

## UN HORIZONTE NUEVO PARA LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN

AMADEO PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

### Introducción

De acuerdo con BURKE, GENN-BASH, HAINES (1988), la sociedad occidental está organizada bajo el supuesto de que las empresas compiten libremente en los mercados de factores de producción, bienes, servicios y por la propiedad de empresas menos eficientes. En este juego competitivo, en el que la eficiencia es un elemento fundamental, los ganadores obtienen beneficios elevados y los individuos mejoran su nivel de vida de forma relevante. Se trata, en consecuencia, de fomentar la competencia, eliminar la regulación ineficiente, mejorar e incentivar la tarea de los reguladores y, por último, mejorar el entorno donde compiten los operadores económicos. Pero también se trata de evitar que las empresas utilicen el Derecho de la competencia por cuestiones meramente estratégicas.<sup>1</sup>

Con el fin de mejorar la aplicación del Derecho de la competencia y mejorar la eficacia de las actividades de regulación y desregulación, el pasado día 9 de octubre de 2012, la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia, en cumplimiento del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 27 de septiembre anterior, remitió al Presidente del Congreso de los Diputados, en nombre del gobierno, el Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (PLCNMC),<sup>2</sup> acompañado de los correspondientes Memoria de impacto normativo y Dictamen del Consejo de Estado.

1. PRESTON MCAFEE, MIALON, MIALON (2007).

2. Se ha dicho que uno de los factores impulsores del PLCNMC ha sido un informe de PwC (2012), solicitado por Telefónica de España. La repercusión real de dicho informe se desconoce pero, en todo caso, el texto del PLCNMC va mucho más allá del mismo.

El citado Proyecto se apoya en la constatación de que, en España, el número de organismos supervisores se ha incrementado en los últimos años,<sup>3</sup> no siempre de forma justificable desde la perspectiva de la racionalidad económica y administrativa. Lógicamente, la pluralidad de órganos supervisores conlleva el riesgo de problemas de coordinación y de coherencia en las resoluciones dictadas por todos y cada uno de ellos, con los consiguientes efectos sobre la seguridad jurídica de los administrados. Asimismo, la proximidad de los reguladores con los operadores regulados, efecto de la desagregación de los organismos supervisores, entraña un mayor riesgo de captura del regulador en comparación con la presencia de un organismo único que acumule funciones de defensa de la competencia y de responsabilidad reguladora.

Al mismo tiempo, el menor número de supervisores debe traducirse, necesariamente, en una reducción de los costos totales de la supervisión sin que dicha reducción deba entrañar, necesariamente, una pérdida de eficacia de los supervisores; lo más probable es que suceda lo contrario.

Con estos elementos de referencia, el objeto de la Ley propuesta es:

la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores<sup>4</sup> supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.<sup>5</sup>

Se trata, en consecuencia, de sustituir un conjunto de organismos, con muchos elementos en común, integrándolos en uno solo, independiente e imparcial, mucho más potente y, con toda probabilidad, más eficaz.

Adicionalmente, los objetivos perseguidos, de acuerdo con la Memoria de impacto económico del PLCNMC (la Memoria) son: en primer lugar, aumentar

3. Las Comunidades Autónomas han contribuido a dicho aumento, lo que ha supuesto acercar los reguladores a los regulados. Ahora se invierte la tendencia y algunas administraciones están prescindiendo de sus órganos de defensa de la competencia, por ejemplo.
4. La mención a sectores y mercados es idónea y evita confusiones e imprecisiones.
5. Alguno de los organismos citados son de reciente creación. Por ejemplo, el establecimiento y concesión de autonomía funcional del Comité de Regulación Ferroviaria tuvo lugar mediante la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales ha sido creado por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria fue establecida por Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto. También debe mencionarse la Comisión Nacional del Juego, prevista en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, que se suprime al no haberse constituido efectivamente. Otros órganos reguladores quedan fuera del PLCNMC, por causas de difícil justificación metodológica. Por su naturaleza, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores quedan al margen de la reforma.

la eficiencia del sector público y racionalizar sus estructuras;<sup>6</sup> en segundo lugar, mejorar la seguridad jurídica, la regulación y la supervisión de un conjunto de sectores y mercados regulados para mejorar la competencia y facilitar la liberalización; y, en tercer lugar, aumentar la independencia de la nueva CNMC. Ello implica, además de reducir el número de organismos, simplificar su estructura y conducta y, por último, aumentar la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros. En la Memoria se hace referencia, también, al crecimiento y al entorno económico como consecuencia del reforzamiento del fomento de la libre y leal competencia, resultado de la reordenación de los órganos afectados por el Proyecto que se analiza.<sup>7</sup>

El análisis que se desarrolla a continuación responde al siguiente guión: en primer lugar, se abordan un conjunto de cuestiones generales; en segundo lugar, se hace referencia a la incompleta preparación del Anteproyecto; en tercer lugar, se analizan los grandes objetivos de la reforma; en cuarto lugar, se tratan un conjunto de cuestiones relacionadas con el control de la actividad de la CNMC y de los responsables de llevar a cabo la misión encomendada y, por último, se hace referencia al análisis económico como referencia. Se termina con unas conclusiones.

## 1. Cuestiones generales

Lógicamente, una modificación de calado como la que supone la creación de la CNMC exige proceder, con la debida finura, al reparto de competencias con los departamentos ministeriales afectados, los cuales, sin duda, son reacios a compartir o perder espacios de influencia y pretenden aprovechar el proceso para recuperar competencias perdidas. A dichos departamentos se les asignan —exclusivamente, se dice— tareas administrativas, correspondiendo a la CNMC, en régimen de exclusividad en aras de su independencia, el ejercicio de velar por el comportamiento competitivo de los operadores económicos en los mercados. En todo caso, los principios de independencia y eficiencia deberán ser, de forma inexcusable, los faros orientadores de la CNMC. En consecuencia, debe subrayarse que la apuesta por la transparencia<sup>8</sup> supone una referencia fundamental.

6. La Memoria sostiene que «La reforma puede suponer unos ahorros brutos anuales de alrededor de 28.155.234 euros». Se trata de ahorros brutos, pero sorprende que se diga «puede» y «alrededor», y al mismo tiempo se ofrezca una cifra tan precisa, sin redondeo alguno. En todo caso, al referirse al ahorro neto, la Memoria añade: «deberá tenerse en cuenta el Presupuesto de la Comisión, los costes que supondrían la integración y puesta en funcionamiento de la Comisión teniendo en cuenta los costes de las funciones que se trasladan a los ministerios correspondientes», en claro contraste con la precisión anterior.

7. En la Memoria se destaca que «no se introduce ni se suprime ninguna de las funciones de supervisión y control contempladas en la normativa vigente, sino que únicamente se procede a su reordenación, y es de dicha reestructuración de dónde se esperan (*sic*) cosechar sinergias que mejorarán la capacidad de la nueva autoridad para supervisar los sectores incluidos en su ámbito de competencias». Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de aprovechar la reforma para modernizar el sistema de defensa y promoción de la competencia.

8. «Se requiere a la Comisión que haga públicos todos aquellos informes que emita, la memoria anual de actividades y los planes anuales o plurianuales».

Sorprende que, dada la relación directa y la fuerte interdependencia entre la mejora del entorno competitivo, función básica del organismo que se crea, y los intereses de los consumidores,<sup>9</sup> no se integre en el mismo el Instituto Nacional de Consumo, encargado de dicha misión.<sup>10</sup> Se ha perdido una buena oportunidad para simplificar, aún más, la estructura administrativa reforzando, al mismo tiempo, la eficacia de la CNMC y la articulación entre los intereses de los consumidores y la defensa de la competencia. No se ha tomado suficientemente en consideración que los consumidores son los primeros beneficiarios del funcionamiento competitivo de los mercados.

Destaca, por tratarse de una cuestión fundamental que debe iluminar, sin sombras, el ejercicio de la CNMC, la declaración de independencia sobre la base de la cual la Comisión velará por la aplicación uniforme de la normativa sectorial y general de competencia en el territorio español mediante la cooperación con las administraciones y autoridades competentes, españolas o no. La independencia, en consecuencia, se establece como una referencia fundamental e irrenunciable.

Como punto débil debe subrayarse que el PLCNMC no recoge el principio de que la competencia es un reflejo de los derechos de propiedad<sup>11</sup> y nada se dice acerca de la aplicación de los principios del análisis económico al estudio del comportamiento eficiente de los mercados,<sup>12</sup> de la consideración de los efectos como referencia fundamental de las conductas y de la armonización de la normativa española con la comunitaria.

El marco analítico inspirador del PLCNMC debería haberse apoyado en principios elementales como los siguientes: en primer lugar, la asignación eficiente de recursos entre sectores económicos (eficiencia asignativa); en segundo lugar, la minimización de los costes de producción con la competitividad como referencia (eficiencia técnica); y, por último, la asignación óptima de los recursos con la innovación como guía. En otros términos, el fin último del fomento de la competencia son la eficiencia y el bienestar de la sociedad.

El análisis de la realidad revela que, de acuerdo con la centenaria tradición norteamericana, cada vez es más aceptado que las autoridades encargadas de aplicar las normas de defensa de la competencia han ido centrando su interés en los

9. En el Tribunal de Defensa de la Competencia (1995) se sostenía que «la competencia conduce a una asignación de recursos más eficiente, estimula la inversión y el crecimiento económico e impone una férrea disciplina en los mercados que contribuye a frenar el crecimiento de los precios. Ello permite alcanzar tasas de crecimiento económico más elevadas y elevar la renta real per cápita. Es evidente que a largo plazo todos nos beneficiamos de la introducción de competencia».
10. De acuerdo con el RD 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, «El Instituto Nacional del Consumo es el organismo que ejerce, en desarrollo de lo establecido en el artículo 51 de la Constitución y en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, las funciones de promoción y fomento de los derechos de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito competencial de la Administración del Estado».
11. DEMSETZ (1989).
12. DREXL, IDOT, MONÉGER (2009) afirman, con singular contundencia, que «la teoría económica siempre ha sido la base de las normas de defensa de la competencia».

principios de libertad de mercado y el ejercicio del poder de mercado. En relación con estas cuestiones, y sobre la base de la fuerza de la teoría económica, el centro de interés se ha ido desplazando desde los principios estrictamente jurídicos hacia la aplicación de los instrumentos característicos del análisis económico de los mercados y la competencia con el fin de interpretar consistentemente la naturaleza y los efectos de las conductas. De la misma manera, la política de competencia es la piedra angular de la política económica en las modernas economías de mercado.<sup>13</sup> Olvidar estas cuestiones supondrá un freno relevante a la modernización de la aplicación del Derecho de la competencia y de las normas que deben regir la regulación de los mercados, al tiempo que una pérdida de eficacia en el ejercicio de las funciones de la CNMC.<sup>14</sup>

## 2. La incompleta preparación del anteproyecto

Durante la elaboración del *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (Libro Blanco)*<sup>15</sup> se abrió un amplio periodo de consultas con el fin de recabar la opinión y, en su caso, los informes de cuantos tuvieran interés en el proyecto, fueran empresas, profesionales o Administraciones Públicas (AA. PP.).

Pese a los resultados positivos alcanzados como resultado de la colaboración de terceros, ajenos a las Administraciones Públicas, en la elaboración del *Libro Blanco*, en la preparación del PLCNCM se ha prescindido de la audiencia pública; algo difícil de justificar. Se consideró que la constitución de un grupo de trabajo interministerial y la intervención de las AA. PP. era suficiente; lo que no se sostiene. Ciertamente es que la respuesta de estas fue amplia reflejando el interés suscitado por el PLCNCM, especialmente en relación con los departamentos ministeriales interesados o afectados directamente en o por el mismo.

Pero la consulta no ha sido completa. Se han dejado fuera del proceso a muchos interesados; expertos, sin duda, con amplia experiencia y conocimiento en el campo de la defensa de la competencia.

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2012, se constituyó el citado grupo de trabajo interministerial con representantes de los Ministerios de la Presidencia; de Economía y Competitividad; de Industria, Energía y Turismo; de Fomento; de Hacienda y Administraciones Públicas, y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; además de la Oficina Económica del

13. Ver NEUMANN, WEIGAND (2004).

14. Ver KAPLOW, SHAPIRO (2007).

15. Ministerio de Economía y Hacienda (2005). En Servicio de Defensa de la Competencia (2006) se afirma que «El *Libro Blanco* fue publicado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia, abriéndose un periodo de información y consulta... Durante este periodo se recibieron muy diversas aportaciones por parte de agentes privados interesados en la reforma legislativa» Ver PETITBO (2005).

Presidente. Dichos organismos realizan funciones *ex ante* y *ex post*, administrativas, consultivas y de arbitraje y de resolución de conflictos cuyo objetivo general, en el campo que nos ocupa, debe ser garantizar la competencia efectiva en los distintos mercados, en coincidencia con la misión encomendada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

De acuerdo con la Memoria y el Dictamen del Consejo de Estado, emitieron informe a las distintas versiones del Anteproyecto los siguientes organismos: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; la Comisión Nacional de la Energía; la Dirección General de Aviación Civil; el Comité de Regulación Ferroviaria; la Comisión Nacional del Sector Postal; AENA; la CNC; las Secretarías Generales Técnicas del Ministerio de la Presidencia, del Ministerio de Economía y Competitividad, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Fomento. Asimismo, se pronunciaron las Secretarías de Estado de Energía, de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, y de Presupuestos y Gastos. También lo hicieron los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y de Fomento así como la Dirección General de Función Pública, Consejo Económico y Social y Consejo de Consumidores y Usuarios. Y, por supuesto, el expediente cuenta con el oportuno Dictamen del Consejo de Estado. Una multitud de interesados que han contribuido a mejorar significativamente el texto inicial. Sin embargo, el texto actual admite mejoras adicionales, algo que, con toda probabilidad, se hubiera conseguido si la consulta se hubiera abierto a los expertos en materia de regulación y competencia, tal como se hizo en el caso del *Libro Blanco*. La pregunta es: ¿por qué no se hizo? No hay duda de que no cabe justificación alguna apoyada en el principio de urgencia, pues tiempo ha habido para que cuantos tuvieran interés en la propuesta hubieran emitido sus informadas opiniones.<sup>16</sup>

En definitiva, mucha administración y pocos interesados privados. Algo no acorde con la necesaria racionalidad que debe guiar los procesos de elaboración de normas de la trascendencia de la comentada ni con los criterios que deberían dirigir cualquier acción de gobierno que afecta a los consumidores y a las empresas en una economía de mercado industrializada y competitiva.

16. El caudal de conocimiento acumulado por los profesionales expertos en Derecho de la competencia y regulación/desregulación que hubieran colaborado desinteresadamente en el proceso, ha sido desperdiciado; algo que difícilmente se explica desde la racionalidad tan necesaria en el proceso de redacción de normas, especialmente cuando estas afectan al comportamiento competitivo de los mercados y a los intereses de los consumidores.

### 3. Los grandes objetivos de la reforma propuesta

La reforma propuesta, que incide plenamente en la estructura y la conducta de los mercados, debe perseguir tres grandes objetivos, a saber: en primer lugar, contribuir a maximizar el bienestar de la sociedad; en segundo lugar, definir la Autoridad y elegir a los más idóneos; y, en tercer lugar, definir las funciones de la CNMC y organizar su actividad con eficiencia e independencia.

#### 3.1. Contribuir a maximizar el bienestar de la sociedad

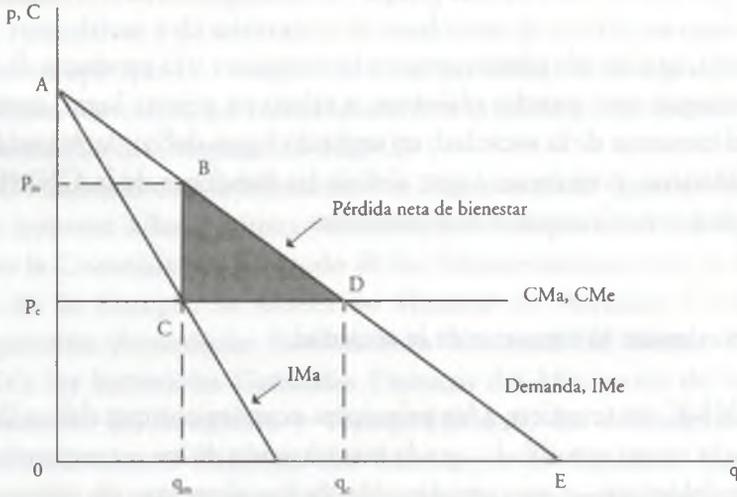
Pese a que el PLCNMC no se refiere a los principios económicos que deben ilustrar la actuación de la nueva autoridad —y a la introducción de los correspondientes principios metodológicos— u na consideración de los elementos de referencia que deben guiar el quehacer cotidiano de las autoridades reguladoras y de defensa de la competencia revela que los principios del análisis económico son una referencia inexcusable. Los profesionales que trabajarán en la nueva autoridad deberán articular, con suma precisión y conocimiento, el análisis económico y el análisis jurídico; algo que no siempre ha sucedido. De hecho, deberán tomar como referencia que las conductas de las empresas no afecten negativamente al bienestar de la sociedad, tal como lo define la teoría económica.

La vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007) resume, en su Preámbulo, la plataforma económica que sustenta los principios inspiradores del Derecho de la competencia moderno. No es muy original, pero no deja lugar a las dudas, pues se apoya en premisas sencillas pero robustas que pueden encontrarse en cualquier buen manual de introducción a la economía o a la economía industrial.<sup>17</sup>

La relevancia del análisis económico, en relación con la maximización del bienestar de la sociedad, fin último de las estrategias de defensa de la competencia y de la actuación eficiente de los órganos reguladores, puede resumirse con un sencillo ejemplo (Figura 1).

17. Los cursos de las universidades norteamericanas y europeas ofrecen buenas referencias en relación con esta cuestión. Ejemplos de textos aconsejables son SCHERER, ROSS (1990), TIROLE ([1988] 1990), PINDYCK, RUBINFELD ([1995] 2001) o MOTTA (2004).

Figura 1. Monopolio y competencia



La curva de demanda ( $D$ ) puede interpretarse como una relación entre cantidades ( $q$ ) y precios ( $p$ )<sup>18</sup> de un bien o servicio correspondiente a cada nivel de consumo y mide el valor que tiene para el consumidor una unidad marginal de  $q$  en cada nivel de consumo. Bajo determinadas condiciones técnicas, la función de demanda es decreciente, traduciendo el hecho de que lo que el comprador está dispuesto a pagar por cada unidad de  $q$  (su valoración marginal) es menor a medida que aumenta la cantidad poseída del bien o servicio. En otros términos, cada punto de la curva refleja la cantidad marginal<sup>19</sup> que los consumidores estarían dispuestos a pagar por cada unidad del bien o servicio. En consecuencia, el área que queda por debajo de la curva de demanda refleja la cantidad total ( $pq$ ) que los consumidores están dispuestos a pagar por una determinada cantidad del bien o servicio.

Con el fin de simplificar el análisis y poner de manifiesto las virtudes del mercado y de la competencia, supónganse dos posibilidades: en primer lugar, un mercado suministrado por un conjunto de empresas que compiten entre sí y, en segundo lugar, un mercado dominado por una empresa monopolística. Supóngase, también, que los costes medios ( $CMe$ ), en ambos casos, son constantes y, en consecuencia, iguales a los costes marginales ( $CMa$ ). La demanda del mercado se representa por la línea  $AE$ , que equivale al ingreso medio ( $IME$ ). De acuerdo con el análisis económico, cuando las empresas compiten, el precio de los bienes y servicios se iguala al  $CMa$ . En este caso, los precios y las cantidades se reflejan en

18. Los precios, en los mercados con competencia perfecta, incluyen los beneficios normales correspondientes a una situación competitiva, con independencia de los beneficios extraordinarios, por lo general asociados al ejercicio de la posición de dominio —individual o colectiva— en el mercado. Las conductas perseguidas por las Autoridades de Defensa de la Competencia (ADC) tienen como referencia principal los beneficios extraordinarios obtenidos por los operadores económicos que incumplen la regulación de defensa de la competencia en perjuicio de sus clientes y de los consumidores.

19. Adquisición de las unidades del bien o servicio, una a una.

$p_c$  y  $q_c$ , respectivamente. En el supuesto de un mercado monopolizado, la empresa monopolística maximiza sus beneficios fijando la cantidad en aquel punto  $C$  donde el  $CMa$  se iguala con el ingreso marginal ( $IMa$ ). Esto supone que si la cantidad ofrecida se fija en  $q_m$ , el precio del monopolio será  $p_m$ .<sup>20</sup> En este punto el  $CMa$  es inferior al precio y el  $CMe$  es inferior al  $IMe$ .

Como puede verse fácilmente, la ausencia de competencia, en principio, supone mayores precios ( $p_m > p_c$ ) y cantidades producidas y ofrecidas menores ( $q_m < q_c$ ). En definitiva, una transferencia directa de recursos de los consumidores hacia el monopolista y una pérdida neta —irrecuperable— de bienestar<sup>21</sup> para el conjunto de la sociedad. Este resultado refleja que no se alcanzan los resultados anunciados por Knight<sup>22</sup> al referirse a los mercados y a las sociedades competitivas en los cuales la organización económica tiende a asignar cada recurso productivo de manera que añada el mayor valor posible al dividendo nacional valorado en términos monetarios y a gratificar a cada participante en el proceso productivo con la fracción del dividendo social conseguido gracias a su cooperación.

Por todo ello, no resulta extraño que la presencia de empresas que ostentan, individual o conjuntamente, una inequívoca posición de dominio en sus mercados respectivos, haya sugerido el análisis de los abusos de dicho poder, de las ineficiencias productivas y dinámicas y del coste social correspondiente así como de políticas «proactivas»<sup>23</sup> con el objetivo de promover y defender la competencia.

El PLCNMC que se examina debe enmarcarse en este esquema como punto de partida. La finalidad de las autoridades de defensa de la competencia (ADC) y de los organismos reguladores debe desembocar en una maximización del excedente del consumidor y en una mejora continua de la eficiencia empresarial y del bienestar. Cualquier otra alternativa se aleja de su función fundamental. Algo que, en ocasiones, ha sucedido y que debe evitarse.

El empleo del análisis económico debe permitir conocer con la debida precisión la forma de las conductas y sus efectos. Por ejemplo, REY *et alii* (2006) sostienen que las autoridades de defensa de la competencia deberían tomar en consideración los efectos de las conductas como referencia fundamental. La lógica de la argumentación al respecto es sencilla: dos conductas distintas con los mismos efectos deben tener un trato equivalente. De la misma forma, dos conductas idénticas con efectos distintos deben tener un trato distinto. Jenny (2007) es contundente al respecto:

20. En este caso, como se refleja en la figura, el precio incluye beneficios extraordinarios, por encima de los beneficios normales percibidos por los empresarios en los mercados competitivos. El mayor precio perjudica a los demandantes en beneficio del monopolista.

21. Reflejada por el triángulo BCD sombreado. En otros términos, la competencia perfecta permite alcanzar la eficiencia productiva y asignativa.

22. KNIGHT ([1923] 1935).

23. Ver la Ley catalana por la que se crea la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia.

el análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas procompetitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto procompetitivo (o ser pro-eficiencia) y en otras circunstancias del mercado tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial.

### 3.2 Definir la autoridad y elegir a los más idóneos

La CNMC se diseña como un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. De acuerdo con la Memoria, su objeto —ambicioso, sin duda— es «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento del mercado, así como la transparencia y libre concurrencia en los sectores sobre los que ejerce su supervisión en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos». La CNMC, de acuerdo con el artículo 2 del PLCNMC, estará dotada de: «personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actuará con pleno sometimiento a la ley y con autonomía orgánica y funcional y con plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de cualquier interés empresarial y comercial».<sup>24</sup>

El objetivo de la CNMC es obvio: «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios» (art. 1.2). Además, aunque no se mencione, debe asegurar, también, la competencia leal y trabajar en beneficio de las empresas eficientes cuya conducta y resultados pueden verse afectados negativamente por las conductas contrarias a la competencia llevadas a cabo por sus competidores.

Se trata de un objetivo ambicioso que solo puede llevarse a cabo por profesionales reputados, independientes e idóneos para supervisar las estructuras y las conductas de los mercados de bienes y servicios<sup>25</sup> sometidos a su autoridad. Para alcanzarlo, los encargados de diseñar el nuevo organismo analizaron tres alternativas organizativas: en primer lugar, la integración de los organismos regulados, manteniendo separada la actual CNC. Descartaron esta posibilidad por no maximizar las sinergias que pueden alcanzarse con la integración de todos los órganos considerados; algo de sentido común. En segundo lugar, la integración de los órganos sectoriales dotándolos de capacidad para aplicar las normas de defensa de la competencia. Esta alternativa también fue descartada por las dificultades inherentes a la resolución de expedientes que incluyeran empresas de sectores regulados

24. Según el artículo 3.2 del Proyecto, «ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de Mercados y (sic) Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada». Todo ello, sin perjuicio de la cooperación institucional contemplada en el artículo 4.

25. Deberían quedar excluidos aquellos candidatos carentes de la formación exigida.

y no regulados; algo que podría encontrar vías de solución. Y, en tercer lugar, la integración de los organismos sectoriales en la CNC. Pese a la poca tradición al respecto, se optó por esta tercera opción por considerar que puede maximizar las economías de escala y las sinergias, al tiempo que tiene un mayor potencial para la supervisión de los mercados.

A mi juicio, esta tercera opción es la mejor de las posibles a la vista de la experiencia de las ADC y de la actividad de los órganos reguladores a pesar de las dificultades de organización que conlleva.

En la Memoria, con la prudencia exigida, se destaca el riesgo de que la alternativa elegida cree una entidad demasiado *sistémica*, o general. Para atenuar dicho riesgo se simplificaría la mayor parte de las funciones de los organismos sectoriales —devolviendo competencias a los departamentos ministeriales— «por lo que el resultado sería una mayor defensa de la competencia», algo posible pero no demostrado siendo necesario un ejercicio dirigido a asegurar la inequívoca independencia de la Autoridad en el proceso de toma de decisiones.

La independencia exige transparencia. Por ello, destaca, por su relevancia, la obligación de dar publicidad a las reuniones de la CNMC con empresas siempre que no afecte al adecuado cumplimiento de los fines que tiene encomendados. Pero esto no es suficiente. Dada la naturaleza de los asuntos que se sustanciarán en la CNMC, es conveniente que, además, se hagan públicos todos los contactos de quienes ejercen y colaboran en las tareas de análisis, instrucción y resolución con los operadores económicos y las autoridades, con independencia de que puedan estar interesados directamente en asuntos objeto de análisis por la CNMC. Con esta previsión, además de aumentar la transparencia de las actuaciones de la Comisión, se reducirán significativamente los riesgos de captura del regulador o de la influencia política sobre sus decisiones. Algo totalmente necesario.

El gobierno de la CNMC (art. 13) corresponde al Consejo (art. 14) y al Presidente de la CNMC, que también lo es del Consejo. El Consejo es el órgano colegiado de decisión (art. 19). El Consejo está integrado por una multitud de consejeros: nueve miembros: Presidente, Vicepresidente y siete consejeros. Un Consejo tan numeroso no parece la mejor opción: la experiencia pone de manifiesto que un órgano colegiado tan amplio difícilmente es eficaz. cinco o, como máximo, siete miembros son suficientes para llevar a cabo la misión encomendada.

Las funciones del Presidente (art. 17) son meramente de ordenación del funcionamiento del Consejo<sup>26</sup> sin una inequívoca autoridad sobre sus miembros.

Los redactores del Proyecto son conscientes de las dificultades que entraña la gestión de la CNMC. Por ello, con el fin de mejorar la eficiencia de su gestión, el PLCNMC prevé la creación de una Comisión Ejecutiva para la gestión ordinaria y de aquellos asuntos delegados por el Consejo (art. 23.5). También las funciones de dicha Comisión son complejas y exigirán una gestión atenta y eficaz de la

26. Este hecho desincentiva el ejercicio del cargo de Presidente y resta eficacia al desempeño de su función.

misma, que no será fácil, dadas las limitaciones impuestas a la autoridad del Presidente.

En todo caso, atendiendo a la heterogeneidad de las actividades sometidas a la consideración de la CNMC, parece oportuno que la Comisión se organice sobre la base de cuatro direcciones de instrucción, a saber (art.22): de Competencia, de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual; de Energía y de Transportes, y del Sector Postal. Lógicamente, la seguridad jurídica exige que la instrucción se lleve a cabo con total independencia del Consejo, siendo pertinente, para asegurarla, que se registren los encuentros entre consejeros e instructores y su contenido y se incluya el acta correspondiente en el expediente. También deben ser objeto de general conocimiento los encuentros con los interesados en los expedientes.

No es la mejor opción que los directores responsables de las mencionadas direcciones de instrucción sean nombrados —previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la CNMC— y cesados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, oídos los ministros competentes por razón de la materia. Sin embargo, sí parece oportuno que su mandato sea de cuatro años renovables. En todo caso, dada la relevancia del puesto de director y la necesidad de contar con responsables técnicamente competentes y homologables internacionalmente, sería conveniente que su elección, como está previsto para el caso del personal directivo de otras áreas de responsabilidad, atendiera a los principios de transparencia, mérito y capacidad y, además, fuera precedida del oportuno concurso público, preferentemente abierto internacionalmente. Se trata de la administración por los mejores.

En relación con el papel desempeñado por los directores, no debe olvidarse que la eficacia del trabajo de los órganos de resolución de las ADC es tributaria del trabajo de los órganos de instrucción. En consecuencia, la pereza administrativa<sup>27</sup> demostrada, en ocasiones, durante el proceso de instrucción repercute negativamente en el desarrollo del proceso en la fase de decisión; algo que no debería suceder. De ahí la importancia de la selección y elección de quienes trabajarán en las direcciones generales y, especialmente, de sus responsables.

Con el fin de abrir el mercado de la contratación del personal de la CNMC, se dispone que el personal será funcionario o laboral (art. 28). La selección del personal laboral se llevará a cabo, en ejecución de la oferta de empleo público de la Administración General del Estado, mediante convocatoria pública con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que debería ejercerse con absoluta objetividad.

En el artículo 28.5 del PLCNMC se establece que «se determinarán en el Estatuto Orgánico los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia de sus tareas, tienen naturaleza directiva» El personal

27. El análisis de los expedientes de la CNC muestra ejemplos inequívocos de magníficos análisis económico y jurídico. Lo que no excluye que, en ocasiones, la instrucción haya podido ser manifiestamente mejorable.

directivo será funcionario de carrera del subgrupo A1.<sup>28</sup> Con carácter excepcional podrán cubrirse estos puestos de trabajo en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuidas potestades o funciones públicas incluidas en el ámbito del artículo 9.2 de la Ley 2/2007, de 12 de abril. Sin embargo, pese a su relevancia potencial, no se contempla la creación de un cuerpo de funcionarios de la CNMC,<sup>29</sup> algo que resulta pertinente dada la especificidad de las tareas que debe llevar a cabo que exigen, en cualquier caso, un buen conocimiento en materia de economía, derecho y análisis económico del derecho. Esta es una cuestión que debería abordarse sin más dilación.

Se ha pretendido reforzar el papel de los funcionarios de la CNMC en el desarrollo de su trabajo. En efecto, con el objetivo de contribuir a mejorar las tareas de instrucción, el personal funcionario de carrera de la CNMC, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad (art. 24.1), pudiendo realizar cuantas inspecciones considere necesarias para la efectiva aplicación de esta ley, previo consentimiento del interesado o la correspondiente autorización judicial. Asimismo, toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de las Administraciones Públicas están obligados a colaborar con la CNMC en el ámbito de la libre competencia (art. 25). Lógicamente, los requerimientos de información deberán estar debidamente motivados y deberán ser «proporcionados» (*sic*) al fin perseguido, respetándose el principio de confidencialidad. También podrán ser cedidos al Ministerio competente, a las CC. AA., a la Comisión Europea y a las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, así como a los tribunales en los procesos judiciales correspondientes. En beneficio de los interesados, todos ellos tienen deber de sigilo.

Los poderes de la CNMC, no se limitan al análisis de los expedientes sometidos a su consideración. Sus funciones van mucho más allá. En efecto, la CNMC podrá dictar, en forma de Circulares, disposiciones de desarrollo y ejecución de las Leyes, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales relacionadas con su ámbito de competencias, lo que no es baladí. Tales circulares tendrán carácter vinculante tras su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. También podrá dictar comunicaciones aclaratorias de sus actuaciones y efectuar requerimientos de información periódica dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados. Todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las normas que las regulan serán públicas tras su notificación a los interesados (art. 34), una vez resueltos los problemas de confidencialidad y previa disociación de los datos de carácter personal, excepto el nombre de los infractores.

28. Se exige título universitario de Grado.

29. Al estilo de los funcionarios del Banco de España, por ejemplo, con una remuneración acorde con sus funciones y responsabilidades.

### 3.3. Definir las funciones de la CNMC y organizar su actividad con eficiencia e independencia

Para alcanzar los mencionados objetivos, la CNMC llevará a cabo las siguientes funciones<sup>30</sup> que exigen un conocimiento minucioso de la aplicación de la legislación sobre competencia y en relación con la estructura, conducta y resultados de los sectores y mercados sometidos a su supervisión:

- a) Supervisará y controlará mercados y sectores.
- b) Podrá realizar funciones de arbitraje, de derecho o equidad, a instancia de los operadores económicos.
- c) Aplicará la LDC en materia de conductas, control de concentraciones y ayudas públicas.
- d) Aplicará en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.
- e) Cooperará con la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros, de acuerdo con la legislación vigente.
- f) Promoverá y realizará estudios e informes sobre asuntos relacionados con la competencia, «así como informes generales sobre sectores económicos»<sup>31</sup>.
- g) Actuará como órgano consultivo en asuntos relacionados con la elaboración y aplicación de normas y cuantificación de indemnizaciones.
- h) Podrá impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetas a derecho administrativo y con rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados o a la unidad de mercado en el territorio español.
- i) En los mercados o sectores de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, eléctrico, gas natural, ferroviario, postal y tarifas aeroportuarias, ejercerá funciones de supervisión y control, de acuerdo con lo establecido en la ley que se examina.
- j) En los casos previstos en la ley, intervendrá en la resolución de conflictos.

Llevar a cabo las mencionadas funciones es estimulante, pero no es sencillo. El correcto ejercicio de las funciones encomendadas a las Comisiones exige la elección de profesionales bien formados en los campos objeto de análisis y la articulación de sólidos conocimientos económicos, empresariales y jurídicos. No es un trabajo para aficionados.

Además de las funciones ejercidas tradicionalmente por los organismos reguladores se incluyen aquellas con carácter general —supervisión, control, arbitraje y

30. Todo ello sin perjuicio de las competencias correspondientes a las CC. AA. en sus ámbitos respectivos.

31. Y mercados, por supuesto.

consultivas— para la defensa y fomento de la competencia y con carácter singular en relación con los mercados de las comunicaciones electrónicas (art. 6), de la electricidad y el gas natural (art. 7), postal (art. 8), comunicación audiovisual (art. 9), tarifas aeroportuarias (art. 10) y determinados aspectos del sector y el mercado ferroviario (art. 11). Ha sido objetivo del PLCNMC la distribución de las mismas entre la CNMC —responsable del fomento de la competencia— y los departamentos ministeriales (disposiciones adicionales séptima a duodécima), responsables de las funciones de naturaleza administrativa.

Con la competencia, eficiencia y los intereses de los consumidores en el punto de mira, la CNMC tiene potestad inspectora y sancionadora. Para el ejercicio de esta última en el PLCNMC se garantiza la debida separación funcional entre las fases instructora—Dirección correspondiente— y resolutoria —Consejo.

La independencia de los miembros de los organismos de defensa de la competencia y reguladores se ha asociado a la duración de sus mandatos. La duración de los mandatos siempre ha sido una cuestión controvertida. ¿Qué es mejor: un mandato breve —cinco o seis años— con derecho a renovación o un mandato más extenso sin derecho a renovación?. Desde la perspectiva de la independencia, es preferible la segunda opción. Mandatos breves conllevan el riesgo de presión por el poder político, mientras que mandatos más extensos sin posibilidad de renovación, parecen más idóneos desde la perspectiva de la independencia.

Sin embargo, sobre esta cuestión no parece que la eficiencia y la independencia en la gestión de la autoridad responsable del buen funcionamiento de los mercados haya sido la referencia fundamental. Se ha optado por un solo mandato, de seis años, breve pero superior al tiempo de una legislatura. Un mandato único de seis años, a mi juicio, es demasiado breve para completar una trayectoria eficiente e independiente, inclinándome, sobre la base de la experiencia acumulada, por un mandato único de nueve años, superior a dos legislaturas. En estas cuestiones la independencia es una cuestión fundamental.

Con el fin de asegurar la eficiencia de la CNMC y de sus consejeros, estos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y tendrán la consideración de altos cargos de la Administración General del Estado.<sup>32</sup>

Dado el exigente régimen de incompatibilidades, con los correspondientes efectos económicos, se dispone que, durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente, el Vicepresidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad profesional alguna relacionada con los sectores regulados y la actividad de la CNMC. Esta disposición justifica la oportuna compensación económica en caso de no ejercer actividad pública o privada remunerada. No se entiende, sin embargo, por qué se excluye al secretario, al responsable de la instrucción y a quienes hayan tenido un papel decisivo en la resolución de los expedientes, pues ante un probable

32. Sometidos a lo dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, y en sus disposiciones de desarrollo (art. 19).

ejercicio de actividad privada relacionada con asuntos sobre los que han tenido conocimiento combatirán con mejores armas, con las correspondientes ventajas que este hecho conlleva. Por otra parte, es más oportuno hacer referencia al conflicto de intereses, con independencia del tiempo transcurrido, que a un periodo de dos años.<sup>33</sup>

Lógicamente, como portadores de mucha información, con frecuencia confidencial, no es aceptable que puedan llevar a cabo otras funciones, estén relacionadas o no con las actividades propias de la CNMC.

#### 4. El control de la actividad y de los responsables de llevar a cabo la misión encomendada

Con frecuencia se hace alusión al fuerte poder que ostentará la CNMC. Sin embargo, esta opinión no se sustenta sobre bases sólidas. En efecto, el riesgo de que el nuevo organismo detente un poder excesivo «se resolvería a través del sistema de nombramientos y separando muy bien las funciones de instrucción y resolución», a lo que debe añadirse que solo un sistema de nombramientos muy transparente y competitivo —¿por qué no internacionalmente?— garantiza la independencia y que, cuanto más relevante y poderoso sea el organismo diseñado, más fácil es su control —vía parlamentaria o a través de la opinión pública—. No cabe duda de que es más fácil controlar un gran organismo que un organismo de pequeña dimensión.

En cualquier caso, el proceso a seguir en el caso de nombramientos de los cargos decisorios de las autoridades reguladoras y de defensa de la competencia es un elemento fundamental. La independencia debe ser una referencia inexcusable, no siempre seguida en el pasado reciente. Y debe velarse por la independencia y la transparencia.

Ya se ha mencionado la necesidad de elegir profesionales idóneos. R. A. POSNER ([1972] 1986), escribió su *Economic Analysis of Law* desde el convencimiento de que «la economía es un poderoso instrumento para analizar multitud de asuntos de naturaleza jurídica y política», aunque la evidencia pone de manifiesto que «muchos juristas —incluso juristas muy brillantes— y muchos estudiantes de Derecho —incluso estudiantes muy brillantes— tienen muchas dificultades para relacionar preceptos económicos y problemas jurídicos concretos».

Esta realidad debería tomarse en consideración en el proceso de selección de los integrantes de las ADC y de gestionar la actividad de los órganos reguladores sectoriales.

33. Dada la extensa duración de los procedimientos, cabría la posibilidad, por ejemplo, de que cualquier miembro de la Comisión pudiera intervenir en la tramitación de un expediente ante la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo, transcurridos más de dos años después de su cese, lo que carece de justificación.

El asunto parece haberse abordado exclusivamente desde la perspectiva administrativa (o política). En efecto, persiste la decisión de proceder a los nombramientos por parte del Gobierno (art. 15) con la única limitación de la capacidad de veto por parte de una Comisión del Congreso. Este procedimiento tiene una naturaleza más política que técnica, pues se evalúa más la idoneidad general que los principios de igualdad mérito y capacidad. De acuerdo con la Memoria, «se refuerza la legitimidad democrática de la Comisión». Se trata de una condición necesaria, pero también hay que garantizar la idoneidad técnica de los Consejeros evitando que su nombramiento responda más a motivaciones políticas que a las exigencias profesionales de un órgano que tiene que pronunciarse sobre cuestiones de singular importancia que pueden afectar significativamente la vida de las empresas y los derechos de los consumidores. Todo ello con independencia del poder político.

La cuestión de la idoneidad profesional se revela mediante la publicidad. En efecto, con el fin de que los méritos de los responsables de la CNMC sean de general conocimiento, serán públicos los currículum vitae de los miembros del Consejo y del personal directivo. En todo caso, dado que, en ocasiones, algunos responsables públicos han falseado sus expedientes personales, sería oportuno que los elementos fundamentales de los currículos fueran acompañados de la documentación acreditativa de los méritos alegados. Esta debería ser una práctica de general aplicación.

La actividad de las autoridades reguladoras exige control. Por ello no se olvidan tales funciones. En efecto, aunque esta cuestión hasta el presente no ha sido determinante, el Presidente deberá comparecer, al menos una vez al año, ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados «para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro». Asimismo, a petición de la Cámara, junto al Presidente podrán comparecer uno o varios consejeros. El Presidente también comparecerá ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados o del Senado a petición de la misma de acuerdo con lo establecido en sus reglamentos. Además, cada tres años, el Presidente comparecerá para debatir la evaluación del plan de actuación y el resultado obtenido por la CNMC (art. 35).

## 5. El análisis económico como referencia

En el apartado 3.1 se ha hecho mención a la pertinencia de emplear el análisis económico en los asuntos relacionados con la aplicación del Derecho de la competencia. En el presente apartado se emplea el análisis económico para poner de manifiesto que los asuntos examinados por las ADC, con frecuencia, son complejos y que el análisis económico es fundamental en la tarea de analizar la estructura y conducta de los mercados desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

En consecuencia, con el fin de huir de una tradición ya superada y de contribuir a modernizar la aplicación del Derecho de la competencia, el PLCNMC debería haber señalado los principios metodológicos sobre los que apoyar su ejercicio por profesionales cualificados desde la perspectiva del análisis económico y jurídico. No se trata de una cuestión trivial, pues se trata de un asunto de singular importancia. Una renovación de los órganos encargados de velar por la competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios y responsables de promover la regulación eficiente debe ir acompañada de referencias claras y contundentes sobre la aplicación de las normas. En este caso, tomando como referencia las aproximaciones más consistentes basadas en los efectos de las conductas y en la aplicación rigurosa de los principios del análisis económico. Pero esta es una tarea de difícil desarrollo si los redactores de los proyectos no son portadores de la suficiente sensibilidad al respecto.

Si la necesidad de aplicar correctamente el análisis jurídico es algo que no se discute, tampoco debe ser objeto de discusión la necesidad de dotarse de los instrumentos que ofrece el análisis económico y aplicarlos correctamente. Este es el camino a seguir. Transitar por la ruta del derecho con injustificado olvido del análisis económico es dirigir la aplicación del Derecho de la competencia y la aplicación de las normas reguladoras y de los principios que orientan la eliminación de la regulación ineficiente por una ruta que no conduce a la eficiencia y que, además, no es acorde con la voluntad de modernizar las funciones de los reguladores y responsables de aplicar las normas de defensa de la competencia.

Un ejemplo elemental permite poner de manifiesto la robustez del análisis económico.

Se sabe que las situaciones de monopolio no legal, al igual que los mercados perfectamente competitivos, son escasas. Supóngase, en consecuencia, el caso más habitual que se refiere a un mercado en el que operan un número reducido de empresas de gran dimensión acompañado de un grupo, más o menos numeroso, de empresas de menor dimensión sin capacidad de influir de forma decisiva en el mercado. En estas circunstancias, una cuota de mercado elevada puede ser el resultado de: mayor eficiencia —no objetable desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia—, una o varias operaciones de concentración—susceptible, aunque no necesariamente, de ser analizadas por las ADC<sup>34</sup>— o la existencia de barreras de entrada—situación que debería ser removida de forma apasionada por las ADC.

En un mercado relevante determinado puede ocurrir que una o varias empresas —pero siempre un número reducido— ostenten una posición de dominio, condición necesaria pero no suficiente de un eventual abuso de posición de dominio. Desde la perspectiva del análisis económico, el interés del asunto reside en la apti-

34. Aunque dicho análisis sea difícilmente justificable desde la perspectiva de la racionalidad económica. Ver A. PETITBÒ (en prensa).

tud de que la empresa o empresas con posición de dominio puedan fijar los precios por encima de los CMA durante un periodo de tiempo suficientemente extenso, lo que se traduciría en la obtención de beneficios extraordinarios.<sup>35</sup> Pero que exista aptitud no significa que la eventual conducta contraria a la competencia se lleve a cabo.<sup>36</sup>

En consecuencia, aunque las ADC apliquen el Derecho de la competencia sobre la base de las aptitudes, no tiene sentido sancionar a un operador económico por la aptitud de determinadas conductas de vulnerar las normas de defensa de la competencia si estas conductas no producen efectos significativos sobre la competencia durante un periodo de tiempo suficientemente extenso. Como se ha subrayado en el apartado 3.1, centrarse exclusivamente en la aptitud, sin más, refleja una visión miope de lo que debe ser la aplicación basada en el análisis económico del Derecho de la competencia. Es sencillo, pero también es vulgar.

De la misma forma, en el campo de aplicación del Derecho de la competencia no resulta pertinente adoptar decisiones sin un análisis de las estructuras y de las conductas sobre los mercados, apoyado en los instrumentos básicos del análisis económico.

Para poner de relieve la relevancia del análisis económico en la aplicación del Derecho de la competencia, puede partirse de la aportación de SCHMALENSSEE (1982) quien, al analizar el destacado artículo de LANDES y POSNER (1981), relacionó la pérdida neta de bienestar con el índice de Lerner. Schmalensee suponía que, como regla general, las empresas disponen de algún poder de mercado, aunque este sea reducido. Sin embargo,<sup>37</sup> el hecho relevante no debe ser tanto la eventual posición de dominio de las empresas, o su aptitud para abusar de dicha posición, como el abuso efectivo durante un periodo de tiempo suficientemente extenso. Y ello por sus posibles efectos negativos sobre el bienestar y la eficiencia.

Un ejemplo puede ilustrar este asunto.<sup>38</sup> Supóngase:

- a) Un mercado perfectamente competitivo en el que los operadores económicos producen un bien o servicio que, para simplificar, se supone que es homogéneo.<sup>39</sup>
- b) Que las empresas, cuyos costes no son necesariamente idénticos, son precio-aceptantes; es decir, no tienen aptitud para influir, de una forma significativa, sobre los precios.

35. Los beneficios extraordinarios no son rechazables si son el resultado de la eficiencia empresarial.

36. Igualmente, si un automóvil tiene aptitud para superar la velocidad máxima permitida no significa necesariamente que la supere. De hecho, casi todos los automóviles pueden superarla pero solo una fracción muy reducida de los conductores la supera efectivamente. En consecuencia, no tendría sentido sancionar a los automovilistas por la aptitud de sus automóviles de superar la velocidad máxima permitida.

37. Esta cuestión debería iluminar la actividad de las ADC.

38. Un precedente del mismo puede verse en PETITBO (2005).

39. El argumento se ha basado en UTTON (1995).

- c) La función de costes variables de la empresa  $i$  es convexa ( $C'_i > 0$ ,  $C''_i > 0$ ) y los costes son función de la cantidad producida; es decir  $C_i = C_i(q_i)$ . El bien o servicio producido se vende a otras empresas o a los consumidores finales.
- d) La función de demanda del mercado incluye toda la información relevante y cada empresa  $i$  elige un volumen de producción  $q_i$ .
- e) La función de beneficios de la empresa  $i$  ( $B_i$ ) es continua, y puede expresarse como:

$$B_i = p(q) \cdot q_i - C_i(q_i) - CF_i; i = 1, 2, \dots, n \quad [1]$$

Haciendo operaciones puede escribirse:

$$\frac{p - CMa_i}{p} = \frac{s_i}{e} k_i \quad [2]$$

Donde:

- $p$  precios del mercado.
- $CF_i$  costes fijos de la empresa  $i$ .
- $CMa_i$  coste marginal de la empresa  $i$ .
- $s_i$  cuota de mercado de la empresa  $i$ .
- $e$  elasticidad precio de la demanda del mercado.
- $k_i$  conjeturas de la empresa  $i$  ante posibles reacciones de sus rivales frente a cambios en su nivel de producción.<sup>40</sup>

El primer término de la expresión [2] refleja el margen precio-coste, también conocido como índice de poder de monopolio de Lerner o Kalecki ( $L_i$ ). En una situación de equilibrio,  $L_i$  está directamente relacionado con  $s_i$  y  $k_i$  e inversamente relacionado con  $e$ . Dicho índice refleja el supuesto de que una mayor tasa de beneficio (margen precio-coste) puede ser el resultado de un mayor poder de monopolio, condición necesaria pero no suficiente del abuso de posición de dominio.<sup>41</sup>

Aceptando, como es habitual, que  $CMe = CMa$  y tomando en consideración el conjunto de la rama industrial o de servicios, puede escribirse:

$$B_i + F_i = p(q) \cdot q_i - CMa_i \cdot q_i$$

40. Las conjeturas se explican por la interdependencia estratégica entre las empresas oligopolísticas y se sitúan en el núcleo del análisis del oligopolio. Según los valores que tome  $k_i$  reflejará distintos modelos de oligopolio.

41. La ecuación [2] se ha utilizado profusamente en trabajos empíricos. Sin embargo, dado que  $L_i$  es difícilmente calculable para cada empresa, se procede a la agrupación de [2] mediante la ponderación de las cuotas de mercado de las empresas. Este procedimiento supone la introducción de juicios de valor con el fin de determinar el procedimiento de agregación de los índices.

Sumando los datos correspondientes a todas las empresas de la rama industrial o de servicios, haciendo  $p(q) \cdot q_i = I$  (ingresos de la rama) y expresando el índice de concentración de Herfindahl-Hirschmann como  $H^{42}$  y definiendo:

$$C = \frac{\sum_{i=1}^n s_i^2 k_i}{\sum_{i=1}^n s_i^2}$$

como la suma ponderada de las variaciones conjeturales de las empresas. Puede escribirse:

$$\frac{B + F}{I} = \frac{H}{e} c \quad [3]$$

La expresión [3] expresa que, al margen de las variaciones conjeturales, los beneficios brutos de la rama industrial o de servicios son una función creciente del grado de concentración de las empresas en su mercado relevante y una función decreciente de la elasticidad precio de la demanda.

La existencia de colusión entre empresas, en principio independientes, las transforma en un monopolista de hecho. En consecuencia, de acuerdo con lo que se ha dicho, puede escribirse:

$$\frac{p - CMa}{p} = \frac{1}{e} \quad [4]$$

La expresión [4] refleja la estimación del *mark-up*, dada la elasticidad de la demanda.

Haciendo operaciones resulta:

$$\frac{p}{CMa} = \frac{e}{e - 1}$$

De acuerdo con la Figura 1, la pérdida neta de bienestar (PNB) equivale al área BCD. De donde:

Siendo:

$$L_i = \frac{s_i}{e_m^d + e_s^s(1 - s_i)} \quad [5]$$

42.  $H = \sum s_i^2$  Al margen de las discusiones acerca del índice de concentración ideal, las ADC acostumbran a utilizar  $H$  en sus análisis de los mercados.

$(1 - s_i)$  cuota de mercado de las empresas distintas a la empresa  $i$

$e_m^d$  elasticidad-precio de la demanda dirigida a la empresa dominante

$e_r^s$  elasticidad de la oferta del resto de empresas.

De la expresión [5] pueden extraerse conclusiones relevantes.<sup>43</sup> En primer lugar, cuanto mayor es la elasticidad de la demanda del mercado menor será la probabilidad de que dicha empresa pueda elevar el precio por encima del *CMa*. En efecto, la presencia en el mercado de bienes o servicios sustitutivos próximos al ofrecido por la empresa dominante contribuye a reducir su poder de mercado. En segundo lugar, el poder de mercado de la empresa dominante también se reduce si aumenta la oferta del resto de empresas, de la entrada de nuevas empresas en el mercado o de ambas posibilidades, simultáneamente.

Dado el interés que los instrumentos del análisis económico tienen para las ADC debe subrayarse que la cuota de mercado es un indicador frágil del poder de mercado. Es un ingrediente importante pero insuficiente.<sup>44</sup> El análisis del poder de mercado exige una aproximación más compleja que considere los elementos fundamentales de cada mercado relevante. Por otra parte, el modelo es estático, los precios se consideran dados, el bien o servicio producido y ofrecido se considera homogéneo, excluyendo la hipótesis de competencia sobre la base de la diferenciación del producto y la natural interdependencia característica de los mercados oligopolísticos ha quedado fuera del análisis. Tampoco se han considerado los efectos de posibles barreras de entrada o las conductas predatorias por parte de las empresas dominantes.

Estas cuestiones, que ilustran los puntos débiles del análisis efectuado, también muestran las fragilidades de muchos análisis llevados a cabo por las ADC. En todo caso, el hecho de haber hecho explícitos dichos puntos débiles permite la búsqueda de soluciones a los mismos y pone de relieve que prescindir de la consideración de cuestiones como las analizadas puede conducir a interpretaciones sesgadas, incompletas o incorrectas. Algo que debería tomarse en consideración en la elaboración de las normas sobre la aplicación del Derecho de la competencia o en el ejercicio de la actividad reguladora. Y algo que debería haberse tomado en consideración en la elaboración del PLCNMC.

43. Pese a la relevancia de las conclusiones alcanzadas, el modelo desarrollado incluye limitaciones significativas, reflejo de las correspondientes a las variables utilizadas que, en algunos casos, se consideran determinantes por las ADC.

44. SCHMALENSEE (1982), por ejemplo, sostiene que «En función de los hechos concretos de cada caso, información acerca de la rentabilidad o sobre las pautas de conducta pueden ofrecer más información que las cuotas de mercado».

## Conclusiones

La decisión de agrupar un conjunto de organismos reguladores y la autoridad encargada de la defensa de la competencia resulta acertada. Tras unos años de experiencia, se ha demostrado que los elementos comunes entre agencias reguladoras y defensores de la competencia son numerosos y que la actividad conjunta, si responde a una organización eficiente y a una correcta aplicación de la legislación, tiene que ofrecer resultados positivos. En estos asuntos, la independencia y la transparencia son fundamentales.

Sin embargo, algunas cuestiones de calado deberían haber sido tomadas en consideración, a saber:

En primer lugar, el proceso de elaboración del PLCNCM debería haberse sometido a la consideración de los expertos, tal como se hizo con el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.

En segundo lugar, no se ha tomado en consideración la relevancia del análisis económico en las cuestiones sometidas a examen por la CNMC. Tampoco se ha considerado la oportunidad de examinar las conductas relacionadas con la competencia desde la perspectiva de sus efectos, más potente que el análisis basado exclusivamente en la forma de las conductas.

En tercer lugar, dada la relevancia de las cuestiones que serán sometidas a la consideración de la CNMC, la selección del personal debería hacerse en convocatoria pública, abierta internacionalmente, e inexcusablemente sobre la base de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Todo ello sin olvidar la pertinencia de crear un cuerpo de expertos en análisis económico y jurídico de los mercados y la competencia.

En cuarto lugar, un mandato de nueve años —superior a dos legislaturas— es preferible a uno de seis. También lo es un régimen de incompatibilidad que atienda más al conflicto de intereses que a un periodo de dos años.

Y en quinto lugar, el Instituto Nacional del Consumo debería integrarse en la CNMC dada la estrecha relación entre la defensa y el fomento de la competencia y los intereses de los consumidores.

## Referencias bibliográficas

- BURKE, T.; GENN-BASH, A.; HAINES, B. 1988. *Competition in Theory and Practice*, Croom Helm.
- CASES, LI. 2005. *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, Universidad Autónoma de Barcelona, Marcial Pons.
- DEMSETZ, H. 1989. *Efficiency, Competition and Policy (The Organization of Economic Activity, Vol 2)*. Basil Blackwell. Oxford.
- DREXL, J.; IDOT, L.; MONÉGER, J. (eds.). 2009. *Economic Theory and Competition Law*, Edward Elgar.

- GHOSAL, V., STENNEK, J. (eds.). 2007. *The Political Economy of Antitrust*, Elsevier.
- JENNY, F. 2007. «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence», en *Concurrences*, 4.
- KAPLOW, L.; SHAPIRO, C. *Antitrust*, en POLINSKY; SHAVELL (2007).
- KNIGHT, F. H. [1923]1935. «The Ethics of Competition», en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. XXXII. Reproducido en KNIGHT ([1923]1935).
- KNIGHT, F. H. [1923]1935. *The Ethics of Competition and Other Essays*, George Allen & Unwin Ltd.
- LANDES, W.M.; POSNER, R. A. 1981. «Power in Antitrust Cases», en *Harvard Law Review*, vol 94.
- MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBÒ, A. 2006. *El abuso de posición de dominio*. Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.
- Ministerio de Economía y Hacienda. 2005. *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, Ministerio de Economía y Hacienda.
- MOTTA, M. 2004. *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- NEUMANN, M.; WEIGAND, J. 2004. *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar.
- PETITBÒ, A. 2005. «Libro Blanco, concentraciones y análisis económico», en CASES (2005).
- PETITBÒ, A. (en prensa). «La defensa de la competencia: Derecho y Economía», en *Fundamentos de Regulación y Competencia*, Ed. Iustel págs. 19-73.
- PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D.L. [1995]2001. *Microeconomics*, 5ª ed., Prentice Hall.
- POLINSKI, A. M., SHAVELL, S. (eds). 2007. *Handbook of Law and Economics*, vol 2, Elsevier.
- POSNER, R. A. [1972] 1986. *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Little, Brown and Company.
- PwC. 2012. *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*. Telefónica de España.
- PRESTON MCAFEE, R.; MIALON, H. M.; MIALON, S. H. 2007. «Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anticompetitive?», en GHOSAL, STENNEK (eds.). 2007.
- REY, P. *et alii* 2006. «Un enfoque económico del artículo 82», en MARTÍNEZ LAGE, PETITBÒ (2006).
- SCHERER, F. M., ROSS, D. 1990. *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ª ed. Houghton Mifflin Company.
- SCHMALENSEE, R. 1982. «Another Look at Market Power», en *Harvard Law Review*, vol 95.
- SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 2006. *Informe Anual 2005*. Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Economía, Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, Dirección General de Defensa de la Competencia.

- TIROLE, J. [1988]1990. *La teoría de la organización industrial*, Ariel.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 1995. *La competencia en España. Balance y nuevas propuestas*. Ministerio de Economía, Secretaría de Estado de Economía.
- UTTON, M. A. 1995. *Market Dominance and Antitrust Policy*. Edward Elgar.

## CONCLUSIÓN Y DISEÑO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS ALTERNAS ENSEÑANZAS A LA LUZ DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES DE LA CNM<sup>1</sup>

JUAN FERNÁNDEZ GARCÍA

Subdirector de Estudios en la Administración Pública  
del Departamento Estatal de la Competencia

EDUARDO ALBA GUTIÉRREZ FERRER

Magistrado Consejo de la Comisión Provincial de la Competencia

Resumen

Las licitaciones alternativas de la competencia para servicios de obras y servicios complementarios de índole económica del mercado de que se ocupan los ayuntamientos, las comunidades autónomas y las comunidades autónomas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, así como las licitaciones alternativas de la que resultan de procesos administrativos sancionadores de la CNM, así como el gran impacto económico y a la vez social de los procesos de producción de las licitaciones.

Como resultado, se debe por el gobierno de las licitaciones de índole económica del mercado de que se ocupan los ayuntamientos, las comunidades autónomas y las comunidades autónomas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, así como las licitaciones alternativas de la que resultan de procesos administrativos sancionadores de la CNM, así como el gran impacto económico y a la vez social de los procesos de producción de las licitaciones.

La competencia en grandes licitaciones de la competencia para servicios de obras y servicios complementarios de índole económica del mercado de que se ocupan los ayuntamientos, las comunidades autónomas y las comunidades autónomas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, así como las licitaciones alternativas de la que resultan de procesos administrativos sancionadores de la CNM, así como el gran impacto económico y a la vez social de los procesos de producción de las licitaciones.

<sup>1</sup> La competencia en grandes licitaciones de la competencia para servicios de obras y servicios complementarios de índole económica del mercado de que se ocupan los ayuntamientos, las comunidades autónomas y las comunidades autónomas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, así como las licitaciones alternativas de la que resultan de procesos administrativos sancionadores de la CNM, así como el gran impacto económico y a la vez social de los procesos de producción de las licitaciones.

Las licitaciones alternativas de la competencia para servicios de obras y servicios complementarios de índole económica del mercado de que se ocupan los ayuntamientos, las comunidades autónomas y las comunidades autónomas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, así como las licitaciones alternativas de la que resultan de procesos administrativos sancionadores de la CNM, así como el gran impacto económico y a la vez social de los procesos de producción de las licitaciones.

