas geográficas similares suministrando a dos grupos distintos de puntos de venta.

<sup>24</sup> Por ejemplo se sugiere consultar el caso AOL/Time Warner. Ver en particular *Commission Opens Full Investigation into AOL/Time Warner Merger*. European Commission Press Release IP/00/634 de Octubre de 2000.

## 4. ENFOQUE ECONÓMICO DEL PROBLEMA

### 4.1. ORGANIZACIÓN DEL MERCADO

Como se ha mostrado anteriormente, la preocupación de la CNC respecto del posible deterioro de las condiciones económicas ofrecidas a los puntos de ventas se justificó desde el punto de vista de un análisis tradicional de efectos unilaterales, considerando que el mercado en cuestión debía definirse como el de distribución mayorista de prensa diaria.

También, hemos sugerido que las conclusiones pueden modificarse en gran medida si se adopta un enfoque alternativo que incorpore todas o las más importantes características de la organización de esta industria. En particular, nuestro argumento gira en torno a la importancia de ampliar el ejercicio de análisis de competencia mediante la introducción, además del mercado asociado a la distribución, del mercado de anunciantes.

Para ello consideramos, dadas las circunstancias de la realidad, que en la práctica los incentivos antes y después de la concentración están bien reflejados por la existencia de una estructura verticalmente integrada y que, en cierta forma, el editor seguirá actuando como un competidor monopolista relativamente bien diferenciado de sus rivales.

Asimismo, un elemento de gran relevancia que debe ser tomando en cuenta es el hecho que, como hemos mencionado anteriormente, los puntos de venta no son homogéneos si no que presentan diferentes grados de especialización y profesionalidad. Así, por ejemplo, los quioscos son puntos de venta que resultan más “útiles” a los editores que las estaciones de servicio o las tiendas de conveniencia. De este modo se puede decir que los quioscos son más “cercaños” al negocio del editor y por lo tanto implican menos costes de logística.

### 4.2. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS: UN MODELO DE ANÁLISIS

La pregunta a responder desde la perspectiva del análisis económico es en qué medida, y tomando en cuenta la mayor cantidad de elementos de juicio, la operación de concentración podría perjudicar a través del cierre de puntos de venta a los lectores.

El enfoque realizado para evaluar dicha pregunta se basó en un modelo analítico que consideraba a una empresa editorial verticalmente integrada con su distribuidor lo que en la práctica implica que los incentivos de ambas empresas están alineados, supuesto adoptado de la realidad. Asimismo, el editor verticalmente integrado decide el nivel de precio por unidad de los productos finales, en este caso, prensa diaria y bloques de publicidad en las ediciones respectivas.

El problema del editor se puede expresar analíticamente como uno de maximización de beneficios (ingresos menos costes), denotados por  $\pi$ , considerando las diferentes interrelaciones de los mercados de dos lados e incorporando a los puntos de venta como proveedores de un servicio. El editor debe escoger óptimamente el PVP,  $p_i$ , el precio por bloque de anuncio,  $p_a$  y la comisión que debe pagar a un punto de venta específico,  $\lambda_n$  de acuerdo con la siguiente expresión:

$$\max_{\{p_i, p_a, \lambda_n\}} \pi = p_i q_i + p_a q_a - \lambda_n n(\lambda_n, t) \quad (1)$$

donde:

$p_i$	PVP de la publicación periódica.
$q_i = [L - b_i p_i] n(\lambda_n, t)$	Es el volumen de ventas de la publicación, la demanda, que depende negativamente del PVP y positivamente del número de puntos de venta ( $\lambda_n, t$ ), siendo el tamaño máximo de puntos de venta denotado por $N$ . Esto se explica por que en la realidad cada punto de venta "crea" demanda por prensa diaria.
$p_a$	Es el precio de un anuncio publicitario incluido en la publicación.
$q_a = a q_i - b_i p_a$ $= a [L - b_i p_i] n(\lambda_n, t) - b_i p_a$	Es el volumen de ventas de anuncios, la demanda, que depende positivamente del volumen de ventas de la publicación a través de $a q_i$ siendo $a$ el parámetro que mide el efecto de red. Asimismo, la demanda de anuncios depende negativamente del precio de un anuncio publicitario.
$\lambda_n$	Es la comisión que el editor ofrece a un punto de venta determinado por la distribución minorista del producto.
$t$	Es el coste de la distribución a un punto de venta.*
$(\lambda_n, t) = \lambda_n / t$	Es el número de puntos de venta que depende positivamente de la comisión y negativamente del coste de distribución que se repercute al punto de venta.**

\* En particular, el coste de proveer a un punto de venta se mide en términos de la distancia entre el punto de venta y el editor, es decir en términos de cuán especializado es el punto de venta en las labores que el editor.

\*\* Esta forma funcional proviene de modelar la decisión de un punto de venta de contratar o no sus servicios con un editor/distribuidor considerando que los puntos de venta están diferenciados por su grado de especialización. El modelo utilizado para alcanzar esta función fue el típico modelo de diferenciación horizontal de Hotelling cuyos detalles se pueden consultar en Tirole, Jean (1988), "The Theory of Industrial Organization", pp. 97 y 279.

En términos simples, el beneficio ( $\pi$ ) del editor depende de los ingresos por ventas de prensa diaria  $p_i q_i$ , ingresos por ventas de anuncios  $p_a q_a$ , descontando los costes por la distribución a los puntos de venta  $\lambda_n n$  ( $\lambda_n, \delta$ ). Nótese que los costes de transporte se trasladan íntegramente a los puntos de venta por lo que no interviene en los beneficios del editor.

De acuerdo con las definiciones, podemos expresar en forma más explícita el objetivo del editor de la siguiente forma:

$$\max_{\{p_i, p_a, \lambda_n\}} \pi = p_i [L - b_i p_i] n(\lambda_n, \delta) + p_a [A(n(\lambda_n, \delta)[L - b_a p_a]) - b_a p_a] - \lambda_n n(\lambda_n, \delta) - F \quad (2)$$

A partir de la solución de este modelo a través de las técnicas estándar de optimización es posible construir un equilibrio de precios y otras variables que refleje aproximadamente la realidad del mercado en cuestión y a partir del cual se pueden realizar estudios de los efectos por cambios en algunos de los parámetros más importantes. Este ejercicio conocido como calibración se presenta en la siguiente sección.

#### 4.3. CALIBRACIÓN Y RESULTADOS

El estudio del comportamiento del editor se basa en la identificación de las condiciones que maximizan sus beneficios. Dado que en la elaboración del modelo se ha adoptado una serie de supuestos simplificadores, se hacen algunos ajustes a la realidad observada en el mercado para que el modelo refleje las condiciones particulares del mercado en la Comunidad de Madrid. A este tipo de método de ajustes se le denomina “calibración” y permite que los resultados tengan una clara asociación con los hechos estilizados del mercado. En particular, se utilizan dos elementos de la realidad, que aunque referenciales, permiten encontrar un equilibrio del modelo que sea consistente:

- En 2008, según información de la prensa diaria en España,<sup>25</sup> aproximadamente un 54% de los ingresos provinieron de las ventas de publicaciones de prensa diaria, mientras que un 47% derivaron de las ventas de publicidad.
- La comisión media neta de costes y portes que se paga a los puntos de venta representa alrededor de 20-25% de los ingresos totales por venta de los ejemplares a los consumidores finales.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Libro Blanco de la Prensa Diaria, 2009.

<sup>26</sup> Estos valores, sin embargo, pueden ser superiores si se trata de promociones y suplementos, asimismo en el caso de revistas también estos valores son más elevados.

El equilibrio a obtener y analizar debe ser consistente al menos aproximadamente consistente con estos hechos estilizados. Los valores de las variables en equilibrio identificadas con una estrella siguiendo la notación convencional y los parámetros calibrados se presentan a continuación.

**Cuadro 2. Calibración de parámetros y Equilibrio**

		Valor
<i>Parámetro</i>	$N$	2,60
	$L$	1,52
	$b_l$	0,75
	$b_a$	0,40
	$a$	0,70
	$t$	1,25
<i>Equilibrio</i>	$p_a^*$	0,990
	$p_l^*$	0,666
	$\lambda_l^*$	0,694
	$n^*$	1,109

Fuente: Elaboración propia.

En primer lugar procedemos a mostrar que ocurre con el equilibrio y en particular con la comisión pagada a los puntos de venta cuando se modifica el efecto de red del mercado de dos lados, calibrado según nuestro ejercicio en  $a = 0,70$ :

**Cuadro 3. Variaciones en los efectos de red medidos por el parámetro  $a$**

$a$	$\lambda_n^*$	$n^*$	$p_a^*$	$p_l^*$	Ingresos por publicidad (% total)	Comisión (% ingresos de venta de periódicos)
0,68	0,631	1,010	0,835	0,729	28,0%	18,9%
0,70	0,694	1,110	0,990	0,666	34,2%	33,5%
0,72	0,811	1,298	1,279	0,558	45,2%	66,0%

Fuente: Elaboración propia.

En este equilibrio, un incremento (reducción) del parámetro  $a$  implica que los anunciantes valoran más (menos) la base de clientes, o un cliente adicional, que el editor es capaz de captar del lado del mercado de lectores. Como se observa, pasar de 0,7 a 0,72 (en la primera columna) implica que el precio de equilibrio de los anuncios debe aumentar, el PVP de prensa diaria disminuir y la comisión pagada a los puntos de venta, expresada como porcentaje de las ventas de periódicos, debe incrementarse significativamente. Esto sugiere que, intuitivamente, es económicamente racional compensar más a los puntos de venta de modo que algunos que estaban fuera del mercado se incorporen añadiendo a su vez más lectores a la base del editor.

El ejercicio más interesante, sin embargo, es el que se puede realizar considerando modificaciones en el parámetro que refleja los costes de la logística de suministrar ejemplares a un punto de venta,  $t = 1,25$ . Según el argumento planteado con anterioridad, sólo cabe preguntarse en qué medida los ahorros en costes derivados de la integración de actividades mayoristas de distribución serán o no trasladados a los consumidores o si podrán ir en beneficio de los puntos de venta.

Este ejercicio se presenta en el Cuadro 4 a continuación. En aquél se plasman los resultados de reducir los costes de 1,25 a 1,22 (aproximadamente un ahorro por punto de venta del 2,5%) y luego a 1,20 (un ahorro del 4,0%). Como es evidente debido a que el modelo implica que los costes de transporte repercuten siempre sobre los puntos de venta, una caída de éstos de por sí ya mejora la situación de los mismos. Adicionalmente, como se observa en la segunda columna del cuadro, los incentivos del editor van también en la dirección de incrementar la comisión a los puntos de venta.

**Cuadro 4. Estática comparativa para reducciones del coste de transporte**

$t$	$\lambda_n^*$	$n^*$	$P_a^*$	$P_l^*$	Ingresos por publicidad (% total)	Comisión (% ingresos de venta de periódicos)
1,25	0,694	1,110	0,990	0,666	34,2%	33,5%
1,22	0,740	1,213	1,118	0,622	38,6%	48,4%
1,20	0,801	1,334	1,279	0,565	44,2%	67,9%

Fuente: Elaboración propia.

Este resultado que en un análisis más convencional podría resultar contraintuitivo tiene su explicación precisamente en el tipo de estructura que configura el mercado de edición/distribución de prensa diaria. Debido a que ahora es menos costoso para el editor llegar a suministrar los ejemplares en el margen también

tendrá incentivos a alcanzar a más puntos de venta que antes probablemente no hubiesen existido. La idea detrás de este importante resultado es que el editor correctamente internaliza el efecto que tendrá llegar a un punto de venta adicional sobre el incremento de la base de lectores y por lo tanto sobre los ingresos que puede obtener de la venta de publicidad a precios más rentables para éste.

Nótese que este resultado puede ser extensible al análisis de una concentración que involucre más componentes del mercado, como por ejemplo entre plataformas de editores. En este caso, la naturaleza de dos lados del mercado sugiere que los ahorros de costes generados por la operación serán trasladados de manera más efectiva a los puntos de venta, lo que compensaría el efecto de una supuesta pérdida de rivalidad entre las plataformas.<sup>27</sup>

## 5. CONCLUSIONES

Los mercados de dos lados suelen presentar desafíos importantes en materia de análisis de competencia. Las definiciones de mercados relevantes así como los efectos de operaciones de concentración deben enfocarse desde una perspectiva que incorpore los elementos de mercado más relevantes, especialmente el hecho que no se pueden desligar las demandas específicas de uno y otro lado del mercado.

En el caso de la concentración de Distrirutas-Gelesa-Siglo XXI-Logintegral, las circunstancias del mercado y su organización en la Comunidad de Madrid pueden agregar complicaciones adicionales, especialmente al decidir qué tipo de enfoque se ha de adoptar en el análisis. Sin embargo, llama la atención que no se haya considerado en profundidad la existencia de una importante relación entre el mercado en el que se centró el análisis y el mercado de anunciantes, llevando su argumentación por un camino más tradicional que podría no ser del todo adecuado. A ello se suma la débil discusión de otros aspectos del mercado, como la escasa rivalidad pre-existente entre distribuidores mayoristas.

En este artículo, hemos sugerido que al incorporar buena parte de los hechos estilizados del mercado, es posible alcanzar conclusiones distintas de las esperadas mediante el uso de herramientas de análisis convencionales en materia de estudios económicos.

Si bien el Consejo de la CNC aprobó la concentración con condiciones, por todos los argumentos aquí presentados, no eran tan previsibles los efectos unilaterales identificados por la autoridad, cuando menos en lo que respecta a los puntos de venta. Además era de esperar que los ahorros de costes de por sí fluyeran naturalmente hacia los lectores y que el peso de ampliar o mantener la base de lectores recayera sobre los anunciantes en forma de precios de publicidad relativamente

<sup>27</sup> Tal como hemos discutido anteriormente, en tanto los editores están claramente segmentados entre sí parecería existir en todo caso escasa sustituibilidad entre los productos ofrecidos por éstos.

mayores. Además, aunque de media, fuera posible que el precio de la “plataforma”, es decir el precio medio pagado por anunciantes más el precio medio pagado por lectores, aumentara a la luz de nuestro análisis, ello no implicaba necesariamente un deterioro del bienestar de los consumidores de uno y otro lado del mercado.

## SEGUNDA PARTE DIRECCIONES DE INTERNET



## SEGUNDA PARTE

### DIRECCIONES DE INTERNET

1. INTRODUCCIÓN

2. OBJETIVOS

3. METODOLOGÍA

4. RESULTADOS

5. CONCLUSIONES

6. BIBLIOGRAFÍA

7. ANEXOS

8. GLOSARIO

9. INDICADORES

10. REFERENCIAS

11. ANEXOS

12. ANEXOS

13. ANEXOS

14. ANEXOS

15. ANEXOS

16. ANEXOS



## UNIÓN EUROPEA

### ALEMANIA

Bundeskartellamt

<http://www.bundeskartellamt.de/>

Monopolkommission

<http://www.monopolkommission.de/>

### AUSTRIA

Bundeskartellanwalt

<http://www.bmj.gv.at/justiz/content.php?nav=63>

Bundeswettbewerbsbehörde

<http://www.bwb.gv.at/BWB/default.htm>

### BÉLGICA

Ministère des Affaires Economiques: Organisation du Marché

[http://www.mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/home\\_fr.htm](http://www.mineco.fgov.be/organization_market/competition/home_fr.htm)

### BULGARIA

Commission on Protection of Competition

<http://www.cpc.bg/public/index.php>

## CHIPRE

Commission for the Protection of Competition

[http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index\\_gr/index\\_gr?OpenDocument](http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index_gr/index_gr?OpenDocument)

## DINAMARCA

Konkurrencestyrelsen

<http://www.ks.dk/>

## ESLOVAQUIA

Antimonopoly Office

<http://www.antimon.gov.sk/>

## ESLOVENIA

Competition Protection Office

[http://www.sigov.si/uvk/index\\_eng.php](http://www.sigov.si/uvk/index_eng.php)

<http://www.uvk.gov.si/>

## ESTONIA

Competition Board

<http://www.konkurentsiamet.ee>

## ESPAÑA

Comisión Nacional de la Competencia

<http://www.cncompetencia.es/>

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía

<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/>

Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Catalunya

<http://www.gencat.cat/economia/ambits/politica/competencia/dgdc/index.html>

Tribunal Català de Defensa de la Competència

<http://www.gencat.net/economia/tcdc/web/m0/main/index.html>

Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

<http://www.tgdcompetencia.org/>

Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León

[http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite/up/es/EconomiaEmpleo/Page/PlantillaN2DG  
TextoBuscadores/1157374121695/\\_/\\_/\\_?asm=jcyl&tipoLetra=x-small](http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite/up/es/EconomiaEmpleo/Page/PlantillaN2DGTextoBuscadores/1157374121695/_/_/_?asm=jcyl&tipoLetra=x-small)

Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid

[http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&c=CM\\_Agrupador\\_FP&pagename=ComunidadMadrid/Estrutura&idOrganismo=1109266228977&pid=1109265444699&language=es&cid=1109266187242](http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&c=CM_Agrupador_FP&pagename=ComunidadMadrid/Estrutura&idOrganismo=1109266228977&pid=1109265444699&language=es&cid=1109266187242)

Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia

<http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14593/es>

Servicio Vasco de Defensa de la Competencia

[http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-18959/es/contenidos/informacion/portada\\_svdc/es\\_psvdc/portada\\_svdc.html](http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-18959/es/contenidos/informacion/portada_svdc/es_psvdc/portada_svdc.html)

FINLANDIA

Kilpailuvirasto

<http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi>

FRANCIA

Conseil de la Concurrence

<http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>

Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

[http://www.minefi.gouv.fr/directions\\_services/dgccrf/](http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/dgccrf/)

**GRECIA****Hellenic Competition Commission**<http://www.epant.gr/>**HOLANDA****Nederlandse Mededingingsautoriteit**<http://www.nmanet.nl/engels/home/Index.asp>**HUNGRÍA****Hungarian Competition Council**<http://www.gvh.hu/gvh/alpha?do=2>**IRLANDA****The Competition Authority**<http://www.tca.ie/home/index.aspx>**ITALIA****Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**<http://www.agcm.it/>**LETONIA****Competition Council**<http://www.competition.lv/?l=2>**LITUANIA****Competition Council**<http://www.konkuren.lt/english/index.php>

## LUXEMBURGO

Conseil de la Concurrence

<http://www.eco.public.lu/attributions/iconc/index.html>

## MALTA

Consumer and Competition Division, Ministry of Competitiveness & Communications of Malta

[http://www.mcmp.gov.mt/consumer\\_fairtrade.asp](http://www.mcmp.gov.mt/consumer_fairtrade.asp)

## POLONIA

Office for Competition and Consumer Protection

<http://www.uokik.gov.pl/en/>

## PORTUGAL

Autoridade da Concorrência

[www.autoridadedaconcorrencia.pt](http://www.autoridadedaconcorrencia.pt)

## REINO UNIDO

Competition Commission

<http://www.competition-commission.org.uk/>

Office of Fair Trading

<http://www.oft.gov.uk/>

## REPÚBLICA CHECA

Office for the Protection of Competition

<http://www.compet.cz/en/>

## RUMANÍA

Competition Council

<http://www.competition.ro/en/index1.asp?lang=en>

## SUECIA

Swedish Competition Authority

[http://www.kkv.se/default\\_\\_\\_\\_\\_218.aspx](http://www.kkv.se/default_____218.aspx)

## EUROPA NO COMUNITARIA

## CROACIA

Agency for Protection of Market Competition

<http://www.aztn.hr/>

## ISLANDIA

Competition Authority

<http://www.samkeppni.is/samkeppni/is/>

## MACEDONIA

Monopoly Authority

<http://www.mon.upr.gov.mk/index-eng.htm>

## NORUEGA

Competition Authority

[http://www.konkurransetilsynet.no/portal/page?\\_pageid=235,471065&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.konkurransetilsynet.no/portal/page?_pageid=235,471065&_dad=portal&_schema=PORTAL)

## RUSIA

Russian Ministry for Antimonopoly Policy and Support to Entrepreneurship

<http://hc.ru/ru/>

## SUIZA

Commission de la Concurrence

<http://www.weko.admin.ch/>

## UCRANIA

Antimonopoly Committee

<http://www.amc.gov.ua/>

## AMÉRICA

## ARGENTINA

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

<http://www.mecon.gov.ar/cndc/home>

## BOLIVIA

Portal del sistema de regulación sectorial

<http://www.sirese.gov.bo/>

## BARBADOS

Fair Trading Commission of Barbados

<http://www.ftc.gov.bb/>

## BRASIL

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

<http://www.cade.gov.br/>

## CANADÁ

Competition Bureau

<http://www.competitionbureau.gc.ca/>

Competition Tribunal

<http://www.ct-tc.gc.ca/index.asp>

## COLOMBIA

Superintendencia de Industria y Comercio

<http://www.sic.gov.co/>

## COSTA RICA

Comisión para Promover la Competencia

<http://www.coprocom.go.cr/>

## CHILE

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

<http://www.tdlc.cl>

## ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

US Department of Justice DOJ. Antitrust Division

<http://www.usdoj.gov/att/>

Federal Trade Commission FTC

<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>

Opinions of the Attorney General of Washington

<http://www.atg.wa.gov/Antitrust/default.aspx>

## JAMAICA

Fair Trading Commission

<http://www.jftc.com>

## MÉXICO

Comisión Federal de Competencia

<http://www.cfc.gob.mx/>

## PANAMÁ

Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor

<http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>

## PERÚ

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

<http://www.indecopi.gob.pe/>

## VENEZUELA

Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

<http://www.procompetencia.gov.ve/>

## ASIA Y OCEANÍA

## AUSTRALIA

Australian Competition and Consumer Commission

<http://www.accc.gov.au/>

National Competition Council

<http://www.ncc.gov.au/>

## COREA

Fair Trade Commission

<http://www.ftc.go.kr/eng/index.html>

## FILIPINAS

Department of Trade and Industry

<http://www.dti.gov.ph/>

## INDONESIA

Commission for the Supervision of Business Competition

<http://www.kppu.go.id/new/index.php>

## ISRAEL

Antitrust Authority

<http://www.antitrust.gov.il/Antitrust/en-US>

## JAPÓN

Fair Trade Commission

<http://www.jftc.go.jp/e-page/index.html>

## NUEVA ZELANDA

Business Competition

<http://www.comcom.govt.nz/>

## TAILANDIA

Business Competition Bureau

<http://www.dit.go.th/diteng/>

Fair Trade Commission

<http://www.ftc.gov.tw/EnglishWeb/English.html>

## TURQUÍA

Competition Authority

<http://www.rekabet.gov.tr>

## UZBEKISTÁN

State Committee on Demonopolization and Competition Development

<http://www.antimon.uz/eng/>

## ÁFRICA

## KENIA

Monopolies and Prices Commission

<http://www.treasury.go.ke/departement.php?deptID=8>

## SUDÁFRICA

Competition Commission

<http://www.compcom.co.za>

Competition Tribunal

<http://www.comptrib.co.za/>

## ZAMBIA

Competition Commission

<http://www.zcc.com.zm/>

## ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

APEC: ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION

Competition and Regulatory Reform

[http://www.apec.org/apec/apec\\_groups/economic\\_committee/competition\\_policy.html](http://www.apec.org/apec/apec_groups/economic_committee/competition_policy.html)

Competition Policy and Law Database

<http://www.apeccp.org.tw/>

COMUNIDAD ANDINA: BOLIVIA, COLOMBIA, ECUADOR, PERÚ, VENEZUELA

<http://www.comunidadandina.org/competencia.htm>

EFTA: EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION

EFTA Surveillance Authority

<http://www.eftasurv.int/fieldsOfWork/fieldcompetition/>

Court

<http://www.eftacourt.lu/>

FTAA - ALCA: AREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS

Grupo de Negociación sobre Política de Competencia

[http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp)

OEA: ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

SICE (Sistema de Información sobre Comercio Exterior)

[http://www.sice.oas.org/compol/com\\_pols.asp](http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp)

OECD: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Competition

[http://www.oecd.org/topic/0,2686,en\\_2649\\_37463\\_1\\_1\\_1\\_1\\_37463,00.html](http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html)

UE: UNIÓN EUROPEA

Dirección General de Competencia de la Comisión Europea  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_es.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_es.html)

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas  
<http://curia.europa.eu/es/transitpage.htm>

UNCTAD: CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y  
DESARROLLO

Políticas de Competencia y del Consumidor  
<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/spanish/indexsp.htm>

WTO: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La política de la competencia  
[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/comp\\_s/comp\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/comp_s.htm)

## OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

ABA AMERICAN BAR ASSOCIATION. ANTITRUST SECTION  
<http://www.abanet.org/antitrust/home.html>

AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE  
<http://www.antitrustinstitute.org/>

CANADIAN COMPETITION POLICY PAGE  
<http://csgb.ubc.ca/ccpp/>

CÁTEDRA FUNDACIÓN ICO-NEBRIJA DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA  
COMPETENCIA  
<http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/>

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

<http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/>

[http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007papers).shtml)

FINDLAW

<http://lawecon.lp.findlaw.com/>

<http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html>

GLOBAL COMPETITION LAW CENTRE (COLLEGE OF EUROPE)

<http://www.coleurop.be/template.asp?pagename=gclc>

HIEROS GAMOS GUIDE TO ANTITRUST AND UNFAIR COMPETITION LAW

<http://www.hg.org/antitrust.html>

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E  
COMÉRCIO INTERNACIONAL

<http://www.ibrac.org.br/>

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/home>

PALIDAN ANTITRUST LAW

<http://www.palidan.com/Practice/antitrust.htm>

REG-MARKETS CENTER

<http://www.reg-markets.org/>

THE ANTITRUST CASE BROWSER

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

US ANTITRUST MATERIALS (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, CORNELL  
LAW SCHOOL, US)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>











*fundación*

