



DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA E HISTORIA ECONÓMICA
CÁTEDRA DE POLÍTICA DE COMPETENCIA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

TESIS DOCTORAL

LA CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CONFIGURACIÓN DE UN MARCO GLOBAL PARA LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Doctorando: José Luis García Hidalgo

Dirección: Prof. Dr. Luis Palma Martos

Sevilla, 2013

**La contribución de la Unión Europea a la Configuración de un
Marco Global para la Política de Competencia**

José Luis García Hidalgo

Dirigida por el Prof. Dr. Luis Palma Martos

*Disertación que se presenta para la colación de la Mención Internacional en el Título de
Doctor*

Departamento de Economía e Historia Económica

Clasificación JEL: L1, L4, L51, D4.

Palabras claves: Competencia, Política de competencia, Globalización, Regulación, Monopolio, Prácticas Anticompetitivas, Autoridades de Competencia.

A mi padre, José Luis; y a mi madre, Amparo.

El desarrollo del capitalismo ha llegado a un punto tal, que, aunque la producción de mercancías sigue "reinando" como antes y siendo considerada como la base de toda la economía, en realidad se halla ya quebrantada, y las ganancias principales van a parar a los "genios" de las maquinaciones financieras. En la base de estas maquinaciones y de estos chanchullos se halla la socialización de la producción; pero el inmenso progreso logrado por la humanidad, que ha llegado a dicha socialización, beneficia... a los especuladores. Más adelante veremos cómo, "basándose en esto", la crítica pequeñoburguesa y reaccionaria del imperialismo capitalista sueña con volver atrás, a la concurrencia "libre", "pacífica", "honrada" (Lenin, 1917: 14).

Resumen

El trabajo está dedicado a la política de competencia; más concretamente, a la política de competencia internacional. La política de competencia es una política pública encargada de velar por el correcto funcionamiento de los mercados. Huelga decir que si los mercados, por sí mismos, funcionasen de un modo competitivo, la política de competencia no sería necesaria. Pero la realidad es que las empresas incurrir en multitud y muy variadas prácticas para esquivar la competencia y obtener beneficios extraordinarios a partir de la cooperación.

Esta realidad ha obligado a los países que cuentan con economías de mercado –que hoy en día son la gran mayoría- a dotarse con leyes de competencia. Al mismo tiempo, se han configurado instituciones o agencias especializadas encargadas de aplicar la política de competencia. De este modo, cada Estado cuentan con su propia legislación de competencia y con instituciones dedicadas a velar por su cumplimiento.

El escenario descrito sería el apropiado si las relaciones económicas se circunscribiesen estrictamente a cada uno de los Estados. Pero en el mundo de hoy sucede todo lo contrario. Cada vez son más las empresas que se deslocalizan en busca de menores costes y nuevos mercados donde vender su producción. La integración de las economías nacionales tomó su impulso definitivo a partir de la caída del bloque soviético (1989). Esto, unido a la revolución de las TICs, ha permitido que alcancemos un grado de globalización sin precedentes. Una globalización económica a la que le acompaña, irremediamente, la globalización de las prácticas anticompetitivas.

El presente trabajo pretende arrojar algo de luz a la inconsistencia que hemos ilustrado: los mercados internacionales no pueden seguir siendo disciplinados a partir de políticas nacionales de competencia. Trataremos de comprender el actual modelo internacional de política de competencia, basado en la convergencia y armonización de la normativa nacional, para buscar el mejor modo en que podrían regularse los mercados internacionales.

Con tal fin, tomamos como referencia el modelo de competencia de la UE. El régimen europeo puede ser interpretado como un valioso experimento, pues se trata de la única experiencia de política de competencia a nivel internacional. El estudio del régimen comunitario guarda importantes lecciones que deben ser tenidas en consideración a la hora de plantearnos de qué modo podríamos diseñar un marco global para la política de competencia.

En definitiva, el trabajo trata de poner en valor las aportaciones que la UE ha realizado y realiza al mundo de la política de competencia internacional. Por múltiples razones que serán abordadas a lo largo de todo el trabajo, la UE se erige como el actor principal de la política de competencia internacional.

Abstract

The work is dedicated to competition policy- more specifically, international competition policy. Competition policy is a public policy charge of ensuring the correct functioning of markets. Needless to say if markets themselves operate in a competitive way, competition policy would not be necessary. But the reality is that companies going on many and varied practices to avoid competition and to obtain extraordinary profits from cooperation.

This reality has forced countries with market economies (today they are the vast majority) to be provided with competition laws. At the same time, they have set up specialized institutions or agencies responsible for enforcing competition policy. Thus, each state has its own competition laws and institutions dedicated to ensuring compliance.

This scenario would be appropriate if economic relations were confined to each of the states. But in today's world it is the opposite. More and more companies are relocating in search of lower costs and new markets to sell their output. The integration of national economies took their final push from the Soviet bloc. This, together with the ICT revolution has allowed us to achieve a degree of unprecedented globalization. Economic globalization which is inevitably accompanied by the globalization of the restrictive business practices.

This paper aims to shed some light on the inconsistency that we have illustrated: international markets can no longer be disciplined from national competition policy. We will try to understand the current international competition policy model, based on the convergence and harmonization of national laws, to find the best way to regulate international markets.

To this end, we consider the EU competition policy model. The European system can be interpreted as a valuable experiment, because it is the sole experience of international competition. The study of the Community model contains important lessons that should be taken into consideration when we ask ourselves how we could design a global framework for competition policy.

In short, the paper attempts to value the contributions that the EU does to the world of international competition policy. For many reasons, which will be addressed throughout the work, the EU comes to the main actor in international competition policy.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	p. 18
Introduction.....	p. 26

PARTE 1. Fundamentos de la Política de Competencia

Capítulo I. La competencia, su defensa y sus críticas en la Historia del Pensamiento Económico	p. 34
--	-------

Introducción.....	p. 35
-------------------	-------

1. La competencia y los clásicos.....	p. 38
---------------------------------------	-------

1.1 La competencia bajo el formalismo neoclásico.....	p. 45
---	-------

2. La Escuela de Harvard y el paradigma E-C-R.....	p. 48
--	-------

3. La Escuela de Chicago.....	p. 55
-------------------------------	-------

4. La Escuela Austriaca de Economía.....	p. 59
--	-------

4.1. Principios fundamentales de la Escuela Austríaca.....	p. 60
--	-------

4.2. El mercado y la competencia desde la perspectiva austríaca.....	p. 62
--	-------

5. La Nueva Economía Industrial.....	p. 64
--------------------------------------	-------

6. Críticas socialistas a la competencia.....	p. 68
---	-------

7. La competencia en la historia del pensamiento económico español. La Escuela de Salamanca. Mercado y precio justo.....	p. 74
--	-------

Resumen- Conclusiones.....	p. 80
----------------------------	-------

Capítulo II. La política de competencia. Fundamentos económicos y políticos.	p. 84
--	-------

Introducción.....	p. 85
-------------------	-------

1. La competencia como valor y condición esencial de una economía libre de mercado.....	p. 88
---	-------

2. Una reflexión acerca del concepto de competencia.....	p. 93
--	-------

2.1. ¿Qué es la competencia?	p. 94
------------------------------------	-------

2.2. Una modelización del comportamiento competitivo.....	p. 100
---	--------

2.2.1 Otros aspectos de la competencia.....	p. 105
---	--------

2.2.2. La competencia económica.....	p. 107
3. Justificación desde el análisis económico de la política de competencia.	p. 110
3.1. Poder de mercado y costes sociales.....	p. 111
3.3.1. Análisis microeconómico del monopolio frente a la competencia perfecta.....	p. 112
4. La política de competencia. Una nota crítica.....	p. 114
5. Los orígenes de la política de defensa de la competencia. Un apunte histórico.....	p. 119
5.1. La <i>Sherman Act</i> y los primeros años de la lucha <i>antitrust</i>	p. 120
5.2. El ascenso de la <i>rule of reason</i> y la atonía de la política <i>antitrust</i> : 1915-1936.....	p. 122
5.3. <i>Per se rules</i> , el advenimiento de la economía industrial y el énfasis en las estructuras de mercado: 1936- 1972.....	p. 123
5.4. El ascenso de la Escuela de Chicago.....	p. 125
Resumen-Conclusiones.....	p. 127
Capítulo III. Claves de aplicación de la política de competencia.....	p. 130
Introducción.....	P. 131
1. Objetivos de la política de competencia.....	p. 133
2. El mercado relevante.....	p. 134
3. Acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia.....	p. 137
3.1. Conductas colusorias.....	p. 138
3.1.1. Análisis estructural de la colusión.....	p. 138
3.1.2. Análisis de los efectos de la colusión.....	p. 141
3.2. Abuso de posición dominante.....	p. 144
3.3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.....	p. 147
4. Concentraciones económicas.....	p. 148
4.1. Análisis Económico del control de concentraciones.....	p. 152
4.1.1. Medidas de concentración.....	p.159
5. Control de ayudas públicas.....	p. 164
Resumen- Conclusiones.....	p. 166

PARTE 2. La Política de Competencia de la Unión Europea

Capítulo IV. Los elementos históricos en la configuración de la política de competencia de la Unión Europea..... p. 170

Introducción.....p. 171

1. La política de competencia en la vieja Europa. El caso de Austria..... p. 173

1.1. Contexto político-económico..... p. 173

1.2. El cártel. Reacciones y propuestas de regulación..... p. 176

1.3. La configuración del modelo austríaco y su legado..... p.181

2. Fases de la política de competencia de la Unión Europea..... p. 183

2.1. Orígenes de la Política de competencia en los Estados Unidos de Europa: 1950-1962..... p. 184

2.1.1. El Tratado CECA y la política de competencia.....p.185

2.1.2. El Tratado de Roma (1957) como marco de competencia flexible.....p. 189

2.1.3. El reglamento 17/62..... p. 194

2.2. Primeros años de la política de competencia europea en la era del “*embedded liberalism*”: 1962- 1973.....p. 196

2.2.1. El caso *Grundig* y sus consecuencias.....p. 198

2.3. Crisis, neoliberalismo y madurez de la política de competencia comunitaria (1973-2004)..... p. 201

2.3.1. Las exenciones en bloque y las ayudas de Estado..... p. 204

2.3.2. El debate en torno al control de concentraciones. El caso de *Continental Can*.....p. 206

3. Síntesis. La competencia como valor fundamental en el proceso de construcción europea..... p. 211

Capítulo V. El nuevo marco económico, político e institucional de la política de competencia de la Unión Europea en el siglo XXI..... p. 215

Introducción..... p. 216

1. Colusión y abuso de posición dominante. La modernización de la política de competencia comunitaria en los artículos 101 y 102 TFUE..... p. 220

1.1. Los acuerdos colusorios en la UE. La batalla contra el cártel..... p. 222

1.1.1. Las exenciones por categorías..... p. 225

1.1.2. La política de clemencia.....	p. 231
1.2. El abuso de posición dominante en la UE.....	p. 233
1.2.1. Prácticas comerciales abusivas prohibidas explícita e implícitamente..	p. 238
2. El control de concentraciones económicas en la UE tras la reforma de 2004.....	p. 241
2.1. Ámbito de aplicación.....	p. 242
2.2. Cambios en la organización interna.....	p. 244
2.3. Aspectos jurisdiccionales.....	p.245
2.3.1. La cooperación entre las Autoridades Nacionales de Competencia.....	p. 246
2.4. Aspectos procedimentales.....	p. 249
2.5. Aspectos sustantivos.....	p. 252
2.5.1. La consideración de las eficiencias y los factores de contrapeso.....	p.255
3. El control de ayudas estatales.....	p. 258
3.1. El concepto de ayudas de Estado.....	p. 259
3.2. Los presupuestos de incompatibilidad de la ayuda con el mercado interior.	p. 262
3.3. Excepciones a la incompatibilidad de la ayuda con el mercado interior.....	p. 264
3.3.1. Las ayudas compatibles <i>de iure</i>	p. 264
3.3.2. Las ayudas compatibilizables.....	p. 265
4. La liberalización de sectores estratégicos.....	p. 271
5. Crisis económica, fracaso de la Estrategia de Lisboa y Europa 2020. Los nuevos desafíos de la política de competencia de la UE.....	p. 276
5.1. Los problemas no resueltos de la Estrategia de Lisboa y la perspectiva de la comisión.....	p. 277
5.2. La crisis financiera y la política de competencia de la UE.....	p.281
5.2.1. Política de competencia en tiempos de crisis.....	p. 283
5.2.2. La reacción de la UE ante la crisis.....	p. 285
5.3. La política de competencia como herramienta clave en la Estrategia Europa 2020.....	p. 288
Resumen-Conclusiones.....	p. 297

PARTE 3. Política de Competencia Internacional para una Economía Global	
Capítulo VI. El marco teórico e institucional de la política internacional de competencia.....	p. 303
Introducción.....	p. 304
1. Política de Competencia Internacional. Conceptos, ideas y actores.....	p. 307
1.1. Las alternativas para adoptar medidas internacionales.....	p.308
1.2. Los actores.....	p. 313
1.3. Las dificultades que plantean las prácticas anticompetitivas transnacionales....	p. 316
2. Relación entre la política de competencia y la política comercial en el escenario internacional.....	p.321
2.1. Confrontando objetivos y alcance de la política de competencia y el comercio internacional.....	p. 322
2.2. Cómo afectan las prácticas empresariales anticompetitivas al comercio internacional.....	p.325
3. Argumentos económicos a favor y en contra de la internacionalización de la política de competencia.....	p. 324
3.1. El actual modelo internacional para la defensa de la competencia.....	p. 329
3.2. Argumentos que aconsejan el establecimiento de normas internacionales de competencia desde el punto de vista económico.....	p. 331
3.3. Críticas a la iniciativa de establecer un marco multilateral para la política internacional de competencia.....	p. 335
4. Experiencia previa en política de competencia internacional.....	p. 337
4.1. El proyecto pionero de política de competencia internacional en el marco de la Conferencia Económica Mundial de 1927.....	p. 338
4.1.1. El contexto político-económico.....	p. 339
4.1.2. El debate sobre los cárteles internacionales en un período de cambios	p. 340
4.1.3. La solución de compromiso.....	p. 343
4.2. El proyecto revivido tras la II Guerra Mundial: la Carta de La Habana.....	p. 345
4.2.1. Las organizaciones internacionales que enmarcan la iniciativa.....	p. 346
4.2.2. El desenlace de las negociaciones.....	p. 346
4.2.3. La Carta de La Habana, en perspectiva.....	p. 348
4.3. Política de competencia internacional en las instituciones de la posguerra.....	p. 349
Resumen-Conclusiones.....	p. 351

Capítulo VII. Aspectos institucionales de la política internacional de competencia.....	p. 354
Introducción.....	p. 355
1. La solución multilateral. La política de competencia y las instituciones internacionales.....	p. 357
1.1. La OMC y la política de competencia internacional. Antecedentes y desarrollo.....	p. 357
1.1.1. Interacción entre disposiciones de la OMC y la política de competencia.....	p. 358
1.1.2. Los esfuerzos por introducir un marco multilateral para la política de competencia en la OMC.....	p. 364
1.1.3. Reflexiones en torno a los elementos propuestos por los Miembros de la OMC partidarios de una política de competencia internacional.....	p. 366
1.2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).....	p. 373
1.3. La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).....	p. 376
1.4. La Red Internacional de Competencia (ICN).....	p.380
2. Una comparativa de dos enfoques distintos: la OMC y la ICN.....	p. 384
2.1. Comparando ambos enfoques.....	p. 385
3. Alternativas en el diseño organizacional de un futuro sistema multilateral para la política de competencia.....	p. 391
3.1. Posibles diseños institucionales para la política de competencia internacional.....	p. 392
3.1.1. Delimitación de competencias en un sistema multinivel.....	p. 395
3.1.2. Asignación de competencias horizontales.....	p. 399
3.1.3. Asignación de competencias verticales: Descentralización Vs Centralización.....	p. 401
Resumen- Conclusiones.....	p. 408
Capítulo VIII. La UE, actor principal de la política de competencia internacional.....	p. 414

Introducción.....	p. 415
1. La dimensión internacional de la política de competencia de la UE.....	p. 417
1.1. Unilateralismo y principio de extraterritorialidad.....	p. 419
1.2. Los acuerdos bilaterales.....	p. 421
1.2.1. La difusión del modelo de competencia de la UE.....	p. 421
1.2.1.1.El diálogo con China.....	P. 423
1.2.2. La cooperación bilateral de la UE en la aplicación de la política de competencia.....	p. 427
1.2.2.1.La cooperación UE/EEUU.....	p. 428
1.3. Los acuerdos multilaterales no vinculantes.....	p. 430
2. La lucha europea por el multilateralismo vinculante.....	p. 431
3. Un análisis comparativo y cuantitativo de la política de competencia de la UE y EEUU.....	p. 438
3.1. Descripción de los Índices de Primer Nivel.....	P. 442
3.1.1. Independencia de las autoridades.....	P. 442
3.1.2. Separación de poderes.....	p.443
3.1.3. Calidad de la ley.....	P. 445
3.1.4. Poderes durante la investigación.....	p. 447
3.1.5. Sanciones por daños y perjuicios.....	p. 448
3.2. Fundamento de las ponderaciones.....	p. 450
3.3. Cálculo de los Índices de Primer Nivel.....	p. 451
3.3.1. Independencia de las autoridades.....	P. 451
3.3.2. Separación de poderes.....	p.453
3.3.3. Calidad de la ley.....	P. 454
3.3.4. Poderes durante la investigación.....	p. 455
3.3.5. Sanciones por daños y perjuicios.....	p. 456
3.4. Presentación y análisis de los resultados.....	p. 458
3.5. Conclusiones.....	p. 463
4. Síntesis: la contribución de la UE a la política de competencia internacional.....	p. 466
4.1. La experiencia europea y su valor en el desarrollo de un régimen global de competencia.....	p. 467

4.2. La política de competencia internacional en un nuevo orden económico mundial.....	469
Conclusiones.....	p. 472
Conclusions.....	p. 480
Bibliografía.....	p. 487
Fuentes Documentales.....	p. 506
Recursos Electrónicos.....	p. 521

LISTADO DE ACRÓNIMOS

ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
ANCs	Autoridades Nacionales de Competencia
ASG	Acuerdo sobre Salvaguardias
ADPIC	Acuerdo sobre Aspectos Relativos a la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
ASMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
AGCS	Acuerdo general sobre el Comercio de Servicios
AOTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
BRIC	Brasil, Rusia, India y China
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
DJ	Ministerio de Justicia de EEUU; (<i>Department of Justice</i>)
ECA	Autoridades de Competencia Europeas; (<i>European Competition Authorities</i>)
EEE	Espacio Económico Europeo
FTC	Comisión Federal de Comercio (EEUU); (<i>Federal Trade Commission</i>)
IED	Inversión Extranjera Directa
ICN	Red Internacional de Competencia; (<i>International Competition Network</i>)
LAM	Ley Antimonopolio de China
RAC	Red de Autoridades de Competencia
REC	Red Europea de Competencia
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OMC	Organización Mundial del comercio
TCE	Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la UE

TICs Tecnologías de la Información y la Comunicación

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE Unión Europea

UNCTAD Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo

INTRODUCCIÓN

Los mercados nacionales están cada vez más expuestos al exterior desde la II Guerra Mundial; proceso que experimentó un impulso definitivo con la caída del muro de Berlín y la integración de la economía mundial en solo bloque. La economía de mercado ha acabado imponiéndose a la planificación centralizada, y hoy, la comunidad internacional identifica la competencia como motor del crecimiento económico. Instituciones internacionales, tales como el GATT-OMC, han estado auspiciando el camino.

Como consecuencia, las empresas y los negocios se han vuelto más globales que nunca. Las corporaciones no dudan en deslocalizarse buscando minimizar sus costes al tiempo que están al acecho de nuevas oportunidades de negocio en mercados emergentes. Además, esta mundialización de la economía está provocando una gran ola de fusiones y absorciones transfronterizas sin precedentes. La interconexión de las economías nacionales viene explicada por estos dos factores –liberalización y globalización–, junto con un tercero de carácter tecnológico: la revolución de las TICs¹.

Las nuevas tecnologías permiten que la información viaje a velocidad instantánea y con un coste mínimo. No cabe duda del enorme impacto que se desprende de este factor sobre el desarrollo de la economía mundial en general. Nosotros tenemos que considerarlo también desde el punto de vista de las prácticas empresariales: las empresas encuentran más facilidades para coordinar su comportamiento y cooperar en lugar de competir.

Esto tres factores plantean una cuestión central para el cometido de este trabajo: ¿Puede la economía mundial ser regulada a partir de normas nacionales? ¿Es lógico disciplinar el comportamiento de empresas multinacionales a través de regímenes nacionales? Estas inconsistencias normativas fueron las que no llevaron a emprender la presente investigación.

El tema de nuestra investigación se circunscribe a la política de competencia internacional. Esto nos lleva, irremediamente, a comprender profundamente el marco teórico y las claves de aplicación práctica que subyacen a la política en cuestión. Además, nos hemos inclinado por estudiar con cierto nivel de detalle el modelo de competencia de la UE por

¹ Tecnologías de la Información y Comunicación.

tres motivos: en primer lugar, por tratarse de un trabajo realizado en el seno de la UE; segundo, la UE, como veremos a lo largo de la tesis, es el actor protagonista en el actual proceso de internacionalización de la política de competencia; en tercer lugar, la experiencia europea guarda un potencial valor a la hora de estudiar de qué modo podrían implementarse normas internacionales vinculantes de competencia. Se trata de la única experiencia sólida de política de competencia que regula un mercado supranacional. Las implicaciones de este hecho para el cometido de nuestro trabajo son enormes.

Por tanto, el tema de nuestra investigación queda delimitado por tres fases bien diferenciadas, que por otro lado son las que establecen las fronteras entre las tres partes de las que está compuesta la tesis:

- a. Competencia y política de competencia
- b. Política de competencia en la UE
- c. Política de competencia internacional.

El objetivo general de la investigación ha de ser entendido desde un doble plano: por un lado, vamos a articular un discurso sólido y coherente para argumentar la necesidad de configurar una política de competencia a escala global; por otro, vamos a situar al modelo europeo como referencia para el diseño de un marco global para la política de competencia.

Dicho objetivo general engloba toda una serie de objetivos específicos que enmarcan la investigación. Entre estos destacamos los siguientes:

- a.** Explorar el concepto de competencia y sus implicaciones para el diseño institucional que llamamos sistema de economía libre de mercado.
- b.** Abordar de forma sistemática y crítica los argumentos esgrimidos desde el análisis económico para justificar la política de competencia.
- c.** Trazar un esbozo histórico, sistemático y plural acerca de la configuración de los sistemas de política de competencia.

- d.** Realizar una monografía panorámica sobre el tratamiento de la competencia en la meta narrativa que llamamos Historia del Pensamiento Económico: desde el pensamiento económico clásico hasta nuestros días. Dedicaremos una parte del estudio al tratamiento de la competencia en el pensamiento económico español.
- e.** Revisar las claves teórico-políticas en la aplicación de la política de competencia.
- f.** Trazar un esbozo histórico de la configuración institucional de la política de competencia en la UE.
- g.** Abordar, con cierto nivel de detalle, el modelo de competencia de la UE.
- h.** Analizar el actual sistema de política competencia internacional. Cómo hemos llegado hasta él y cuáles podrían ser los siguientes pasos a seguir para la configuración de un marco global para la política de competencia.
- i.** Realizar un análisis comparativo para confrontar de un modo objetivo los dos modelos de competencia más importantes: el de la UE y el de EEUU.

Los enfoques metodológicos necesarios para la consecución de los objetivos planteados deben ser necesariamente diversos y acordes con la naturaleza de los mismos. Precisaremos del enfoque *histórico comparado*. Planteamos llevar a cabo esbozos históricos tanto sobre la propia política de competencia, como sobre la noción de competencia en la historia del pensamiento económico.

La historia de la política de competencia europea, así como la historia de los esfuerzos realizados para la configuración de una política de competencia global están incluidas en el análisis. Finalmente, debemos entender la aplicación del enfoque histórico desde tres perspectivas: la económica, la institucional y desde el pensamiento económico.

Un segundo enfoque sería el vinculado a la economía de las instituciones. La Nueva Economía Institucional debe inspirar el acercamiento a las instituciones vigentes y también la formulación de propuestas de marcos institucionales que cumplan con eficiencia los objetivos planteados.

El tercer enfoque se circunscribe al análisis teórico de los modelos económicos. La política de competencia como campo de la economía aplicada se fundamenta en dos grandes enfoques del análisis económico: la Microeconomía y la Economía-Organización Industrial. Los elementos de estos enfoques deben inspirar el estudio de los fundamentos económicos de la política de competencia, así como la relevancia y pertinencia de las claves de aplicación.

A estos tres enfoques hay que añadir un estudio de naturaleza cuantitativa que nos ayudará a evaluar la calidad institucional de los regímenes de competencia. Los cuatro cauces deben ser de utilidad para estudiar en profundidad el caso de la política de competencia en la UE. Se trata de cribar esta experiencia a través de los tres enfoques señalados para poner de manifiesto los elementos que constituyan buenas prácticas y que puedan ser explorables para la defensa de un marco global de política de competencia.

Con la presente tesis, de naturaleza eminentemente panorámica², pretendemos poner de manifiesto las inconsistencias e ineficiencias que se desprenden del actual modelo de política de competencia internacional, construido a partir de impulsos y basado en las políticas nacionales de competencia de los distintos Estados.

Nosotros advertimos que el modelo en cuestión no es apropiado y exige ser reformulado. La idea que el trabajo defiende es la necesidad de dar pasos hacia una política de competencia internacional vinculante. Para ello, tomaremos como referencia la experiencia europea. La UE ha vivido un proceso similar al que se enfrenta la economía mundial en las últimas décadas. Para la construcción de la Comunidad Europea, las partes tuvieron clara desde el principio la necesidad de integrar los mercados nacionales en un mercado único. Y el único modo de conseguir dicho objetivo era a partir de una política de competencia común. Además, muchos países europeos han pasado, desde la segunda mitad del siglo XX, por un proceso de modernización y liberalización económica. Muchos de los sectores que tradicionalmente han estado regentados por el brazo público en régimen de monopolio han sido liberalizados y pasado a manos privadas en busca de mayores niveles de eficiencia.

² Siguiendo la clasificación propuesta por Eco (2001).

Por tanto, los dos primeros factores que mencionamos al principio de la introducción – liberalización e integración de economías nacionales³ – están presentes en la experiencia europea. A estos hay que añadir que las implicaciones que se desprenden de la revolución de las TICs estaban ya presentes en el proceso de construcción europea. El tamaño, relativamente pequeño, de la Unión, junto con las nuevas tecnologías que estaban desarrollándose, permitían que la información fluyese y los procesos productivos se internacionalizasen, fundamentalmente a nivel europeo. Se estaba configurando el mercado común. Este proceso que se produjo en Europa gracias a los tres factores mencionados puede ser repetido a escala internacional, siempre con matices.

De este modo, la experiencia europea puede ser interpretada como un valioso experimento del que se pueden extraer diferentes lecciones para el objeto de establecer una política de competencia internacional. Dado que la propuesta consiste en tomar el modelo europeo como referencia para la economía global, será fundamental conocer en profundidad su funcionamiento multinivel, sus problemas y los aspectos que mejor están funcionando.

La tesis está dividida en tres partes, cada una dedicada a los tres pilares que subyacen a nuestro estudio:

- La política de competencia, en general;
- el modelo de la UE de política de competencia; y
- la regulación de la competencia a nivel internacional.

La primera parte se titula **“Fundamentos de la Política de Competencia”**. Se trata de introducirnos en el mundo de la política de competencia. Para ello, comenzaremos abordando el concepto de competencia y su defensa en la historia del pensamiento económico.

Una tesis de economía sobre cualquier cuestión no puede dejar de señalar los aspectos más importantes sobre aquella que se desprendan de los grandes pensadores de la historia de la economía. De este modo, nosotros realizamos un recorrido en el que distinguimos entre las distintas escuelas de pensamiento, partiendo de Adam Smith y los economistas clásicos, hasta los últimos avances en la nueva economía industrial. En dicho recorrido también nos detendremos en las críticas socialistas que se vertieron sobre la economía de mercado y la

³ Integración europea sería el término más acertado.

competencia, y en la interpretación del proceso competitivo desarrollado por los escolásticos españoles a partir de su concepto de “precio justo”.

El segundo capítulo establece los fundamentos económicos y políticos que subyacen a la política de competencia. Se trata de los argumentos que justifican la intervención pública en la economía para regular los comportamientos de los agentes que se consideran dañinos para la economía y la sociedad. Vamos a mostrar que la economía de mercado no funcionaría correctamente –esto es, no daría como resultado la eficiencia en los procesos de asignación de recursos- en ausencia de una legislación en materia de competencia. Reflexionaremos en torno al concepto de libertad económica y modelizaremos el comportamiento competitivo para comprender en profundidad en qué consiste el mismo y por qué lo consideramos beneficioso para la sociedad. El capítulo concluye con un apunte histórico en el que se repasa la historia del primer régimen integral de política de competencia –el estadounidense- y su evolución. De este modo, apreciaremos cómo las distintas razones que respaldan la política de competencia ya estaban presentes en los albores de esta forma de intervención pública. Al mismo tiempo, veremos cómo estos han ido adaptándose a los nuevos desarrollos de la ciencia económica, especialmente el proceso de liberalización y privatización que se desprende de las ideas concebidas por los economistas de la escuela de Chicago en la década de los 70 y 80.

El último capítulo de la primera parte recoge las claves de aplicación de la política de competencia. Si bien el anterior capítulo establecía la teoría de la competencia, en este nos centramos en su vertiente más práctica. Para ello, comenzamos describiendo los distintos objetivos de la política de competencia que los expertos han convenido. Con posterioridad serán abordados importantes conceptos económicos presentes en la práctica de la política de competencia, tales como el de “colusión”, “mercado relevante” o las “medidas de concentración”.

La segunda parte de la tesis está dedicada exclusivamente al modelo europeo de política de competencia, siendo su título **“La Política de Competencia en la UE”**. El capítulo IV alberga los aspectos históricos de la política de competencia de la UE. Buscaremos el germen de la dicha política en el viejo continente en un curioso pasaje que nos sumergirá en la Viena de los Habsburgo de finales del siglo XIX. Tras dicho episodio, nos volcaremos con la política de competencia en los primeros pasos de la Comunidad Europea. Mediante

el análisis de los distintos tratados, vamos a extraer el contenido dedicado a la política de competencia para poner de manifiesto la importancia de ésta para el proyecto europeo. También prestaremos especial atención a los cambios más significativos que ha experimentado la política en cuestión, desde su filosofía hasta los aspectos sustantivos concretos.

No podemos proponer el modelo europeo para una hipotética política internacional de competencia sin conocerlo en profundidad. Por ello, el quinto capítulo aborda la política de competencia de la UE incidiendo en los aspectos que consideramos más importantes para nuestro proyecto de regulación *antitrust* global. Entre éstos destacan los sistemas de remisión de casos entre las ANCs (Autoridades Nacionales de Competencia) y la Comisión a través de la REC (Red Europea de Competencia). Del mismo modo, consideramos de vital importancia conocer las novedades que se incorporaron a la política de competencia de la UE tras la reforma de 2004, adaptándola a los nuevos tiempos y las mejores prácticas identificadas. El capítulo también contiene un apartado dedicado a la crisis económica y el impacto que ésta ha supuesto para la política de competencia.

Finalmente, en la tercera parte –**“Política de Competencia Internacional para una Economía Global”**– se aborda la problemática que encierra el proceso de internacionalización de la política de competencia. El capítulo VI establece las bases teóricas que nos ayudarán a comprender tan complejo asunto. Serán objeto de análisis tanto las fórmulas jurídicas a las que las autoridades –nacionales– recurren para lidiar con las prácticas restrictivas internacionales, así como los intentos pretéritos por configurar normas internacionales que regulasen los comportamientos anticompetitivos.

El séptimo capítulo nos permite reflexionar en torno a los aspectos institucionales que envuelven el proceso de internacionalización de la política de competencia. Las cuestiones institucionales fluyen a través de dos cauces: por un lado, las instituciones u organizaciones internacionales que se dedican –o han dedicado– al estudio de la problemática de la competencia a nivel internacional. Entre éstas destacan la OMC (Organización Mundial del Comercio), por ser la institución que más cerca ha estado de albergar una política de competencia internacional; y la ICN (por sus siglas en inglés, *International Competition Network*⁴), que es la institución que en la actualidad comanda los esfuerzos de cooperación y

⁴ En español, Red Internacional de Competencia.

convergencia de las ANCs. Por otro lado, el capítulo también profundiza en las cuestiones institucionales más relevantes a la hora de idear un sistema internacional de política de competencia.

El capítulo VIII y último sitúa a la UE como referencia en el proceso de internacionalización de la política de competencia. Analizaremos el modo en que la UE entiende la dimensión internacional de su política de competencia. Veremos las estrategias que ha seguido, tanto a nivel bilateral, como multilateral, y nos detendremos en la cooperación que se produce entre la UE y sus dos principales socios: China y EEUU. Asimismo, indagamos los motivos por los que los países que están configurando sus políticas nacionales de competencia están guiándose más por el modelo europeo que por el estadounidense, a pesar de la longevidad del último. Para ello, decidimos emprender un estudio comparativo de carácter eminentemente cuantitativo (aunque también comentaremos algunos aspectos cualitativos) a partir de la construcción de unos índices de política de competencia.

De todo nuestro recorrido extraemos un elenco de conclusiones que dividimos en tres categorías:

- Conclusiones relativas al análisis económico;
- conclusiones concernientes al análisis jurídico; y
- conclusiones acerca de los aspectos institucionales.

Con dicho bloque de conclusiones, categorizadas y en forma de esquema, se sintetizan las principales ideas que se desprenden de nuestro trabajo.

INTRODUCTION

National markets are more and more exposed to abroad since the II World War; this process experimented a decisive impulse with the Berlin´s wall fall and the integration of the global economy in a single block. Market economy has prevailed over central planning, and now, international community identifies competition as the engine of economic growth. International institutions such as GATT-WTO have been promoting this pathway.

As a result, companies and business are now more global than ever. Corporations do not hesitate to relocate seeking both minimize costs and new business opportunities in emerging markets. Moreover, this economic globalization is triggering a big wave of international mergers unprecedented. The interconnection of national economies is explained by these two factors –liberalization and globalization- together with another one of technological nature: ICTs¹ revolution.

New technologies allow information to flow at instantaneous velocity and at minimal cost. There is no doubt about the huge impact that emerges from this factor on the development of the world economy in general. We have to consider it from the point of view of business practices: companies find easier to coordinate their behavior and cooperate, rather than compete.

These three factors raise a central question for the purpose of this work: Can the global economy be regulated from national standards? Is it logical that the behavior of multinational companies be disciplined through national systems? This normative inconsistency led us to undertake this investigation.

The theme of our research is international competition policy. This implies, inevitably, to understand profoundly the theoretical and enforcement law keys underlying competition policy. In addition, we have studied in some detail the EU competition model for three reasons: first, because it is a work carried within the EU; second, the EU, as we will see throughout of the thesis, is the lead actor in the ongoing process of internationalization of

¹ Information and Communication Technologies.

competition policy; and thirdly, the European experience holds a potential value when examining how competition binding international standards might be implemented. It is the unique experience of competition policy that works in a supranational market. The implications of this fact for the purpose of our work are enormous.

Thus, the subject of our research is delimited by three distinct phases that establish the boundaries between the three parts of the thesis:

- a. Competition and Competition Policy enforcement.
- b. Competition policy in the EU.
- c. International competition policy

The overall aim of this work is to be understood from two fronts: on the one hand, we will articulate a strong and coherent discourse to argue the need to set a global competition policy; on the other hand, we are going to place the European model as a reference for the design of a global competition policy framework.

This general aim encompasses a number of specific objectives that frame the research. Among these are included:

- a. To explore the concept of competence and its implications for the institutional design of the free market economic system.
- b. Dealing, in a systematic and critical way, with the arguments from economic analysis that justify competition policy.
- c. To draw an historical, systematic and plural outline about the configuration of competition policy systems.
- d. Performing a panoramic monograph on the treatment of competition in the meta-narrative we call History of Economic Thought: from classical economic thinking to this day. We will dedicate a part of our study to the treatment of competition in Spanish economic thought.

- e. Reviewing the political and theory keys on competition policy enforcement.
- f. To draw an historical sketch of the institutional configuration of competition policy in the EU.
- g. To address, with some detail, the EU competition policy regime.
- h. To analyze the current system of international competition policy. How we got it and what might be the next steps for setting up an international competition policy comprehensive framework.
- i. Undertaking a comparative analysis to confront in an objective way the two major competition policy models: the EU and the US.

The methodological approaches required to achieve our objectives are necessarily diverse and consistent with their nature. We will need the comparative historical approach. We propose to conduct historical sketches on both competition policy itself, and on the notion of competition in the history of economic thought.

The history of European competition policy and the history of the efforts for setting up a global competition policy are included in the analysis. Finally, we must understand the application of the historical approach from three perspectives: economic, institutional and from economic thinking.

A second approach is connected with the economics of institutions. The New Institutional Economics approach should inspire our dialogue with the existing institutions and the formulation of proposals for institutional frameworks that achieve the objectives we had in mind.

The third approach is circumscribed to theoretical analysis of economic models. Competition policy as a field of applied economics is based on two main approaches of economic analysis: the Microeconomics and Industrial Organization/Economics. The elements of these approaches should guide the study of the economic foundations of

competition policy, as well as the relevance and appropriateness of the keys law enforcement.

These three approaches have to add a quantitative study that will help us to assess the institutional quality of competition regimes. The four streams should be useful to study in depth the case of competition policy in the EU. We will sift this experience through the three approaches identified to reveal the elements that constitute best practices and those that may be exploitable for advocating a global competition policy framework.

With this thesis we seek to show the inconsistencies and inefficiencies that emerge from the current model of international competition policy, which has been built from impulses and is based on national competition policy of the national States.

We note that this model is inappropriate and requires to be reformulated. The idea this work advocates is the need to take steps toward a binding global competition policy. To that end, we take as reference the European experience. UE has experimented a similar process as that global economy is facing in recent decades. For the construction of the European Community, the parties were clear from the beginning the need to integrate national markets into a single market. The only way to achieve this goal came from a common competition policy. In addition, many European countries have passed, since the second half of the twentieth century, by a process of modernization and economic liberalization. Many of the sectors that have traditionally been run by the public arm under monopoly have been liberalized and transferred into private hands seeking greater efficiency.

Therefore, the two factors we mentioned earlier in the introduction -liberalization and integration of national economies- are present in the European experience. In addition, the implications arising from the ICT revolution were already in the process of European construction. The relatively small size of the Union, along with the new technologies that were being developed, enable the information to flow and production processes were internationalized, mainly in Europe. It was setting up the common market. This process occurred in Europe thanks to three factors can be replicated internationally, with nuances.

Thus, the European experience can be seen as a valuable experiment that can draw different lessons for the purpose of establishing international competition policy. Since the proposal is to take the European model as a reference for the global economy, it will be essential to know in depth its multilevel nature, problems and issues which are working best.

The thesis is divided into three parts, each dedicated to the three pillars underpinning our study:

- Competition policy in general;
- the EU model of competition policy; and
- the regulation of international competition.

The first part is entitled "**Foundations of Competition Policy**". It will be our entry into the world of competition policy. We will start by addressing the concept of competence and its defense in the history of economic thought.

A thesis in economics on any matter cannot fail to note the most important aspects about it that emerge from the great thinkers in the history of the economy. Thus, we made a tour in which we distinguish between the different schools of thought, starting with Adam Smith and the classical economists to the latest advances in the new industrial economy. In this tour we also will stop in the socialist criticism poured on market economy and competition. The interpretation of the competitive process developed by the Spanish Scholastics from their concept of "fair price" will be also object of analysis.

The second chapter sets out the economic and political foundations underlying competition policy. This is the rationale for public intervention in the economy in order to regulate the behavior of agents that are considered harmful to the economy and society. We will show that the market economy does not work properly -that is, resources would not be allocated efficiently, in the absence of competition legislation. We will reflect on the concept of economic freedom and we model competitive behavior to deeply understand what is it and why it is considered beneficial to society. The chapter concludes with the history of the first comprehensive competition policy regime -the American- and its evolution. Thus, we will appreciate how the reasons behind competition policy were

already present at the beginning of this form of public intervention. At the same time, we will see how these have been adapted to new developments of economic science, especially with regard to the process of liberalization and privatization that emerges from the ideas conceived by economists of the Chicago school in the 70s and 80s.

The last chapter of this first part contains the enforcement keys of competition policy. While the previous chapter established the theory of competition, in this one we focus on its most practical side. To do this, we begin by describing the different objectives of competition policy experts have agreed. After that, important economic concepts for the enforcement of competition policy, such as collusion, relevant market or measures of concentration, will be discussed.

The second part of the thesis is devoted exclusively to the European model of competition policy. Its title is **“The Competition Policy in the EU”**. Chapter IV contains the historical aspects of competition policy in the EU. We will seek the seed of such a policy on the continent in a curious passage that plunge in Habsburg Vienna in the late nineteenth century. After this episode, we will turn over competition policy in the first steps of the European Community. By analyzing the various treaties, we will extract the content devoted to competition policy to demonstrate its importance for the European project. We also give special attention to the most significant changes experienced by the policy, from its philosophy to its substantive aspects.

We could not propose the European model for a hypothetical international competition policy without knowing it in depth. Therefore, the fifth chapter deals with competition policy of the EU stressing the aspects we consider important for our project of global antitrust regulation. Among these there are the case referral system between NCAs (National Competition Authorities) and the Commission through the ECN (European Competition Network). Similarly, we consider crucial to know the latest changes European competition policy has experimented after the 2004 reform, adapting it to changing times and best practices identified. The chapter also contains a section devoted to the economic crisis and the impact it has meant for competition policy.

Finally, in the third part –“**International Competition Policy for a Global Economy**”- we address the problem that encloses the internationalization of competition policy. Chapter VI provides the theoretical basis to help us to understand this complex issue. We will analyze both legal formulas to which –national- authorities rely to deal with international restrictive practices and past attempts to configure international standards for regulating anti-competitive behavior.

The seventh chapter allows us to reflect on institutional issues involving the internationalization of competition policy. Institutional issues flow through two channels: first, institutions or international organizations engaged to the study of the problems of international competition. Among these there are the WTO (World Trade Organization), as the institution that has been closer to host international competition policy; and the ICN (International Competition Network), which is the institution that currently commands the cooperation and convergence efforts of the ANCs. Furthermore, the chapter explores institutional issues relevant when designing an international competition policy framework.

The eighth and final chapter puts the EU as a reference in the internationalization of competition policy. We analyze how the EU understands the international dimension of competition policy. We will see its strategies, both bilateral and multilateral, and we stop in the cooperation that occurs between the EU and its two main partners: China and the US. Also, we investigate the reasons why countries that are setting their national competition policies are guided more by the European model than by the US one, despite the longevity of the latter. To do this, we decided to undertake a comparative study eminently quantitative from the construction of competition policy indexes.

We extract from our journey a list of conclusions which we divide into three categories:

- Conclusions on economic analysis;
- conclusions concerning the legal analysis, and
- conclusions on institutional aspects.

With this block of findings, categorized and in outline form, we summarize the main ideas that emerge from our work.

PARTE I

**FUNDAMENTOS DE LA POLÍTICA
DE COMPETENCIA**

CAPÍTULO I

LA COMPETENCIA, SU DEFENSA Y SUS CRÍTICAS, EN LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO

INTRODUCCIÓN

El término competencia ha estado atrayendo la atención de los economistas y otros estudiosos de las ciencias sociales desde hace más de 200 años. Pero el significado del concepto no ha sido siempre el mismo. Como veremos a lo largo del capítulo, su acepción ha evolucionado desde conceptos derivativos y operativos para la vida práctica, hasta una figura puramente formalista.

Ciertamente, una característica común en todo el recorrido experimentado por el término competencia es su uso como exponente y principio rector de la economía de mercado. Cualquier defensor del mercado no duda en elogiar los beneficios de la competencia, tanto por la prosperidad material que genera, como por su carácter justiciero, por el que premia a quien mejor se desempeña en el mundo de los negocios.

Esta transformación del término justifica que nuestro estudio sobre política de competencia comience con un repaso por las reflexiones sobre la competencia que las distintas escuelas de pensamiento económico impulsaron en su búsqueda por desarrollar la ciencia económica. A pesar de que nuestro recorrido se remonta hasta los albores de la economía como ciencia moderna, hay pruebas que demuestran que la historia de las leyes antimonopolio es mucho más longeva.

En concreto, las primeras leyes de competencia se remontan al Imperio Romano. Al objeto de proteger el comercio de grano, la *Lex Julia de Annona* fue promulgada en el año 50 A.C., estableciendo fuertes multas a aquéllos que directa, deliberada e insidiosamente detuviesen los barcos de suministro. Más tarde, en el 301 D.C., el emperador Diocleciano impuso la pena de muerte para cualquiera que violase alguno de los sistemas de tarifas mediante, por ejemplo, la compra, la ocultación o la trama para crear escasez en productos de uso diario (Wilberforce, 1966).

Más allá de estas primitivas experiencias, nuestro análisis en profundidad se inicia en la obra que marca un antes y un después en la historia de las ideas económicas: “La Riqueza de las Naciones”. Abordaremos la descripción que realiza Adam Smith del funcionamiento de los mercados competitivos y el papel que juega la competencia en el mecanismo de mercado.

Igualmente, nos preguntaremos si Smith desliza la necesidad de establecer normas de competencia que limiten la libertad total en los negocios.

Tras Smith, y a la vista de las pocas novedades respecto a la competencia y su defensa que hemos observado en las obras de D. Ricardo y R. Malthus, estudiaremos las nuevas ideas que sobre esta cuestión arrojan los “Principios de Economía Política” de J.S.Mill. A pesar de que aquí debería finalizar el recorrido por la economía clásica, hemos incluido en el apartado en cuestión a A. Marshall debido a las similitudes que su método guarda tanto con el moralista escocés como con Mill.

Posteriormente nos volcamos con el estudio de la competencia bajo el prisma de la economía neoclásica (1870-1920). En este período se produjeron decisivos avances en relación con el análisis de los precios. El análisis económico se formalizó, dejando atrás la metodología contextual y descriptiva que caracterizó a Smith o Mill. Sin embargo, sí podemos cuestionar que se realizasen aportaciones que modificasen las ideas sobre la competencia que habían configurado los economistas clásicos.

Los epígrafes dos, tres y cuatro están dedicados a los desarrollos de la Escuela de Harvard, la Escuela de Chicago y la Escuela Austríaca de Economía, respectivamente. Estas tres escuelas se aproximan por distintas vías al estudio de la competencia y el mecanismo de mercado. A partir de un análisis preliminar de sus aportaciones podría parecer que éstas entran en conflicto entre sí, pero la realidad es que muchas de ellas son complementarias. Precisamente, de la síntesis de estas ideas surge la Economía Industrial como rama de la ciencia económica, objeto de análisis en el epígrafe cinco.

El orden cronológico que en buena medida sigue este primer capítulo se rompe con los dos últimos epígrafes debido a la naturaleza de los mismos. En el sexto epígrafe recogemos las críticas que se han vertido sobre la competencia y el mecanismo de mercado por parte de las diferentes vertientes del socialismo que se desarrollaron a partir del siglo XIX. Resulta sorprendente la vigencia de muchas de ellas 200 años después.

Finalmente, el capítulo termina con un pasaje de especial interés para nuestro país. Se trata del estudio de la competencia en la historia del pensamiento económico español.

Concretamente, en la etapa en la que quizá la vanguardia de las ideas económicas se circunscribía a la península ibérica: el período de la Escuela de Salamanca. Las similitudes que guarda el concepto de precio justo con el precio en condiciones de competencia nos pareció suficiente justificación para incluirlo en este repaso de la competencia en la historia del pensamiento económico.

1. La competencia y los clásicos

Se acepta que la ciencia económica emerge con la publicación de la obra de Adam Smith, *La Riqueza de las Naciones* (1776). No obstante, otros pensadores anteriores habían ya tratado de esbozar por qué y cómo la competencia actúa en los mercados. Nos estamos refiriendo a Richard Cantillon, Adam Ferguson y a David Hume fundamentalmente, quien ejerció una influencia más que notable en Smith. Podemos por tanto afirmar que la teoría de la competencia como engranaje de la economía de mercado hunde sus raíces en la filosofía moral escocesa del siglo XVIII.

Una muestra del papel que ya se le asignaba a la competencia antes de la publicación de “La Riqueza de las Naciones” la encontramos en la “Enciclopedia” francesa de 1751, en la que se encuentran expresiones como *“la competencia es la fuerza conductora de los negocios y el alma de la industria”*.

A pesar de los antecedentes mencionados, fue Adam Smith quién situó a la competencia como principio general del análisis económico y de la organización social de un modo sistemático y bien estructurado (McNulty, 1968). Se han rellenado ya incontables páginas comentando y analizando el hallazgo de Smith, por lo que desde aquí lo comentaremos someramente y tan sólo nos detendremos en aquellos aspectos que resulten de verdadero interés para nuestra empresa.

Cabe recordar que la preocupación del filósofo moralista, al igual que la de sus predecesores, giraba en torno a la solución del problema del valor. En su búsqueda por una teoría del valor, Smith expuso con maestría y precisión el papel que juega la competencia en el proceso por el que los precios tienden a sus niveles naturales al alcanzar una situación de equilibrio. Recordemos su hilo argumental.

Smith consideraba que los individuos no tenían la capacidad para emprender conscientemente acciones individuales que redundasen en el bienestar colectivo. Al menos, no por sistema. Por ello, y aludiendo a la condición egoísta que todo ser humano retiene (en mayor o menor medida), Smith describió la competencia como una carrera entre individuos que provocaría el continuo crecimiento (material) de la sociedad vía mejoras en

la producción y disminución de los precios de las mercancías hasta su “nivel natural”. Así, y como subraya Stigler (1954), el concepto de competencia presentado por Smith connota una rivalidad independiente entre dos o más individuos. Empero, Smith añade que los productores competirían con mayor intensidad cuando más numerosos fuesen. Además, el carácter asignativo de la competencia igualaría las tasas de beneficio de las distintas industrias hasta llevarlas al mínimo.

Por otro lado, Metcalfe (1998) considera que en el análisis de Smith están ya presentes las dos acepciones de competencia que a la postre serían desarrolladas. Por un lado estaría la competencia como elemento coordinador de la economía a través del cual se alcanza una distribución eficiente de los recursos. Por otro lado, la competencia actuaría como fuerza promotora de la actividad económica por medio de la división del trabajo ampliada¹.

La función coordinadora de asignación de recursos se produce por dos motivos: en primer lugar, la competencia en los mercados hará que los precios se aproximen a su nivel natural; y segundo, al resultar los precios naturales de un proceso competitivo que genera una tasa de beneficio y unos salarios uniformes en todos los sectores de la economía, los precios acabarán alineándose con los costes de producción. A través del proceso competitivo, el nivel de precios se ve forzado hasta alcanzar el mínimo que garantice su sostenibilidad a largo plazo. De este modo, la competencia proporcionaría a la economía de mercado el orden y la estabilidad necesaria para asignar los recursos disponibles.

Desde la segunda perspectiva -la concepción de la competencia como fuerza dinámica- el bienestar se vería impulsado por los capitalistas y su persistente búsqueda de beneficio privado. Las corporaciones tratarán de alcanzar las mayores tasas de beneficios ofreciendo productos de más calidad, reduciendo costes y aplicando las técnicas más avanzadas. Los consumidores se beneficiarán de la competencia comprando mejores productos al precio más bajo posible. En definitiva, se producen efectos dinámicos a través de los incentivos a la innovación y a la constante mejora de los productos y procesos productivos.

En cuanto a las desigualdades existentes en la práctica entre los distintos empleos (retributivas, de fatiga, de accesibilidad,...), Smith señala que una de sus causas se

¹ Citado por Varela Carid (2006).

encuentra en la política europea. En particular, la política económica de Europa estaría creando desigualdades más allá de las que se derivan de la propia naturaleza de los distintos oficios. Y esto lo hace restringiendo la libertad de tres formas distintas (Smith, 1776: 1987, 200)²:

Primero, restringiendo la competencia en algunos empleos a un número de personas menor que las que de otro modo se dedicarían a ellos³; segundo, incrementándola en otros por encima de lo que sería natural⁴; y tercero, obstruyendo la libre circulación de la mano de obra y del capital (...).

En este pasaje vemos cómo Smith se lamenta de la distorsión que ciertas acciones políticas generan en el proceso competitivo. Estos arbitrios limitan la capacidad de la competencia para asignar eficientemente los recursos, es decir, evitan que éstos se empleen en los mejores usos posibles. Sin embargo, y como veremos a continuación, el “padre” del liberalismo económico no se oponía a cualquier tipo de intervención gubernamental en la economía.

A pesar de lo que muchos creen o se empeñan en creer, Smith advierte que los mercados, por sí mismos, no serán efectivamente competitivos⁵. Esto podría dar lugar a la intervención de los poderes públicos a favor del interés general. Según Smith, las empresas⁶ tienen claros incentivos para convertirse en monopolistas, o reproducir tal situación por medio de acuerdos con otras empresas de forma que alteren los precios y los niveles de producción. Estas prácticas perturban los beneficiosos efectos del mecanismo de mercado (Varela Carid, 2006). Sin embargo, y ante esta tendencia natural de los individuos, Smith no propuso el establecimiento de medidas y disposiciones antimonopolio. Es necesario profundizar un poco más en esta cuestión.

La Riqueza de las Naciones predica que la intervención del estado en la economía habría de ser limitada. Para Smith (1776: 1987, 60), cualquier política que tendiese a aumentar el

² La edición de “La Riqueza de las Naciones” que manejamos corresponde a la Edición Conmemorativa del bicentenario de la primera edición de la obra a cargo de R.H. Cambell y A. S. Skinner (eds.)

³ Smith apunta a los gremios como herramienta para el mantenimiento de privilegios exclusivos.

⁴ Hoy día, Smith haría referencia a la política agrícola proteccionista comunitaria para explicar esta segunda vía.

⁵ Como afirma con gran tino Galbraith (1989: 75), La Riqueza de las Naciones es, junto a El Capital y la Biblia, uno de los tres libros que los eruditos de medio pelo se creen con derecho a citar sin haber leído.

⁶ En su terminología, los capitalistas.

precio del mercado por encima del precio natural (que era el que resultaba del proceso competitivo) disminuiría la riqueza pública;

Los privilegios exclusivos de los gremios, los estatutos de aprendizaje y todas aquellas leyes que restringen en determinados empleos la competencia (...) son monopolios ampliados que pueden, durante mucho tiempo y en todo tipo de empleos, mantener el precio de mercado de algunas mercancías por encima de su precio natural, de forma que los salarios y los beneficios estén por encima de sus tasas naturales.

Es posible que la gran distorsión en la economía que la intervención pública provocaba en ese tiempo desalentase a Smith a proponer leyes que paliasen los incentivos empresariales a coludir o cartelizarse. También es razonable pensar que Smith no concebía compatibles dichas disposiciones con el respeto a la libertad individual. A pesar de ello, resultan sorprendentes pasajes como el que sigue (Smith, 1776: 1987, 209-210):

Las gentes del mismo oficio rara vez se reúnen, aunque solo sea para divertirse y distraerse, sin que la conversación acabe en una conspiración contra el público o en algún arreglo para elevar los precios. Ciertamente es imposible evitar tales reuniones mediante leyes que puedan ser puestas en práctica o que sean consistentes con los principios de libertad y justicia.

Podemos preguntarnos si Smith era realmente consciente de lo que estaba diciendo. ¿Significa esto que los empresarios, actuando en total libertad, generarían las mismas distorsiones en la asignación de recursos que las leyes y privilegios exclusivos que tanto denunciaba? ¿Había alguna fisura en el armónico sistema capitalista que con tanta perspicacia había descrito?

Hay autores como Budzinski (2003) que piensan que Smith defendía algún tipo de política de competencia a partir de las siguientes proposiciones del moralista escocés:

- a) *El estado debe asegurar que los acuerdos institucionales que definen los derechos de propiedad deben garantizar la protección legal de las transacciones en el mercado, proteger la libertad de elección y prohibir el comportamiento injusto.*
- b) *Debe haber mecanismos institucionales internos que limiten el comportamiento desleal por medio de normas morales.*

- c) *Finalmente, Smith recomendaba que los políticos no siguiesen ninguna sugerencia de los empresarios.*

Debemos considerar las grandes diferencias existentes entre la sociedad a la que se enfrentó Smith y el mundo contemporáneo. El joven capitalismo de la Inglaterra en vías de industrialización del siglo XVIII no contaba con las grandes corporaciones y grupos empresariales que hoy dominan vastos mercados. Se trataba de una sociedad de pequeños y medianos capitalistas en la que el poder de mercado estaba aún lejos de ser considerado un problema. Aun así, Smith profetizó el peligro que engendraban los contactos y acuerdos entre los pertenecientes a un mismo gremio, o los vendedores de una misma industria.

Esta idea no fue desarrollada por los posteriores economistas clásicos, más centrados en depurar y perfeccionar el sistema esbozado por Smith. Así, el concepto de competencia con el que trabajaron se limitaba a aquella fuerza reguladora del sistema económico que determinaba los precios en el mercado. El sistema clásico construido por Malthus y Ricardo no profundizaría de forma reseñable sobre el particular.

En cambio, John S. Mill sí reflexionó en torno al concepto de competencia y su importancia en el estudio de la economía política. El capítulo 4 del Libro II de sus “Principios de Economía Política” (1848)⁷ se titula “De la competencia y la costumbre”, y comienza con las siguientes líneas:

Bajo el dominio de la propiedad individual, el reparto de los productos es el resultado de dos factores determinantes: la competencia y la costumbre. Es importante fijar el grado de influencia de cada una de esas causas, y de qué manera cada una de ellas afecta la actuación de la otra.

Seguidamente, Mill (1848: 2008, 313) se apresura a decir que los economistas (políticos) clásicos habían sobrevalorado el papel de la competencia para fijar los precios relativos, al tiempo que habían subestimado el principio opuesto: la costumbre. Mill alude a aquéllos casos en los que “*no hay nada que restrinja la competencia; nada que impida su actuación (...) y sin embargo, el resultado no lo fija la competencia, sino la costumbre, el uso*”.

⁷ Hemos manejado la edición de la Editorial Síntesis de 2008 de los “Principios de Economía Política” de John Stuart Mill (obra publicada originalmente en 1948).

De este modo Mill modera la función de la competencia, tan ensalzada por sus antecesores, como principio regulador de la vida económica. Mill se retrotrae para explicar que sólo en los tiempos modernos la competencia se ha erigido como principio regulador de los contratos; ha sido históricamente la costumbre la encargada de cumplir tal cometido. Sin embargo, para los economistas políticos el estudio de la competencia resulta fundamental, pues:

“En tanto que las rentas, las ganancias, los salarios y los precios se fijen por la competencia, se les puede asignar leyes. Si se supone que la competencia es el regulador exclusivo de los mismos, no será difícil establecer principios de carácter general y de precisión científica con arreglo a los cuales se regirán”. Y es que para Mill (1848: 2008, 313), solo a través del principio de la competencia “puede la economía política tener alguna pretensión al carácter de ciencia”. Así, competencia y economía –en la medida en que ésta es considerada una disciplina científica- son conceptos que Mill considera inseparables.

En su trabajo sobre la competencia, High (2001) subraya que, si bien las deficiencias de la teoría clásica de los precios son por todos conocidas, éstas afectan solo indirectamente a su consideración de la competencia como principio fundamental en la concepción de los precios de bienes de consumo (Ávila y Díaz, 2003: 22).

A pesar de tratarse del responsable de la llamada “síntesis neoclásica”, hemos creído conveniente incluir en este apartado a Alfred Marshall debido a las similitudes que guarda con Adam Smith y Mill, tanto en método –en sus “*Principles*” las matemáticas se encuentran en notas a pie de página o en un apéndice matemático- como en estilo. De hecho, Marshall parte de la discusión de Mill sobre competencia y costumbre. Para él, la competencia y la costumbre son, en lugar de dos fuerzas yuxtapuestas en conflicto (como las había presentado Mill), dos extremos de un continuo en el que el polo activo sería la competencia, y el pasivo la costumbre. Esto se debe a que la costumbre actuaría como una fuerza (pasiva) tendente a mantener el estado actual de cosas; en cambio, la competencia se erige como la fuerza que provoca los cambios en la costumbre a largo plazo. Esta idea va en consonancia con la concepción marshalliana de la naturaleza física y social: *Natura non facit saltum*. (Marshall, 1890: 2005, 296). Significa que el progreso –al igual que la naturaleza-

se caracteriza por un juego de fuerzas constante, lento y paulatino. De aquí se desprende que las restricciones a la competencia (o a la libertad de empresa, como él prefería llamarla) suponen frenos al progreso.

Es interesante repasar la discusión sobre el concepto de competencia contenida en sus “Principios de Economía”, publicados originalmente en 1890⁸. A través de su particular prosa, Marshall discute la conveniencia del término debido al “mal ambiente” del que ha sido rodeado. Arguye el economista inglés que en todos los tiempos y lugares se observa el egoísmo al que aluden sus contemporáneos como característica fundamental de la “vida industrial moderna”; afirma que no es el egoísmo, sino más bien la *deliberación* lo que caracteriza la sociedad de su tiempo. Más concretamente, Marshall (1890: 2005, 9) piensa que no existe término que exprese correctamente esas características, que el resume en “*una cierta independencia y deseo de elegir uno mismo su propio destino, una cierta confianza en sí mismo, una acción deliberada, unida a la rapidez de decisión y de juicio y un hábito de prever el futuro y ajustar su actuación a ulteriores fines*”.

Marshall propone eliminar cualquier tipo de connotación moral -como la observada en *competencia*- del término que define el engranaje económico que ha permitido a la humanidad un crecimiento material sin precedentes. Recomienda su sustitución por la expresión *libertad de industria y empresa, o más brevemente: libertad económica*. Seguidamente se apresura a apuntar que “*esta libre elección deliberada puede dar lugar a apartarnos, en cierto modo, de la libertad individual cuando la cooperación o la combinación parecen ofrecer el mejor camino para llegar al fin propuesto. No entra dentro del objeto de la presente obra estudiar en qué grado las formas deliberadas de asociación pueden destruir la libertad que dio lugar a su origen y en qué extensión pueden contribuir al bienestar social*” (Marshall, 1890: 2005, 13).

Finalmente, cabe destacar su discurso presidencial en la sección de Ciencia Económica y Estadística de la *British Association* de 1890 –titulado “*Some aspects of Competition*”- en el cual trata de justificar la intervención estatal para controlar la competencia. Además, Marshall vuelve a demostrar que fue un avanzado de su tiempo al señalar “*la importancia creciente de la opinión pública como fuerza económica*”, algo que hoy damos por sentado.

⁸ Hemos trabajado con la edición de la Editorial Síntesis, de 2005.

1.1. La competencia bajo el formalismo neoclásico.

La escuela neoclásica nace en la década de 1870 con la publicación casi simultánea de las obras de tres grandes economistas⁹: W. S. Jevons, el austriaco C. Menger y L. Walras. Esta corriente también se ha denominado “marginalista”, debido a la revolución que supuso el “descubrimiento” de esta nueva teoría del valor centrada en las fuerzas que actúan en el margen. Antes de que los tres autores mencionados publicasen sus descubrimientos, hubo algunos precursores que se dieron cuenta del gran potencial que guardaban las matemáticas como herramienta de investigación económica. Nos referimos fundamentalmente a Von Thünen y Cournot.

La economía política neoclásica centra su atención en la asignación eficiente de los recursos escasos. Su concepto principal es el equilibrio de las fuerzas del mercado, derivado de la física de Newton. Por tanto, la competencia, desde el punto de vista dinámico que Smith había esbozado pasa a un segundo plano para los economistas neoclásicos. El término competencia pasa a interpretarse como una estructura de mercado con unas características determinadas. Este viraje ha condicionado históricamente la evolución de esta corriente de pensamiento y ha levantado no pocas controversias en la disciplina.

El primer autor que formalizó analíticamente un modelo de competencia entre productores fue Cournot en su obra *“Mathematical principles of the Theory of Wealth”*, publicada en 1838. Este catedrático francés de análisis matemático, pretendía precisar algunas inconsistencias que emanaban de las obras de los autores clásicos, quienes habían tratado de desarrollar el concepto de competencia a partir de vagas nociones populares. La respuesta de Cournot fue construir y presentar el problema de maximización de beneficios (Beneficio = Ingresos – Costes) de un productor que debe decidir cuánto ofertar –suponiendo que se trata de bienes homogéneos- considerando como dadas las cantidades ofrecidas por sus rivales. En concreto, Cournot se preguntó cómo los ingresos (formalmente, $p(q)$) variaban con la producción (q). Así, definió la competencia como la situación en la cual el precio no variase

⁹ Obviamente, no sólo con la publicación de estas obras. La realidad económica y social estaba sufriendo importantes cambios provocados por los rápidos avances técnicos (ferrocarriles, apertura del canal de Suez, surgimiento del motor diesel, aumento de la demanda del petróleo, auge de la industria química, teléfono, etc.) y por un nuevo escenario: la sustitución de una etapa de libre competencia por la concentración del capital y la proliferación de monopolios (Ruiz Valiente, 2011: 15).

con la cantidad; aquel escenario que enfrentase a las empresas a una curva de demanda horizontal (Stigler, 1957). En palabras de Cournot:

Los efectos de la competencia han alcanzado su límite cuando cada una de las producciones parciales Q_k (el output del productor k) es inapreciable, no solo con respecto a la producción total $D = F(p)$, sino también con respecto a la derivada $F'(p)$, de modo que la producción parcial Q_k podría ser restada de Q sin ninguna variación apreciable en el precio de la mercancía¹⁰.

De este modo, Cournot concluyó que, ante el aumento del número de vendedores en el mercado, el resultado era la intensificación de la competencia y, en última instancia, la reducción del precio (Vickers, 1995). También cabe destacar la teoría del oligopolio desarrollada por Cournot, basada en el supuesto de que cada empresa trata de maximizar sus beneficios considerando que los niveles de producción de sus rivales están dados. A pesar de las críticas vertidas a dicha teoría¹¹, hoy forma parte de la subdisciplina conocida como Economía Industrial, y de hecho se enseña en la mayoría de cursos de microeconomía intermedia.

Años más tarde, Edgeworth publicaría *“Mathematical Psychics”* (1881), obra en la que esbozó importantes implicaciones de la competencia en una economía de mercado. Éste fue, según Stigler (1957), el primer autor en tratar de ofrecer una rigurosa definición de competencia perfecta. Si todos los comerciantes, afirma Edgeworth, tuviesen completa libertad para suscribir contratos, hubiese libre comunicación entre dichos comerciantes y estuviésemos ante mercancías perfectamente divisibles, entonces, como el número de comerciantes llegaría a ser indefinidamente grande, el rango de indeterminación se desvanecería y el estado final sería determinado. En otras palabras, el resultado sería que el núcleo del proceso (el conjunto de asignaciones de bienes que la competencia entre agentes puede por sí misma mejorar) se desvanece cuando el número de agentes se incrementa, y en el límite es equivalente al conjunto de equilibrios competitivos. En términos de resultado, el límite al

¹⁰ Es suficiente suponer que Q_k es pequeña en relación con Q si uno asume que la función de demanda es continua; en tal caso, *“las variaciones de la demanda serán proporcionales a las variaciones en el precio en la medida en que estas últimas son pequeñas fracciones del precio original”* (Cournot, 1929: 50).

¹¹ Por todos conocidas son las esbozadas por Edgeworth y Bertrand.

que tiende una situación de completa libertad de negociación es el mismo que si los agentes se hubiesen comportado como sujetos precio-aceptantes. (Vickers, 1995).

Además de los autores mencionados, los estudios sistemáticos emprendidos por Jevons¹², Menger¹³ y Walras¹⁴ en la década de 1870, junto con algunos refinamientos introducidos por J.B. Clark y Frank Knight, acotaron el concepto de competencia perfecta que hoy conocemos¹⁵. Los economistas que pusieron el broche final a la particular “odisea” de la ciencia económica fueron K. Arrow y G. Debreu. Su modelo demostraba que, bajo preferencias convexas, competencia imperfecta e independencia de la demanda, debe existir un conjunto de precios tal que las ofertas agregadas sean iguales a las demandas agregadas para cada bien en la economía (Arrow y Debreu, 1954). Por su gran trabajo se les recompensó con el premio Nobel en 1971 y 1983 respectivamente. La competencia “descubierta” por los autores clásicos, entendida como proceso dinámico y motor de la economía había dado paso a un estado final en el que no parece haber lugar para ulteriores acciones competitivas.

En definitiva, los autores neoclásicos construyeron el modelo de competencia perfecta visionado por Adam Smith mediante el cual se consigue demostrar que la “mano invisible” del mercado permite alcanzar la eficiencia asignativa, la eficiencia productiva y la eficiencia dinámica. Si la torre que construyeron gozase de unos cimientos y una estructura sólida, la política de defensa de la competencia no existiría; simplemente no sería necesaria. Pero la realidad alberga elementos determinantes que escapan de las premisas establecidas. Las hipótesis y supuestos en los que se basa el modelo son tan restrictivos –no tiene en cuenta los problemas de información y ni siquiera deja lugar a la espontaneidad, rasgo básico del comportamiento humano- que éste no puede sino considerarse como excesivamente abstracto.

A pesar de esto, los economistas neoclásicos influyeron notablemente en el establecimiento de las primeras medidas de política de competencia. Los legisladores norteamericanos se

¹² W. S. Jevons: *Theory of political economy* (1871).

¹³ C. Menger: *Principles of economics* (1871).

¹⁴ L. Walras: *Éléments d'économie politique pure* (1874).

¹⁵ En el próximo capítulo se define con precisión el concepto de competencia perfecta que se deriva de la economía neoclásica.

veían en la necesidad de demostrar que determinadas conductas empresariales perseguían limitar la competencia y, por tanto, era necesaria la intervención. Los elementos estructurales del comportamiento anticompetitivo se introdujeron de forma ostensible y clara en 1914, con la promulgación de la *Clayton Act*. Para Ordóñez de Haro (2009: 24) este hecho “reflejó la creciente influencia de los economistas neoclásicos en este área”.

Tras estos primeros contactos entre la teoría económica y la política de competencia se pueden distinguir tres escuelas diferentes que abordan el problema de la competencia en los mercados y que darán título a los siguientes apartados: la Escuela de Harvard, la Escuela de Chicago y la Escuela Austriaca. La exposición no sigue, ni puede seguir, un orden cronológico. Esto se debe a que muchas de las teorías han surgido y se han desarrollado paralelamente. La llamada Nueva Economía Industrial sintetiza las ideas más importantes de estas corrientes de pensamiento, además de valerse de la teoría de juegos como herramienta de análisis, de los estudios empíricos y de las técnicas econométricas más avanzadas. El capítulo se completa con dos epígrafes un tanto diferentes. En uno se recogen y comentan las críticas más significativas vertidas sobre la competencia desde el movimiento socialista del siglo XIX. Finalmente, el último apartado está dedicado al pensamiento español. Nos sumergiremos en la España imperial para ofrecer unas pinceladas del análisis de los mercados, el valor y el precio justo que los escolásticos de la Universidad de Salamanca enseñaron en los siglos XVI y XVII. Las semejanzas entre la doctrina del precio justo y el precio en condiciones de competencia nos motivaron a incluir este último epígrafe.

2. La Escuela de Harvard y el paradigma Estructura- Conducta- Resultados

La Escuela de Harvard se origina a partir de dos desarrollos analíticos complementarios: por un lado, una teoría de los precios relativa a los mercados imperfectos, de Robinson (1933) y Chamberlin (1933); y por otro, el nacimiento del concepto de “competencia practicable” (*workable competition*), de Clark (1940) (Borra, 2006).

Su idea central es el paradigma Estructura-Conducta-Resultados (E-C-R). A través de este esquema se pretendía conseguir una teoría que representase los elementos comunes en la

estructura de mercado de cualquier industria en un indicador de funcionamiento del sector. El paradigma E-C-R fue desarrollado por Edward S. Mason (1939) y su discípulo Joe S. Bain (1956)¹⁶, quien constituye una de las referencias más importantes en los orígenes de la Economía Industrial.

Mason trató de responder a unas preguntas muy básicas en las que encuentra su origen el nombre de la sub-disciplina. ¿Cómo se organiza la producción de la industria? ¿Cómo se estructura un mercado? ¿Cuántas empresas existen y cuál es su tamaño relativo? ¿Existen barreras que obstaculicen el ingreso? En su famoso artículo de 1939, Mason escribió:

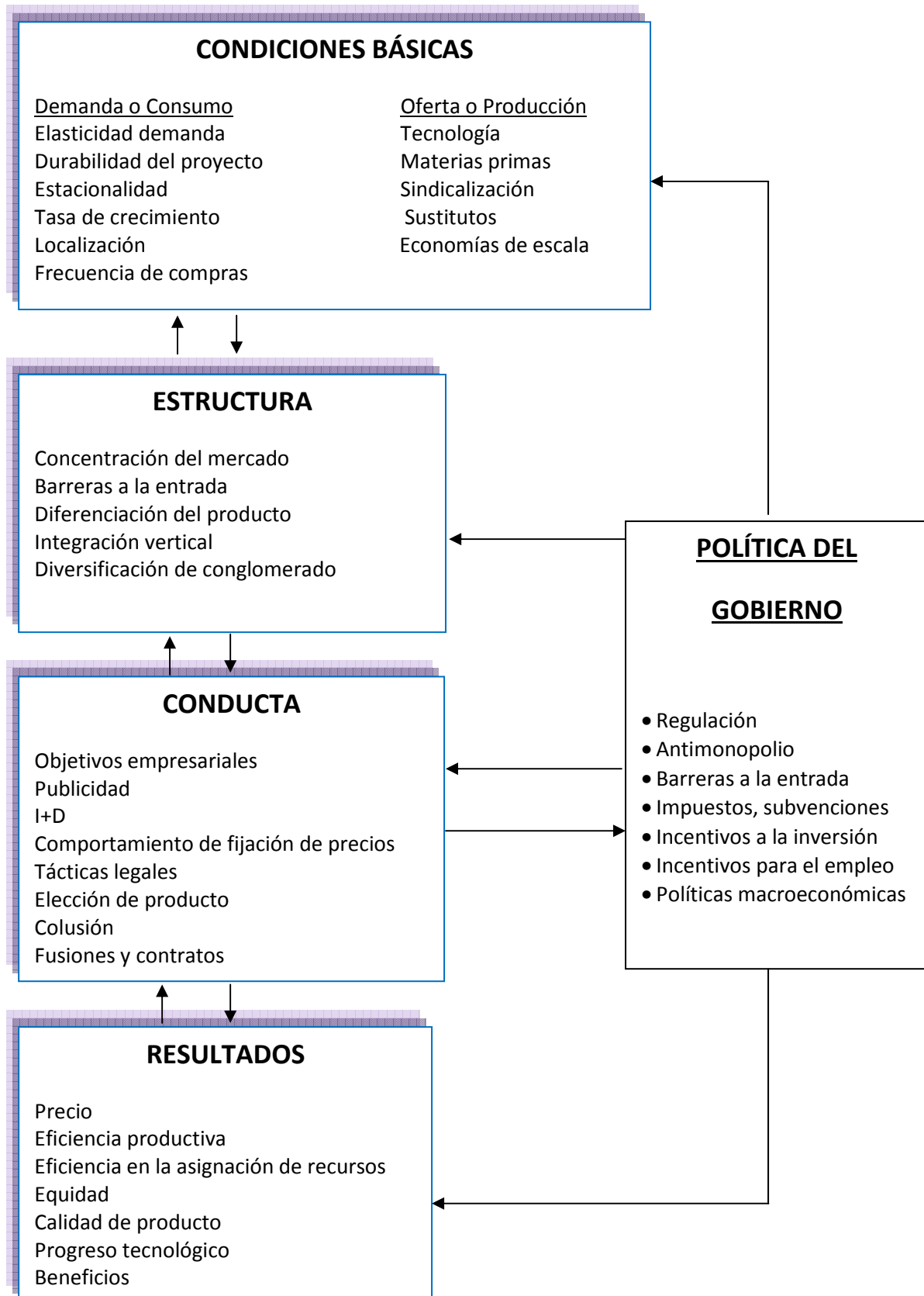
El problema, según yo lo veo, es reducir los voluminosos datos referentes a la organización industrial a alguna clase de orden mediante una clasificación de las estructuras de mercado. Las diferencias en las estructuras de mercado son explicables, en última instancia, por factores tecnológicos. Sin embargo, el problema de la economía es explicar mediante el examen de las estructuras de mercado y de la organización de las empresas, las prácticas competitivas, incluyendo las políticas de precios, producción e inversión.

Así, el paradigma establece una relación causal entre los resultados de mercado en una industria y el comportamiento de los compradores y vendedores respecto a unas variables de decisión. Dicho comportamiento viene determinado por la estructura del mercado relevante. La estructura de una determinada industria depende a su vez de unas condiciones exógenas básicas sobre las que puede actuar la política pública¹⁷.

¹⁶ Especialmente relevante se considera su obra *“Barriers to New Competition”*, publicada originalmente en 1956.

¹⁷ Así por ejemplo, en el Reino Unido, antes de la promulgación de la *“Restriction Trade Practices Act”* en 1956, los acuerdos restrictivos entre empresas se extendieron por muchas industrias (Clarke, 1993: 86).

Figura 1. Paradigma E-C-R



Fuente: Elaboración propia a partir de Ordóñez de Haro (2009)

En la Figura 1 se representa el esquema del paradigma E-C-R. Los elementos más determinantes que conforman la estructura son el número y dimensión relativa de las empresas, el grado de diferenciación del producto, la estructura de costes, el grado de integración vertical y las condiciones de entrada. En el concepto de conducta puede considerarse la competencia en precios, publicidad, gastos en investigación y desarrollo, así como otras decisiones empresariales. Seguidamente, como medida de los resultados del mercado se encuentran el grado de eficiencia estática, la forma como el excedente total se divide entre productores y consumidores, la variedad de producto, el empleo, la estabilidad de precios, el progreso tecnológico y la tasa de introducción de nuevos productos. Por último, el entorno -o condiciones exógenas- lo formarían básicamente los determinantes de la demanda, como los niveles de publicidad; las características del producto, como su elasticidad-precio; la tecnología, como por ejemplo la existencia de economías de escala; y finalmente, las políticas públicas tales como la política de competencia, regulatoria o fiscal (Scherer y Ross, 1990)¹⁸.

En definitiva, como apunta Ferguson (1988: 9), el esquema estudia las características estructurales de un mercado, a continuación las asimila a uno de los modelos neoclásicos tradicionales –monopolio, competencia, oligopolio y competencia monopolística-, para finalmente extraer y contrastar sus implicaciones sobre la conducta y los resultados.

Por tanto, en sus orígenes, el paradigma sostenía la existencia de una relación causal entre los tres factores. De aquí se desprende que el factor clave sería la estructura, pues si ésta lo permitiese, las empresas ejercerían poder de mercado en beneficio propio y en perjuicio de la eficiencia. El modelo que se tomaba como referencia era el de oligopolio, y los mayores esfuerzos se destinaban a analizar las condiciones de entrada en la industria.

Este enfoque, clásico para la Economía Industrial, utiliza tres tipos de medida que enjuician los resultados que el mercado arroja. De este modo se podría calcular la proximidad de la industria en cuestión al marco competitivo. Estas medidas son:

- I. El ratio de ingreso, el cual recoge los beneficios obtenidos por unidad monetaria destinada a la inversión.

¹⁸ Citado en Ordóñez de Haro, 2009.

- II. El margen precio menos coste, que se basaría en la diferencia entre el precio y el coste marginal¹⁹; esta medida se encuentra estrechamente ligada al concepto de índice de Lerner que expresa dicho margen como una proporción del precio.

- III. Por último está la q de Tobin, que es el ratio del valor de mercado de una empresa con respecto a su valor basado en el coste de sustitución de sus activos. Esta medida no se aplica con la misma asiduidad que las anteriores.

Para completar el análisis emprendido por la Escuela de Harvard sólo faltaría establecer algunos factores que caractericen o midan la estructura de mercado. El más conocido es el grado de concentración de mercado, típicamente reflejado en las cuotas de mercado de las empresas que operan dentro del mercado relevante. La concentración se erige como una de las principales variables estructurales y juega un papel preponderante en los estudios guiados por el paradigma E-C-R. Más adelante estudiaremos las medidas o ratios de concentración más importantes. En segundo lugar estarían las barreras de entrada; y, por último, el nivel de sindicalización.

Los primeros trabajos empíricos que relacionaron la estructura de mercado con las medidas de resultados fueron emprendidos por el mencionado Bain en los años 50. Este autor, obsesionado por el papel que juegan las barreras de entrada²⁰ en el proceso competitivo, identifica tres tipos de fuentes básicas de barreras de entrada: ventajas absolutas en coste, ventajas en diferenciación de producto y economías de escala.

Acotó además nuevos conceptos como “precio máximo que impide la entrada” y “condición de entrada”. En el primer caso, Bain supone que en toda industria o mercado existe un precio por encima del cual las empresas establecidas estarían induciendo la entrada de nuevos competidores. Por otro lado, la condición de entrada la define como el margen porcentual del precio máximo que impide la entrada sobre el coste medio mínimo

¹⁹ A pesar de esto, algunos autores utilizan con frecuencia alguna forma de coste medio en lugar del coste marginal.

²⁰ El mismo Bain definió las barreras de entrada como el grado al que, a largo plazo, las empresas establecidas pueden elevar sus precios de venta por encima del coste medio mínimo de producción y distribución (costes asociados a con el funcionamiento al nivel de escala óptima) sin inducir la entrada de nuevas empresas en la industria (Bain, 1973: 252).

alcanzado por las empresas establecidas en el largo plazo²¹. Dicho de otro modo, mide la “altura” de las barreras de entrada en un mercado determinado. Finalmente concluye que los beneficios son mayores en aquellas industrias que soportan un mayor grado de concentración y grandes barreras de entrada (Clarke, 1993: 108).

Alentados por los estudios de Bain, numerosos economistas continuaron con su investigación con el objetivo de esclarecer el vínculo existente entre estructura y resultados de mercado. Entre estos cabe mencionar a Schwartzman (1959), Fuch (1961), Weiss (1963), Comanor y Wilson (1967), Collins y Preston (1969) o Caves (1972). En la mayoría de sus trabajos se encuentra una relación positiva entre concentración de mercado (estructura) y beneficios (resultados), no sin ciertas debilidades analíticas.

A partir de los años 70, el paradigma fue evolucionando ante nuevas evidencias que sugerían suprimir la rigidez establecida por la relación unidireccional del modelo. Ahora se asume que los vínculos entre la estructura, conducta, y resultados de mercado son mucho más complejos. En particular, Clarke (1993: 14) subraya *“la posibilidad de que la conducta y los resultados afecten a la estructura, o de una forma más general, que la estructura, la conducta y los resultados sean determinados conjuntamente en una determinada situación de mercado”*.

Sea como fuere, el paradigma E-C-R y sus seguidores miran con recelo la concentración en los mercados, pues consideran que ésta facilita la colusión, especialmente en el caso de que concurren importantes barreras de entrada. El estudio de Salinger (1984) sobre concentración y márgenes de beneficio puso de manifiesto que esa relación entre concentración y beneficios empresariales sólo se estrecha si existen barreras a la entrada. Es lógico pensar que, en ausencia de barreras de entrada, la concentración en una industria con altos beneficios no duraría demasiado tiempo.

En lo que a política de competencia se refiere, el enfoque de la Escuela de Harvard promueve una legislación orientada a la consecución de objetivos a corto-medio plazo. Estos no se limitan a la búsqueda de la eficiencia, sino que traspasan las fronteras

²¹ Para simplificar Bain parte de la hipótesis de que tanto las empresas establecidas como los competidores potenciales son idénticos con respecto a las condiciones de oferta y demanda. Las dificultades que surgen cuando se abandona la hipótesis las aborda en Bain (1973)

puramente económicas para promover el progreso tecnológico, una adecuada distribución de la renta, y la protección de la soberanía del consumidor (Schmidt y Rittaler, 1989: 17).

Esta escuela considera el monopolio como un verdadero problema, por lo que recomienda a las autoridades actuar de forma restrictiva ante las operaciones de fusión. Además, se debería prestar especial atención a aquellas industrias que cumplieren ciertas características estructurales, como por ejemplo, superar un determinado nivel del índice de Herfindhal-Hirschmann²². Esto se debe a su creencia en la efectividad de las barreras de entrada.

La Escuela de Harvard considera que, en aquellas industrias en las que existen economías de escala, los productos estén diferenciados, o se cuenten con ventajas absolutas en costes, la competencia potencial no es un riesgo real²³. Aun con beneficios extraordinarios, no se espera que entren nuevas empresas en el mercado, por lo que se requiere intervención estatal. El problema se reduciría al cálculo de la pérdida de eficiencia que se generaría en las empresas dominantes, un coste que los representantes de esta escuela consideran soportable.

Entre las principales críticas que se han vertido sobre el paradigma E-C-R se recogen las dos más importantes: la primera, y más obvia, es su defensa inicial de una visión de causalidad tan lineal. Ya hemos advertido que los factores de la estructura, aunque estáticos a corto plazo, podrían alterarse con el paso del tiempo como consecuencia de las acciones (conducta) de las empresas de la industria. La segunda crítica reside en la elección de las medidas utilizadas, ya que tanto la concentración como la rentabilidad son variables difíciles de observar en la práctica (Ordóñez de Haro, 2009: 30). A pesar de esto, el enfoque de Harvard sirvió de base para la política de defensa de la competencia durante los años 60²⁴ y hasta mitad de los 70, cuando la ola neoconservadora comenzó a gestarse desde Chicago.

En resumen, el paradigma E-C-R sirvió para estimular un gran número de trabajos y establecer un conjunto de temas que guiarían el desarrollo de la economía industrial,

²² El IHH, que se define con posterioridad, mide la concentración de los mercados a partir de las cuotas de mercado de las empresas que operan en el mismo.

²³ Ésta es la conclusión a la que llegó Bain (1956).

²⁴ Un claro reflejo de esto suponen las *Horizontal Merger Guidelines* de 1968 publicadas por el Departamento de Justicia de EEUU.

además de motivar la aparición de nuevas teorías. Entre éstas se encuentra la desarrollada por la llamada Escuela de Chicago que a grades rasgos se esboza a continuación.

3. La Escuela de Chicago

La llamada Escuela de Chicago encuentra su origen en los trabajos de Bork (1978), Posner (1976) y Demsetz (1973) en mitad de la década de 1970. Sin duda, Los profesores A. Director y J. Stigler propiciaron un entorno favorable en la Universidad de Chicago para el desarrollo de estas ideas. Estos autores han impulsado una auténtica revolución en la regulación *antitrust* en las últimas décadas que ha llevado a mirar con un mayor escepticismo los vínculos entre concentración y poder de mercado, así como a considerar en mayor medida las ganancias en eficiencia que se deriven de una fusión.

Ampliamente conocido es el libro de Posner, “*Antitrust Law: An Economic perspective*”, publicado en 1976. Este juez estadounidense siempre ha mantenido la hipótesis fundamental de que la *common law* es económicamente eficiente, mientras que la ley estatutaria no; sus críticas no se extienden a la legislación antimonopolio, que se muestra socialmente beneficiosa en el libro en cuestión. Sin embargo, Posner (1976: 236) se lamenta de que la puesta en marcha de la política de competencia en EEUU no ha sido la más adecuada para promover la competencia y la eficiencia económica, lo que hace necesario replantearse las normas *antitrust* con el apoyo de la teoría económica. Otros autores de Chicago como Bork (1978) también reconocen el fracaso de la política de competencia estadounidense para alcanzar sus objetivos de interés general (Rowley y Rathbone, 2004).

La conclusión fundamental a la que llegaron estos autores es que la política de competencia se había estado aplicando sin bases económicas objetivas y, por tanto, de un modo ineficiente y selectivo. De este modo, las leyes de competencia habían estado defendiendo los intereses particulares –normalmente aquéllos del sector objeto de regulación- por encima del interés general (Montero, 2013).

La Escuela de Chicago cimienta su tesis en la Teoría de Precios, teoría microeconómica que no incluye los avances en competencia imperfecta desarrollados por Chamberlin y

Robinson (1933) ni el concepto de *workable competition* de J. M. Clark que comentaremos con posterioridad. Este uso selectivo de la teoría económica ha sido objeto de numerosas críticas²⁵. Las hipótesis o supuestos en los que se basa serían la racionalidad (total²⁶) y autonomía de los agentes económicos, la coexistencia de multitud de empresas con limitadas cuotas de mercado en la industria, información perfecta, la posibilidad de que los oferentes gocen de cierto poder de mercado en el caso de productos o servicios diferenciados y, por último, la existencia de competencia “inter-industrial”, es decir, la influencia y efectos que provocan entre sí los distintos mercados²⁷ (Schmidt y Rittaler, 1989: 18).

De cualquier modo, el modelo de competencia perfecta será la referencia para los trabajos inspirados en la filosofía de Chicago, oponiéndolo al modelo de monopolio. Si bien esto conlleva sustanciales ganancias en sencillez y claridad analítica, no es menos cierto que la brecha entre realidad y modelo se ve ampliada. Estos autores creen firmemente -o al menos de eso presumen- que cuando el mecanismo de mercado funciona sin verse condicionado por la intervención pública, sus resultados son a largo plazo tan deseables como el modelo de competencia perfecta predica, independientemente de si cumplen los supuestos de partida del mismo. Este admirable ejercicio de imaginación estuvo respaldado por uno de los liberales más influyentes del siglo XX: Milton Friedman, quien en su ensayo “*The Methodology of Positive Economics*” (1966) salió en defensa de la metodología neoclásica subrayando la estructura lógica del método hipotético-deductivo. Dicha consistencia es la que le permite relajar las hipótesis restrictivas de los modelos sin que esto afecte decisivamente a los resultados que dichos modelos arrojan.

Esta creencia se traduce en dos características fundamentales de la Escuela de Chicago: en primer lugar, la eficiencia se erige como único objetivo y bandera de la política de defensa de la competencia; y, en segundo lugar, se consideran compatibles multitud de estructuras y conductas empresariales con la competencia eficiente en los mercados (Budzinski, 2003).

²⁵ Muchas de ellas pueden verse, por ejemplo, en Schmidt y Rittaler (1989: 107)

²⁶ Las otras corrientes de pensamiento económico *antitrust* asumen el supuesto de racionalidad limitada, el cual considera que la capacidad de la mente humana para plantear y resolver complejos problemas es muy pequeña en comparación con la magnitud de dichos problemas (Schmidt y Rittaler, 1989: 4).

²⁷ Condición necesaria para considerar estos efectos, y que los mismos lleven a una situación de competencia perfecta, sería la perfecta movilidad de los recursos y la consiguiente ausencia de barreras de entrada.

Por tanto, en contra de lo que ocurriría con los economistas de Harvard, para los que la política de competencia tiene un cometido poliédrico, desde Chicago se aboga por el objetivo único de la eficiencia. Bienestar y eficiencia se consideran conceptos parejos, por lo que el bienestar de una sociedad podría ser estimado a través de la suma de los excedentes individuales de consumidores y productores. Las cuestiones distributivas escaparían del ámbito de la política de defensa de la competencia (Borra, 2006). Esta escuela recuerda por momentos a la economía de otros tiempos, además de por todo lo esbozado, por esta concepción utilitarista de la sociedad (mayor felicidad/bienestar para el mayor número de individuos).

Por otro lado, se considera que el juego de la competencia selecciona las estructuras de mercado más adecuadas y eficientes para las condiciones particulares. A largo plazo, solo los productores más eficientes sobrevivirán en un mercado no intervenido. Se trata de un proceso de “darwinismo económico”. Los incrementos en las cuotas de mercado y las concentraciones no serán considerados como perjudiciales para la competencia, sino como la consecuencia lógica o recompensa a las estructuras más eficientes. Es más, los monopolios no existirían más que transitoriamente, pues las ganancias obtenidas por el monopolista inducirían a la entrada de nuevos competidores en el mercado hasta que desapareciesen los beneficios extraordinarios. Para que este juego de incentivos funcione, los poderes públicos deben mantenerse al margen del terreno económico.

Así, la propuesta de la Escuela de Chicago para la política de competencia será la no intervención, salvo en los casos de acuerdos colusorios, acompañada de la desregulación y la liberalización de los mercados. Precisamente, es en éste último punto donde más ha influido esta escuela, ya que al desarrollo de la misma le siguió la ola de privatizaciones y desregulaciones iniciada en los años ochenta del siglo XX en gran parte del mundo occidental. Con respecto a los acuerdos colusorios se deja sentir el enfoque de comportamiento (*behavior approach*) que impregna todo el análisis de Chicago, considerando este asunto como realmente problemático, a diferencia de otras áreas de la política de competencia relacionadas con la estructura de los mercados, como puede ser la concentración de los mismos.

En lo que a la conducta empresarial se refiere, la Escuela de Chicago encuentra en la búsqueda de la eficiencia la justificación que desde Harvard se le niega a las “malas prácticas” corporativas. Esto se refleja tanto en las operaciones de fusión, como en las relaciones verticales (entre una empresa y sus proveedores o entre una empresa y sus distribuidores), tema central de los trabajos pioneros de esta escuela. Hay que recordar que desde Harvard se veían con desconfianza las restricciones verticales²⁸, tales como la fijación o mantenimiento del precio de reventa y la vinculación de ventas. La aportación de la Escuela de Chicago en este campo, hizo de las restricciones verticales una útil herramienta para incentivar a los detallistas a invertir en la calidad del servicio o realizar el gasto en publicidad apropiado del producto en su zona de venta²⁹. (Ordóñez de Haro, 2009: 34).

La política *antitrust* norteamericana se vio sustancialmente condicionada por los argumentos que provenían de Chicago a partir de la década de 1970. Esto se tradujo en que, en nombre de la eficiencia, numerosas fusiones o tipos particulares de conducta encontraron menos trabas legales. Fiel reflejo de esto lo constituyen las *Merger Guidelines*³⁰ (1997) publicadas por el Departamento de Justicia de EEUU. “*Estas Guidelines, en sus progresivas revisiones realizadas a partir de 1984, señalan la necesidad de considerar la obtención de importantes eficiencias a la hora de cuestionar una determinada fusión. Así, una vez llevada a cabo la revisión en 1997 (...) se establece que para que se apruebe una fusión, se exige que las eficiencias conseguidas sean lo suficientemente importantes como para imponerse a otros efectos que dañarían el bienestar del consumidor*” (Ordóñez de Haro, 2009: 32).

El razonamiento es sencillo. Se considera que las fusiones suelen generar dos efectos contrapuestos: por un lado facilitan la concentración y el ejercicio de poder de mercado, lo que suele llevar a un incremento en el precio pagado por el consumidor; y por otro, se produce un ahorro en costes que, en caso de existir una competencia efectiva, llevará a la empresa fusionada a trasladar esa disminución a los precios finales (o a una mejora en la calidad del producto manteniendo el precio). La variación neta en el precio tras la fusión

²⁸ Por restricciones verticales se entienden aquellas cláusulas que las empresas proveedoras imponen a sus clientes.

²⁹ Si se le dejase operar a otros detallistas en esa misma zona, estos últimos podrían aprovechar los gastos en publicidad o calidad efectuados por un detallista, por lo que estaríamos ante un caso de *free rider* (polizón sin billete) que tiene como resultado desincentivar cualquier inversión por parte de los minoristas.

³⁰ En el segundo capítulo nos detendremos en el análisis económico en que se fundamentan dichas *Guidelines* para la evaluación de fusiones.

pondrá de manifiesto cuál es el efecto que prevalece³¹. Profundizaremos en este asunto en el siguiente capítulo, más dedicado al análisis económico.

A pesar de las críticas que se puedan hacer a este conservador enfoque, en su haber hay que incluir la introducción del análisis económico riguroso a la política de competencia. Las recientes contribuciones a partir de la teoría de juegos se pueden considerar como un avance en la comprensión del comportamiento de empresas y mercados a través de modelos analíticos que tratan de mantener el mismo rigor que la teoría de precios, en esta ocasión desde la perspectiva de la interacción estratégica.

4. La Escuela Austríaca de Economía

La perspectiva ofrecida por la Escuela Austríaca de Economía nos ayudará a completar este recorrido por los diferentes enfoques de pensamiento económico. La Escuela Austriaca nace con la publicación de la obra de Carl Menger (1840- 1921) “Principios de Economía Política” en 1871; se desarrolla a partir de los trabajos de dos de sus alumnos más aventajados, E. Böhn-Bawerk (1851-1914) y v. Wieser (1851- 1926), mientras que con L. Von Mises (1881- 1973) y F. Hayek –y su premio Nobel en 1974- la Escuela alcanza la madurez. Hoy se trata de una de las corrientes heterodoxas que cuenta con más seguidores. Los trabajos recientes de I. Kirzner, M. Rothbard y, en España, Jesús Huerta de Soto, además del seminario y la revista que éste último impulsa, corroboran el renacer al que hacemos referencia.

Poco tiene que ver esta corriente de pensamiento con las dos anteriores. Nos vemos por tanto obligados a realizar una breve introducción acerca de los principios fundamentales de esta particular escuela para comprender en su totalidad sus aportaciones y críticas al campo de la política de competencia.

³¹ Para evaluar dicho efecto se calcula la llamada *pass-through rate*, que es la tasa a la cual la empresa fusionada traslada al precio la variación en su coste marginal. En dicha evaluación la FTC confronta la tasa en cuestión con la tasa a la que la industria considerada en su conjunto traslada a los precios las variaciones en el coste marginal.

4.1. Principios fundamentales de la Escuela Austríaca.

Ya hemos indicado que la revolución marginalista de la década de 1870 encumbró a tres protagonistas: W. S. Jevons, C. Menger y L. Walras. Sin embargo, existen marcadas diferencias entre estos tres autores. En este apartado abordaremos lo concerniente al fundador de la Escuela Austríaca de Economía, Carl Menger.

La característica más distintiva y original de la obra de Menger (“Principios de Economía Política”, 1871) con respecto a los otros dos autores consiste en su intento de construir la ciencia económica a partir del ser humano, considerado como protagonista y actor de todos los procesos sociales. Este cambio de enfoque impregnará de un marcado subjetivismo el análisis económico austríaco. Dicho subjetivismo fue aplicado y llevado hasta sus últimas consecuencias en la influyente obra de Mises *Human Action, A Treatise on Economics* (1940). Ésta es precisamente la característica más distintiva de los economistas austríacos frente al formalismo neoclásico de tradición ricardiana. Mientras que para este último existen multitud de conceptos y variables objetivas o exógenas tales como los procesos de producción³² (los factores y sus costes), la creatividad humana o, lo que es más importante, la información, bajo el paradigma austríaco “*la teoría económica no trata sobre cosas y objetos materiales; trata sobre los hombres, sus apreciaciones y, consecuentemente, sobre las acciones humanas que de ellas se deriven. Los bienes, mercancías, las riquezas y todas las demás nociones de la conducta no son elementos de la naturaleza, sino elementos de la mente y de la conducta humana. Quien desee entrar en este universo debe olvidarse del mundo exterior, centrando su atención en lo que significan las acciones que persiguen los hombres*” (Mises, 1949: 2011, 111-112).

Lo que Mises quiere decir es que la teoría económica –y la praxeología³³– no se ocupa de las cosas que integran el mundo exterior, sino de la conducta del ser humano al enfrentarse

³² A diferencia de los autores neoclásicos, los teóricos austríacos creen que las restricciones en economía no vienen impuestas por fenómenos objetivos o factores materiales del mundo exterior –por ejemplo, las reservas de petróleo– sino por el conocimiento humano de tipo empresarial –el descubrimiento de un carburador que lograra duplicar la eficiencia de los motores de explosión tendría el mismo efecto económico que una duplicación del total de reservas físicas de petróleo–. (Huerta de Soto: 2010: 19).

³³ Para Mises, la economía está integrada dentro de una ciencia de orden superior denominada *praxeología*. Mises (1949: 2011, 4), “*todo estudio económico debe partir de actos que consisten en optar y preferir; la economía es una parte, si bien la más elaborada hasta ahora, de una ciencia más universal, la praxeología*”.

con él. Además, consideran que el ámbito de la economía debe abarcar no sólo la decisión del individuo ante un esquema de medios y fines—como establece la corriente dominante—sino también la acción del sujeto. El *homo economicus* es ahora un *homo agens*.

El otro gran pilar sobre el que gira toda la teoría austriaca consiste en la concepción dinámica de los procesos de mercado. Rechazan el análisis matemático neoclásico alegando que no responde a la realidad económica y proponen sustituirlo por el formalismo verbal como método de investigación en economía. Bajo este enfoque, la competencia debe ser concebida como un proceso de rivalidad en el que los empresarios crean, perciben y modifican información que se halla dispersa y actúan como coordinadores sociales.

La fuerza coordinadora y protagonista en la teoría económica austriaca es la función empresarial, ente que brilla por su ausencia en el corpus teórico de la corriente principal. Los austriacos entienden que sólo mediante la creatividad y la perspicacia del empresario es posible coordinar la gran cantidad de información subjetiva dispersa que los individuos van generando. Así, la función empresarial consiste en “*descubrir y apreciar las oportunidades de alcanzar algún fin o, si se prefiere, de lograr alguna ganancia o beneficio que se presentan en el entorno, actuando en consecuencia para aprovecharla*” (Huerta de Soto, 2010: 34).

La función empresarial es precisamente la responsable de que los seres humanos no se enfrenten a un sistema de medios y fines dado, como supone la teoría económica convencional, sino que sean ellos mismos (a partir de su propia capacidad, experiencia y perspicacia) los encargados de diseñar ese marco de actuación. Reducir el complejo problema económico a un simple ejercicio de maximización, propio de la teoría económica dominante, es uno de los frentes más asediados por parte de los economistas austriacos. Estos se han mostrado tradicionalmente críticos con la definición de economía ofrecida por Robbins³⁴, pues supone un conocimiento dado de los fines y los medios, quedando el problema económico reducido a un problema técnico de mera asignación, maximización u optimización (Huerta de Soto, 2010: 17).

³⁴ utilización de medios escasos susceptibles de usos alternativos.

4.2. El mercado y la competencia desde la perspectiva austriaca

Como hemos comentado, la Escuela Austriaca rechaza categóricamente el modelo neoclásico en el que se fundamentan los distintos enfoques recogidos con anterioridad. Esta filosofía económica sostiene que la competencia hay que defenderla como proceso dinámico que es, y no como fin, pues el equilibrio no se alcanzará jamás. Si la competencia es un proceso, ésta no puede ser analizada con los modelos estáticos tradicionales.

El problema económico fundamental planteado por la Escuela Austriaca es muy distinto al que se enfrentan los neoclásicos. *“Consiste en estudiar el proceso dinámico de coordinación social en el que los diferentes seres humanos generan empresarialmente de manera continua nueva información (que, por tanto, jamás está dada) al buscar los fines y los medios que consideran más relevantes en el contexto de cada acción en que se ven inmersos, estableciendo con ello, sin darse cuenta, un proceso espontáneo de coordinación”* (Huerta de Soto, 2010: 23). Este proceso fundamental de búsqueda y coordinación de la información subjetiva que se halla siempre dispersa se ve constreñido por la intervención de agentes externos en la economía. Ésta es la razón fundamental por la que, como veremos más adelante, los austriacos miran con recelo la política de competencia. Ésta perturba el sistema de “recompensa” empresarial (beneficios extraordinarios) y emite señales artificiales a los agentes que operan en el mercado.

La soberanía del consumidor resulta fundamental en el proceso de mercado. Como apunta Mises (1949: 2011, 328), *“ni los empresarios, ni los terratenientes ni los capitalistas deciden qué bienes deben ser producidos. Eso corresponde exclusivamente a los consumidores”*. El cometido de los empresarios será descubrir aquellos bienes que los consumidores valoren por encima de la suma de los factores productivos que exija la producción de dicha mercancía. De aquí se desprende que dichos empresarios pueden ser considerados como meros mandatarios o representantes de los consumidores, quienes revocan o confirman a diario las acciones de los primeros. *“Solo hay en la economía de mercado una excepción a esa total sumisión de la clase propietaria a la supremacía de los consumidores. En efecto, los precios del monopolio³⁵ quiebran el dominio*

³⁵ Nótese que son los *precios* de monopolio, y no el monopolio en sí lo que preocupa a los economistas austriacos. Esto se debe a que, para ellos, *“la competencia cataláctica siempre existe en el mercado”* (Mises, 2011:338), ya que cuanto mayor sea el aumento de precios del monopolista, mayor será el número de compradores potenciales que desviarán sus fondos hacia la adquisición de otros bienes. De este modo, todas las mercancías estarían compitiendo en el mercado.

del consumidor” (Mises, 1949:2011, 330). Estos precios de monopolio se consideran perjudiciales para el funcionamiento del mercado, pero no se asumen como anticompetitivos.

A pesar de que los economistas austriacos “primitivos” miraban con recelo la formación y actuación de los monopolios, sus actuales representantes han continuado sus teorías hasta derivarlas en una defensa a ultranza del ejercicio del poder de monopolio y del poder de mercado. Especialmente críticos con la política *antitrust* se han mostrado algunos alumnos estadounidenses de Mises como M. Rothbard o I. Kirzner, cuya posición recogemos con posterioridad en el epígrafe del segundo capítulo dedicado a las críticas de la política de competencia.

Como ya se ha indicado, los austriacos centran su estudio en la forma en que las economías evolucionan a lo largo del tiempo y en la forma en que los agentes toman sus decisiones en condiciones de incertidumbre. Esto hace del cambio tecnológico una variable clave. (Borra, 2006). Desde esta perspectiva, el poder de monopolio, en la medida en que puede favorecer el proceso innovador, se considera beneficioso y al mismo tiempo transitorio (Ferguson, 1988: 75). Esto se debe a que, teóricamente, el monopolista no se encuentra exigido por los beneficios a corto plazo, lo que le permite realizar mayores inversiones en innovación de las que haría si se encontrase sumido en un entorno fuertemente competitivo. La supervivencia orientaría los esfuerzos a la consecución de objetivos cortoplacistas, lo que dejaría a un lado las necesarias inversiones en el desarrollo de nuevos productos.

En lo que a política de competencia se refiere, la postura austriaca se deriva de la consideración del problema del conocimiento que implica toda intervención pública. Kirzner (1998a) defiende que los políticos nunca podrán conocer suficientemente bien los efectos competitivos de acuerdos y prácticas ejecutadas en un mercado libre, por lo que no existe base sólida para la intervención. Al igual que Hayek, Kirzner alude a la imposibilidad de que el planificador disponga de la información necesaria que le permita modificar benevolentemente los resultados arrojados por el mercado libre. Además, las prácticas empresariales son vistas como simples adaptaciones a las fuerzas de la competencia y son el resultado de la dispersa información disponible.

Su receta para la política de competencia va a ser, a grandes rasgos, la no intervención. En concreto, abogan por una intervención mínima que se traduzca en el establecimiento de un limitado número de normas sencillas que separen claramente las situaciones prohibidas de las permitidas. El objetivo sería reducir la incertidumbre de los empresarios respecto a estas cuestiones de ámbito público. Por tanto, la recomendación será, al igual que en el caso de Chicago, la no (o mínima) intervención junto con la consideración de un horizonte temporal de largo plazo.

5. La Nueva Economía Industrial

En la actualidad se habla más de la Nueva Economía Industrial o Nueva Organización Industrial que de las diferentes escuelas y sus posiciones respecto a la política de competencia. Su corpus lo conforma la propia corriente principal de la Economía Industrial, originada en Harvard, junto con algunas ideas generadas por los economistas liberales de Chicago y la concepción dinámica del proceso competitivo característico de la Escuela Austriaca (Ordóñez de Haro, 2009: 36).

Además de la nueva metodología propuesta, que será analizada a continuación, la Nueva Organización Industrial ha reavivado un debate endémico. En un lado se situarían los que ven en nuestras economías industriales (estructuras productivas, formas de mercado existentes y métodos de organización) una eficiente adaptación a las condiciones tecnológicas exógenas; en el otro, aquéllos que ven en dichas economías complejos juegos de poder y dominación económica, sustentados por análisis más técnicos y complejos.

El primer caso presupone que, *“dado el vector de output en un mercado determinado, así como el valor monetario de los inputs físicos y de organización requeridos, surgirá la estructura natural de mercado, es decir, aquélla en el cual el valor monetario correspondiente a los inputs es más bajo que el valor monetario de los inputs requeridos para cualquier otra colocación de los outputs. Se obtiene entonces la minimización de los costes de producción y de transacción”* (Jacquemin, 1989: 6). Desde el segundo punto de vista, los agentes económicos actuarían modificando su entorno en lugar de sujetarse a condiciones predeterminadas, manipulando su escenario y, de algún modo, determinando

las condiciones del mercado. A pesar de lo que en principio pueda parecer, ambas aproximaciones no son completamente excluyentes.

La Nueva Economía Industrial ha supuesto principalmente un cambio metodológico. Los avances en la teoría de juegos en el campo de la interacción entre los agentes, y el desarrollo -y posterior aplicación- de sofisticadas técnicas econométricas aplicadas al estudio de la competencia en los mercados individuales permiten nuevas y rigurosas investigaciones que guardan gran potencial.

Siguiendo a Pepall et al. (2006: 13), el trabajo de Richard Stelen y John Harsanyi (que en 1995 compartieron el Premio Nobel con Nash), basándose en las aportaciones de Von Neumann y Morgenstern (1944) y Nash (1951), establece “*varios elementos fundamentales que permitieron que la teoría de juegos se convirtiera en el lenguaje para modelar la interacción estratégica*”.

La teoría de juegos adquiere especial importancia en los análisis en los que el número de agentes (jugadores) que interactúan es pequeño, ya que las decisiones de un agente afectarán sustancialmente al bienestar o beneficio del resto de jugadores (o agentes). Gracias a este conjunto de herramientas analíticas se pueden formular predicciones de gran utilidad para la política de competencia; eso sí, los modelos arrojarán resultados válidos y aplicables siempre que se satisfagan los supuestos que se establecen a los participantes.

Philips (1995) ha reunido una serie de aportaciones científicas que recogen las cuestiones más relevantes en las que la teoría de juegos ha sido el motor generador de nuevas ideas para la política de defensa de la competencia. Este autor afirma que la invasión de la teoría de juegos en la ciencia económica se ha extendido por todo el ámbito de la microeconomía (Philips, 1995: 106). Sin embargo, en el análisis de la interacción estratégica empresarial es donde la teoría de juegos encuentra sus aportaciones más interesantes. Asuntos como el de la colusión explícita pueden y deben analizarse con esta novedosa metodología; en este caso concreto, considerando la solución de un juego no cooperativo (Philips, 1995: 23).

Igualmente, el modelo de Stackelberg ha resultado de gran ayuda para el estudio de estrategias de liderazgo entre varias empresas. El planteamiento del problema sería el de dos empresas que basan su estrategia en la cantidad producida; el líder incrementa su cuota

de mercado (y su beneficio) anticipando el comportamiento de la empresa seguidora (que toma la producción del líder como dada). Sin embargo, como se lamenta Philips (1995: 106), este modelo no es adecuado para explicar el comportamiento simultáneo de las empresas.

Además de sus aportaciones directas, la teoría de juegos ha abierto nuevas líneas de investigación que han permitido establecer una visión más moderna de la empresa, basada en la existencia de costes de transacción³⁶ y sus consecuencias para el análisis de las relaciones verticales entre empresas (Ordoñez de Haro, 2009: 38). Considerando dichos costes, las empresas encontrarían incentivos para crear formas de organización cooperativa antes que mecanismos de mercado para minimizar los costes y, por ende, maximizar su beneficio. Esto es, las empresas deberán decidir si fabricar internamente los inputs que su proceso productivo demanda, o bien acudir al mercado (Williamson, 1975). Esto tiene importantes implicaciones para la política antimonopolio, ya que las autoridades de competencia deberán tener en cuenta las ganancias en eficiencia derivadas de este ahorro en costes de transacción antes que, por ejemplo, bloquear una determinada fusión. Las empresas interesadas deberán demostrar que solo mediante esa unión se podrá alcanzar el nivel óptimo de explotación.

Hay que señalar que, hasta las aportaciones de Williamson (1975), las relaciones verticales se consideraban neutrales, es decir, que no afectaban a la competencia. Este autor identifica un conjunto de razones por las que puede llegar a tener lugar la integración vertical y otros acuerdos entre una empresa y sus proveedores, fundamentalmente basados en el ahorro de costes de transacción.

Sin embargo, la teoría de juegos no está exenta de críticas. La más directa, señalada por Fisher (1989), sería su incapacidad para construir una teoría general del oligopolio. A ésta responde Shapiro (1989) afirmando que dicha teoría, si no permitiese comprender situaciones reales sería totalmente inútil. Para este último autor, aunque existe el acuerdo

³⁶ La teoría de los costes de transacción se le atribuye a Ronald Coase y a su artículo "*The Nature of the Firm*" en 1937. Este economista y premio Nobel se dio cuenta de que existían diferentes costes (de información, de búsqueda, de contratación, etc.) que no eran tenidos en cuenta por la teoría económica tradicional. Si bien esta teoría ha gozado de una amplia consideración en la política antimonopolio de EEUU, su repercusión en la política de competencia europea puede considerarse casi marginal.

general del papel estratégico desempeñado por la secuencia de elección y el valor del compromiso, tratar de sintetizar en una sola teoría el comportamiento estratégico en los mercados parece una tarea realmente difícil, sino imposible. Como consecuencia, la teoría de juegos ofrece todo un elenco de modelos entre los que debemos elegir el que más se adecúe al sector objeto de estudio, lo que puede llegar a plantear problemas.

Los estudios empíricos están tratando de resolver este problema de indeterminación en la Nueva Economía Industrial. Siguiendo a Ordóñez de Haro (2009: 40), *“la aparición de grandes muestras de corte transversal y la aplicación a las mismas del análisis de regresión, o más recientemente de datos de panel, han permitido observar el comportamiento desagregado de las empresas a lo largo del tiempo”*. Si el comportamiento de las empresas es tan impredecible, lo más acertado será estimarlo empíricamente. Así, los primeros estudios econométricos (basados en el análisis *cross-section*) han sido completados con análisis de series temporales de la industria y con comparaciones dentro de la misma industria.

A pesar de que no existe una única forma de investigación empírica en el campo de la Organización Industrial, muchos de los trabajos emprendidos comparten características comunes. Casi todas las investigaciones comienzan con un modelo de equilibrio de mercado (más o menos explícito, siempre dependiendo de su aplicación), para lo que la estimación de la demanda adquiere especial relevancia³⁷. *“A menudo, los investigadores se basan en los supuestos de optimización o equilibrio para extraer conclusiones sobre los parámetros subyacentes. En otros casos, la teoría se utiliza tanto para formular predicciones verificables a partir de los datos, como para interpretar estimaciones acerca de los efectos causales”* (Einav y Levin, 2010).

Esta nueva organización industrial empírica permite la simulación de los efectos de las fusiones y la detección de comportamientos colusorios sobre los mercados, lo que da una idea de lo útil que puede llegar a ser esta nueva metodología en la aplicación de la política de competencia.

³⁷ La demanda del consumidor es interesante en sí misma, ya que nos ayuda comprender lo que los consumidores valoran así como el modo en que sustituyen unos productos por otros; además nos permite evaluar los efectos sobre el bienestar que tienen determinadas fusiones o el lanzamiento de nuevos productos. Por último, la elasticidad de la demanda constituye un parámetro fundamental para identificar el grado de poder de mercado que las empresas pueden ejercer (Einav y Levin, 2010).

6. Críticas socialistas a la competencia

Para enriquecer el capítulo hemos creído conveniente recoger las principales objeciones y críticas que se precipitaron sobre la competencia y la economía de mercado a partir del siglo XIX como respuesta a las injusticias y abusos que emanaban del sistema clásico. A este grupo de disidentes se les conoció con el apelativo de socialistas. Para los componentes de este heterogéneo colectivo, el funcionamiento del capitalismo en la Europa occidental de su tiempo distaba de ser armonioso; quizá sea éste el punto en el que coincidían todos.

Los alegatos giraban en torno a una serie de cuestiones tales como la extracción de la plusvalía del trabajador por parte del capitalista en un ejercicio de supuesta explotación; las poco deseables consecuencias que se desprendían del funcionamiento de los mercados “competitivos” para con la sociedad; se demandaba la participación de científicos o ingenieros para desempeñar un papel más importante en la economía a través de la planificación estatal; la configuración de sociedades en régimen de cooperativa, y alguna otra más (Landreth y Colander, 2006: 157). Vamos a centrarnos en las observaciones que a nuestra investigación atañe.

La primera y más recurrente de estas críticas se refiere a la desigualdad y creciente pobreza que entre la población se observaba –y hoy se vuelve a observar-. El capitalismo engendrado por la revolución industrial y defendido por los economistas clásicos británicos estaba dando lugar a una nueva sociedad en la que, incluso en Inglaterra, primera potencia económica mundial, eran muy pocos los que se beneficiaban del nuevo sistema industrial basado en la propiedad privada³⁸. La sociedad estaba compuesta, en su mayor parte, por obreros que se beneficiaban de un modo muy peculiar de los nuevos avances técnicos y productivos. Desplazados del campo a los suburbios urbanos, se veían en la obligación de

³⁸ Ésta no es una característica exclusiva del capitalismo del siglo XIX; en la actualidad, en los países en los que el mercado funciona con mayor autonomía se observa también una mayor desigualdad. Valga de ejemplo la actual situación de los negros que habitan el país más poderoso del mundo: según el profesor Amartya Sen (1993), en términos de vida y muerte, los estadounidenses afroamericanos tienen menos esperanza de vida que la que tienen los habitantes de alguno de los países más pobres del tercer mundo. Algo parecido dijo Mill (1848: 2011. 52) con más de un siglo de antelación: *la condición de muchos de la Europa civilizada –incluso en Inglaterra y en Francia- es mucho más miserable que la de la mayoría de las tribus salvajes que nos son conocidas.*

aceptar condiciones y salarios indignos. Nada puede simbolizar mejor esa realidad, recoge Galbraith, que el intento de reformas fomentado por un filántropo y capitalista escocés, David Dale (1739-1803). Estamos hablando de *New Lanark* (1785), centro industrial y residencial que Dale pobló con internos de orfanatos de Glasgow y Edimburgo. Éstos eran trasladados a pabellones dormitorio de su ciudad industrial modelo, donde “*los niños solo debían trabajar trece horas diarias, y años después, gracias a una asombrosa reforma introducida por su yerno, el utopista Robert Owen, nada más que once*” (Galbraith, 1989: 110-111).

Si bien la realidad descrita suscitó numerosos reproches, los defensores de la gran tradición clásica la defendían por medio de elegantes razonamientos deductivos. La pobreza parecía y en ocasiones parece ser necesaria para mantener el equilibrio social. Muchos opinan que poco tienen de qué quejarse quienes, actuando en régimen de competencia, se ven superados por otros con mayor fortuna o capacidad. Su falta de energía y prudencia, se dice, son causa de su pobreza y desdicha. Sin embargo, y citando a J. S. Mill (2011, 52-53):

Si hay alguna persona que sufre privaciones físicas o degradación moral, cuyas necesidades no están satisfechas (...) ello implicaría por tanto un fracaso de las medidas sociales. Y afirmar, como mitigación del mal, que quienes sufren así son los miembros moral o físicamente más débiles de la población, es añadir un insulto a su desgracia. ¿Es la debilidad una justificación de sufrimiento? ¿No constituye más bien una irresistible llamada a cada ser humano a favor de la protección contra el sufrimiento?

Mill no era un socialista, pero su vasto conocimiento le permitía comprender –y en algún punto compartir– profundamente las quejas socialistas hacia el sistema capitalista de propiedad privada. Su análisis sobre el socialismo y el capitalismo, impregnado por una fuerte tendencia hacia la justicia social y la libertad individual, constituye hoy un gran insumo que sorprende por sus reflexiones de exagerada actualidad.

Un segundo mal a combatir de la organización capitalista basada en la competencia consistía y consiste en los antivalores que ésta invoca, y que Mill identifica con el crimen, el vicio y la insensatez. El principio del individualismo y de la competencia, dirán los socialistas, es esencialmente perverso y antisocial. Desde el punto de vista moral, “*el individualismo es el padre de la envidia, del odio, de la falta de caridad; hace de cada uno el enemigo natural de todo el que se cruce en su camino, y hace que el camino de cada uno se vea constantemente a que*

otros se crucen en él” (Mill, 2011: 57). Resulta obvia la tentación de sustituir un sistema basado en la oposición de intereses por uno fundamentado en la armonía de los mismos. Parece que este debate o disputa persistirá en las próximas décadas, a pesar de la actual “tregua” firmada en 1989.

En el terreno económico también se vuelcan fuertes críticas socialistas hacia la competencia individual como mecanismo de coordinación de la actividad humana. Una exposición clara e ilustrativa la encontramos en la obra de Louis Blanc, “*Organisation du Travail*”, publicada en 1839. Este autor francés –que acuñó la conocida frase, “a cada uno según sus necesidades y de cada uno según sus capacidades”- veía en la competencia la principal causa de sufrimiento en todos los estratos sociales. A nivel de los trabajadores, “*la sistemática reducción de sueldos, la cual resulta en el despido de un cierto número de obreros, es el efecto inevitable de la libre competencia. Se trata de un sistema industrial en virtud del cual las clases trabajadoras se ven forzadas a exterminarse mutuamente*” (Blanc, 1839: 1845, 11)³⁹. Esta afirmación estaba respaldada por el desigual crecimiento demográfico que se observaba entre ricos (menos) y pobres (más). Sin embargo, lo que Blanc no consideró es la proporción de unos y otros que el sistema productivo demanda.

En lo que concierne a las clases medias, Blanc se lamenta de que la característica de la producción industrial de libre competencia sea el “abaratamiento”. Si ya la competencia entre productores es *per se* destructiva, más lo es si consideramos la tendencia a la que alude Blanc (1839: 1845, 58)⁴⁰:

Bajo el sistema de libre competencia, el abaratamiento es únicamente una ventaja provisional y falaz. Sólo se mantiene mientras hay una lucha entre competidores: tan pronto como los más ricos abuyentan a los más pobres, los precios suben. La competencia lleva al monopolio por la misma razón que el abaratamiento lleva a los precios altos.

Hoy se considera que la presión que ejercen los trabajadores –o más bien los desempleados- es una importante herramienta en la lucha por contener la inflación. Sin embargo, también sabemos que, en situaciones de crisis como la actual, la demanda –que

³⁹ Citado en Mill (2011:58-59).

⁴⁰ Citado en Mill (2011: 63)

depende en gran medida del nivel salarial- juega un papel fundamental para compensar los efectos del ajuste que exige la superproducción general.

Otro grupo de disidentes fueron los llamados *fourieristas*, seguidores de C. Fourier⁴¹, fundador del socialismo utópico. Para él y sus simpatizantes, los dos principales males que engendraba la sociedad de libre competencia se podían resumir en el enorme despilfarro de recursos ocasionado por la falta de planificación en una economía cada vez más industrial, urbana y compleja, por un lado; y por otro, en el socialmente pernicioso papel jugado por los comerciantes y traficantes, encargados de distribuir el producto del país entre los consumidores.

En el primer caso, Fourier señala la gran cantidad de “trabajadores” improductivos que alberga la sociedad. Estos pertenecen a campos tan diversos como el ejército o la justicia, e incluyen oficios tales como recaudadores de impuestos, prostitutas, estafadores, comerciantes, banqueros, agentes de bolsa, metafísicos, filósofos y políticos que trabajan en direcciones equivocadas y “*que no hacen nada para que avance la ciencia*” (Considérant, 1848: 35)⁴². En esta preocupación se refleja la convicción de los integrantes de esta escuela en que el sufrimiento humano provocado por la urbanización podría eliminarse por medio de mayor racionalismo, la planificación, y el progreso científico y técnico. También se observa cierto legado de sus compatriotas, los fisiócratas, pioneros en separar los trabajos en productivos e improductivos.

Es interesante detenernos en las críticas *fourieristas* vertidas sobre la figura del traficante, pues algunas de ellas revelan importantes implicaciones acerca del sobreprecio generado por los modernos y complejos canales de distribución. El traficante, dicen, al comprar, almacenar y vender, opone sus intereses a los del productor, en un extremo, y a los del consumidor, en el otro; por tanto, si sus intereses son contrarios a los del resto de la sociedad (ya que con el resto de traficantes, compite), ésta no puede esperar beneficiarse de

⁴¹ François-Marie Charles Fourier fue un filósofo y economista francés tremendamente influyente. Además de considerársele fundador del socialismo utópico, se le atribuye la acuñación del término “feminismo”; en su obra “*Teoría de los cuatro movimientos*” afirma que el grado de libertad en las mujeres es el principio general de todo progreso social.

⁴² Citado en Mill (2011: 66)

la acción de aquél. Según Considérant (1848: 43-50)⁴³, el ejercicio de su actividad tiene las siguientes consecuencias:

- a. *Mantiene la producción y el consumo “bajo su yugo”, pues tanto los productores como los consumidores han de acudir a él (...) El comercio, despóticamente dicta las leyes de la producción y el consumo, cuando en realidad debería ser únicamente el subordinado.*
- b. *Roba a la sociedad con sus “enormes beneficios”, beneficios por los que el consumidor y el productor tienen que pagar, y que son desproporcionados a los servicios prestados (...).*
- c. *Roba a la sociedad mediante la sustracción de sus fuerzas productivas, sacando del trabajo productivo diecinueve de cada veinte agentes comerciales (...) La gran mayoría de traficantes y comerciantes regresaría al trabajo productivo si un sistema racional de organización comercial sustituyera el caos inextricable del presente estado de cosas.*
- d. *Roba a la sociedad mediante la “adulteración” de los productos⁴⁴ (...).*
- e. *Roba a la sociedad mediante “acumulaciones” (...) como consecuencia de las cuales, vastas cantidades de bienes almacenados en algún lugar se dañan y destruyen por no ser vendidos.*
- f. *El comercio roba a la sociedad como resultado de todas las pérdidas, daños y malgastos que se siguen de esparcir los productos por millones de tiendas, y por la multiplicación y complicación del transporte.*
- g. *Roba a la sociedad mediante una desvergonzada e ilimitada usura (...). Un comerciante saca de un capital que no posee un interés de usurero, totalmente desproporcionado.*
- h. *Roba a la sociedad por medio de innumerables “bancarotas”, pues llegará un día en que los diarios accidentes de nuestro sistema comercial, los avatares políticos, y cualquier otro tipo de disturbio, hagan que el comerciante, al haber incurrido en obligaciones que están por encima de sus medios, no sea ya capaz de cumplirlas.*
- i. *El comercio roba a la sociedad por la “independencia” e “irresponsabilidad” que le permiten comprar en épocas en que los productores se ven obligados a vender y a competir entre sí, a fin de obtener dinero para su renta y cubrir los gastos necesarios de producción (...) La especulación abusiva es la forma más odiosa de este vicio del comercio.*

⁴³ Citado en mil (2011: 70-75).

⁴⁴ Una de las persistentes críticas de prácticamente todas las corrientes socialistas al funcionamiento de los mercados competitivos es la continua pérdida de calidad de los productos. De todos es sabido el tradicional gusto francés por la calidad, más que por la cantidad, lo que puede de algún modo explicar el rechazo que el nuevo modelo productivo encontró en el pueblo francés y el ulterior desarrollo del pensamiento socialista en dicho país.

- j. *Roba a la sociedad mediante una considerable “extracción de capital”, el cual regresaría a la industria productiva cuando el comercio desempeñara su apropiado papel subordinado y fuese una agencia encargada solo de las transacciones entre productores y los grandes centros de consumo.*
- k. *Roba a la sociedad por el procedimiento de “monopolizar” o acaparar la compra de materias primas. El incremento en el precio de los bienes acaparados recaerá, en primer lugar sobre el fabricante, y en última instancia sobre el consumidor.*

Esta última idea del acaparamiento⁴⁵ la expresaría con mayor vehemencia el propio Fourier (1808: 1974, 286):

El principio fundamental de los sistemas comerciales —que es el de conceder completa libertad a los traficantes y comerciantes— les da un absoluto derecho de propiedad sobre los productos con los que trafican; tienen el derecho de retirarlos por completo del mercado, retenerlos, e incluso quemarlos, como ha sucedido más de una vez como con la Compañía Oriental de Ámsterdam, la cual quemó públicamente grandes cantidades de canela a fin de que ascendiera el precio (...) Es la sociedad quien tiene que pagar el precio de estas pérdidas, las cuales tienen lugar diariamente al amparo de la máxima filosófica de libertad total para los comerciantes.

En la actualidad no han cambiado mucho las cosas. El mercado sigue promoviendo que se almacenen e incluso que se destruyan toneladas de alimento con la esperanza de un alza en los precios al tiempo que grandes masas humanas agonizan por una ración de comida⁴⁶. Después de 200 años de vigencia capitalista parece que hay lecciones de importancia vital que aun no hemos aprendido.

Finalmente, y al igual que Marx⁴⁷ y Lenin⁴⁸, estos primeros socialistas creían que el mero progreso de la libre competencia tendría como consecuencia lógica el advenimiento de una

⁴⁵ De hecho, afirma que se trata del más odioso de los crímenes comerciales (Fourier, 1808: 1874, 284)

⁴⁶ El Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD de 1999 afirmaba que “pese al rápido crecimiento de la población, la producción de alimentos ha aumentado casi el 25%, la oferta de calorías ha aumentado de 2.500 a 2.750, y la de proteínas de 71 a 76 gramos. Pero unos 840 millones de personas están desnutridas”.

⁴⁷ Cabe recordar que una de las inconsistencias que Marx encontró en su análisis del sistema capitalista es su tendencia al monopolio; donde los clásicos veían una excepción en los mercados competitivos, Marx encontraba una inclinación natural.

⁴⁸ En su “El imperialismo, fase superior del capitalismo”, Lenin resalta —además de muchas otras cosas— el peligro que supone la creciente concentración de los mercados y el progreso de los cárteles que se

especie de feudalismo industrial; un camino “*hacia una concentración de la riqueza en manos de relativamente pocas personas o compañías inmensamente ricas, y reducir al resto de la comunidad a un estado de total dependencia de ellas*” (Mill, 2011: 81).

Hasta aquí nuestro repaso de las objeciones socialistas al sistema de competencia y libre mercado. Parece que la política de competencia, en contra de la percepción general, guarda una importante deuda con el socialismo y su énfasis por subrayar las inconsistencias del sistema del *laissez-faire*. Bien harían los políticos de la actual socialdemocracia en potenciar y presentar la política de competencia como herramienta de control de la sociedad frente a los abusos e injusticias que puedan emanar de los mercados.

7. La competencia en la historia del pensamiento económico español. Mercado y precio justo.

La historia de las ideas económicas en España contiene un episodio de gran interés para nuestra investigación. Se trata del análisis sobre el funcionamiento del mercado que abordaron los doctores *insnaturalistas* de la Escuela de Salamanca en los siglos XVI y XVII. Éste es un período que ha cautivado a muchos economistas en las últimas décadas, gracias en gran medida a los trabajos de José Larraz⁴⁹ y de M. Grice-Hutchison⁵⁰, alumna de Hayek. Y es que no son pocos los integrantes de la Escuela Austríaca que han rescatado a los escolásticos españoles⁵¹, señalándoles como precursores en alguna de las ideas fundamentales de su pensamiento tales como la teoría subjetiva del valor (el análisis de la utilidad, la escasez y la estimación común) y el análisis de los deseos del consumidor y la competencia, así como la crítica a la teoría del valor basada en el coste de producción (Rothbard 1976: 54)⁵².

venía produciendo desde el último tercio del siglo XIX. Una gran cantidad de datos sustentan la tesis de este influyente filósofo revolucionario.

⁴⁹ José Larraz (1954): “La época del mercantilismo en Castilla, 1500-1700”, Madrid: Aguilar.

⁵⁰ Marjorie Grice-Hutchinson (1952): *The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary Theory 1544-1605*, Oxford: Clarendon Press.

⁵¹ A pesar de la procedencia española de los integrantes de la Escuela de Salamanca, no podemos olvidar la proyección europea de que disfrutaron, pues la mayoría pasaron una etapa de prolífica formación más allá de los Pirineos, hecho que los protagonistas no reparaban en ocultar.

⁵² Citado en Tedde de Lorca y Perdices de Blas (1999: 124).

Se denomina Escuela de Salamanca a un grupo de juristas y teólogos españoles que convergieron en la Universidad de Salamanca en el siglo XVI y que “*emprendieron la difícil tarea de reconciliar la doctrina tomista con el nuevo orden económico*” (Grice-Hutchinson, 1993: 70). La tradición se inicia con Francisco de Vitoria, nombrado en 1526 catedrático de teología de la Universidad de Salamanca. Además de ser considerado precursor del derecho internacional y realizar importantes contribuciones a la diplomacia, Vitoria introdujo las enseñanzas de Santo Tomás en España a través de Salamanca; “*Sus ideas sobre el dinero, los mercados y los precios generaron una red de colegas... discípulos... y principales continuadores*” (Grice-Hutchinson, 1993: 16). Entre estos, destacamos a Luis Saravia de la Calle, Domingo de Soto, Martín de Azpilcueta, Tomás de Mercado, Francisco García, González de Cellorigo, Pedro de Valencia y Luis de Molina.

Hemos de ser cautelosos al hablar de una “Escuela” de pensamiento económico, pues dichas teorías estaban contenidas en el conjunto de su enseñanza, centrada fundamentalmente en la teología, la metafísica y los aspectos morales de las relaciones cotidianas. No parece del todo razonable brindar un tratamiento aislado e integrado a sus reflexiones en materia económica y hablar de una escuela de pensamiento en dicho campo. Esto ha suscitado controversias entre historiadores y expertos en la materia tales como E. Hamilton, J. Schumpeter y M. Blaug.

En el terreno económico, la aportación de mayor calado se refiere a la formulación de la teoría cuantitativa del dinero. Fue a Martín de Azpilcueta a quien correspondió tales honores. En su “Comentario resolutorio de cambios”⁵³ el “Doctor Navarro” expone por vez primera y de un modo sencillo dos teorías monetarias: la teoría cuantitativa del dinero y la de la paridad del poder adquisitivo⁵⁴. Así, este grupo de doctores escolásticos abordaron la controvertida cuestión del valor, tanto el valor de los bienes como el valor del dinero. Nosotros centraremos nuestra atención en el primer caso, esgrimiendo las similitudes que el llamado “precio justo” guarda con el precio en condiciones de competencia.

La búsqueda de una teoría que explicase el valor de los bienes ha sido un tema recurrente en la historia de las ideas económicas. Las fuentes primarias a partir de las cuales los

⁵³ Éste se trataba de un apéndice de la tercera edición de su “Manual de Confesores” (1556).

⁵⁴ Hasta los trabajos de Grice-Hutchinson se aceptaba que fue Jean Bodin el encargado de formular por primera vez la teoría cuantitativa del dinero en 1568.

doctores salmantinos desarrollaron sus ideas en este asunto se remontan a la tradición helena; concretamente, a los fragmentos sobre el dinero y la justicia comercial contenidos en la “Ética a Nicómaco” de Aristóteles. La justicia comercial dependerá de la consecución de la igualdad entre las partes que participen en una transacción, para lo que se puede simbolizar cada bien con un segmento y trazar una línea en el conjunto que lo divida en dos partes iguales. Pero, ¿cómo se pueden unir en un conjunto dos mercancías heterogéneas para, posteriormente, separarlo en dos partes iguales? Para comparar bienes de naturaleza diversa, dice el Filósofo que hemos de recurrir a términos matemáticos, razón por la cual se inventó el dinero. El problema surge cuando Aristóteles continúa razonando hasta afirmar que, en última instancia, es la demanda -o *indigentia*⁵⁵- la medida real del valor de todas las cosas; esto se debe a que el dinero, por “acuerdo general” ha pasado a ser un representante real de la demanda. Los teólogos de Salamanca harán suya esta teoría de la transacción o compra-venta.

En otros fragmentos, extraídos de los “Tópicos” y la “Retórica”, Aristóteles sostiene que la dificultad de adquisición de un objeto -o su escasez- aumenta su demanda (Grice-Hutchinson, 1982: 84-86). Estos pasajes serían interpretados y comentados en la España musulmana a partir de la labor de Averroes en sus *Comentarios*, probablemente escritos en Córdoba hacia 1177. En el siglo XIII, la Escuela de Traductores de Toledo impulsó definitivamente la difusión de las doctrinas griegas en el mundo occidental y fue el vehículo a través del cual llegó a los escolásticos.

Durante la Edad Media surgieron nuevos estudios centrados en la evaluación correcta o “justa” de las mercancías que se intercambiaban⁵⁶. Los más importantes serán los emprendidos por San Alberto Magno y su discípulo Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII. En *De justitia commutativa* y en la *Summa theologica*, Santo Tomás profundiza en el análisis de la justicia comercial, lo que le lleva a estudiar las fuerzas del mercado. Reconoce que son las fuerzas de la oferta y la demanda las que determinan el valor de los bienes, prevaleciendo en su discurso una concepción eminentemente subjetiva del valor (Grice-Hutchinson, 1982: 113-114). Los escolásticos españoles pondrían gran énfasis en esta

⁵⁵ El concepto de *indigentia* o necesidad irá acrecentando su importancia. Si bien Averroes mantuvo el término griego, fue Hermann el alemán quien lo tradujo al latín.

⁵⁶ Cabe recordar que la tradición romana establecía que un comprador y un vendedor podían llegar a cualquier acuerdo que desearan, concluyendo así una venta válida (Grice-Hutchinson, 1982: 111)

cuestión, tan crucial en la historia del pensamiento económico; es por ello que a este grupo de autores se les considera precursores de la teoría subjetiva de la utilidad-valor (Gómez Camacho, 1981: 23).

Ya hemos dicho que la influencia de Santo Tomás en los escolásticos de Salamanca fue enorme, especialmente en Vitoria, arteria transmisora de su pensamiento en España. Vamos a revisar las principales novedades que el “fundador” de la Escuela de Salamanca, incorporó a la doctrina medieval del “justiprecio”. El análisis se completará con los matices que introducirán sus continuadores, especialmente Domingo de Soto, Melchor de Soria y Luis de Molina.

Vitoria consideraba que existían dos clases de bienes: aquéllos cuyo precio fijaba la autoridad estatal, y aquéllos que no. El primer caso no suponía mayor problema; era un precio legal y, por consiguiente, lo consideraba justo. En el segundo caso, Vitoria añade alguna novedad a la doctrina tradicional. Vuelve a establecer una dicotomía, esta vez entre bienes necesarios para la vida humana y bienes que no lo son. En el primer caso, el valor de un bien se determinaba en función de la abundancia o escasez del producto en cuestión y de su utilidad para satisfacer las necesidades del hombre. De este modo, el precio justo vendría determinado principalmente por la “estimación común”, o valoración que el mercado realiza para la mercancía en cuestión. En cambio, ante los bienes de lujo, el comprador no tiene la necesidad/obligación de pagar el elevado precio que el vendedor solicita; lo hace a plena voluntad. Por ello, el bien se vendería por una especie de “precio de fantasía” (Grice-Hutchinson, 1892: 136-137).

En general, los escolásticos sostenían que la imperante necesidad de los individuos –que podía producirse por una distribución excesivamente desigual- anularía las “votaciones” con las que se fijaba el precio de los bienes⁵⁷, con lo que el mismo dejaría de ser justo. Esto se debe a que los sujetos verían mermada su libertad en la compraventa ante una desigual distribución del bien en cuestión. Hemos rescatado un ilustrativo pasaje en el que Melchor de Soria analiza el oligopolista mercado del trigo de su época, lamentándose del poder de

⁵⁷ Quién mejor nos describe el proceso de regateo como medio para alcanzar el precio de “estimación común” es Melchor de Soria en su *Tratado de la justificación y conveniencia de la tasa del pan*, publicado en 1627.

mercado que permite a determinados agentes concurrentes elegir el momento en el que comprar o vender el cereal:

si a los labradores pobres los inhabilita su necesidad para no ser votos acertados y legítimos en el poner precio justo de el pan que venden, también inhabilitará de votos a los compradores la necesidad con que lo compran en año muy estéril, y para eso mucho más inhabilitará de votos a los señores de el pan ricos y poderosos, la poca o ninguna necesidad con que lo venden a los que de fuerça lo han de comprar (Soria, 1633: 33).

Recapitulando, una vez descartados el precio de los bienes fijados por la autoridad pública, tenemos un precio para el resto de artículos determinado por la “estimación común”, lo que nos lleva rápidamente a pensar en el precio de mercado. Pero además, ese precio de mercado debía equilibrarse a partir de “votos” emitidos en condiciones de libertad para ser considerado “justo”. Luis de Molina lo expresa con sencillas palabras: solo podemos hablar de precio justo en caso de que no existiese “monopolio, fraude o engaño” en la transacción. ¿Es el precio justo de los escolásticos el precio fijado en condiciones competitivas, en términos modernos? Profundicemos un poco más en el enunciado de Molina.

El monopolio no admite ulteriores interpretaciones. Sin embargo, cuando Molina habla de fraude o engaño está aludiendo al llamado “postulado de equivalencia”, de inspiración aristotélica. Recordemos que una transacción justa exige que ambas partes reciban una porción equivalente tras la compraventa. El problema surge cuando estamos ante información imperfecta que puede hacer ver como equivalentes bienes que realmente no lo son. En concreto, Molina se refiere a que el vendedor de mercancías, “*por su utilización de las mismas, tiene de ellas un conocimiento mejor que el que tiene el comprador*”⁵⁸. Su información le permite aprovecharse de la transacción⁵⁹.

Las similitudes entre el precio justo y el precio en condiciones competitivas son realmente sorprendentes y admirables, como también lo es el análisis económico que contienen las obras de los escolásticos españoles. Sin embargo, hemos de ser cautos a la hora establecer

⁵⁸ Disposición 353 nº2 *De iustitia et lure* de Luis de Molina (Citado en Gómez Camacho, 1981)

⁵⁹ Actualmente tildamos este problema como “información asimétrica”.

conclusiones al respecto, pues el mundo en que estos eruditos fijaron su atención poco o nada se parece al nuestro. Sí parece razonable pensar que los escolásticos apoyarían la intervención pública en defensa de la competencia, pues de otro modo surgirían en las industrias estructuras oligopolísticas que amenazarían el precio fijado por el “justo” proceso de mercado. Los distintos mercados podrían ser dominados y controlados por un puñado de empresas. Una última cuestión que invita a la reflexión: ¿es el precio competitivo, además del más eficiente para la sociedad en su conjunto, el más aceptable moralmente? No cabe duda de que la respuesta a esta pregunta excede el cometido de nuestra investigación.

RESUMEN-CONCLUSIONES

La economía de mercado, que sitúa a la competencia como fuerza motriz y coordinadora de la actividad humana se origina en la Inglaterra del siglo XVIII. Adam Smith, considerado padre fundador de la economía moderna, expuso a lo largo de una erudita y a la vez sencilla prosa el enorme progreso material que podría esperarse si se dejaba a cada individuo la libertad de perseguir sus propios fines. La competencia entre individuos, sin perturbaciones del aparato estatal, impulsaría el bienestar social. Sin embargo, Smith advierte que los capitalistas, en su búsqueda de beneficio, tienen sobrados incentivos para elevar de forma coordinada los precios por encima de su nivel natural. Esto, junto con su rechazo a los monopolios, hace pensar que Smith podría haber defendido algún tipo de política de competencia.

Esta visión dinámica de la competencia “smithiana” se vio frenada por la irrupción de la metodología lógico-deductiva del llamado *sistema clásico* construido por Malthus y Ricardo. Quien sí caviló sobre el concepto de competencia fue John S. Mill, que llega a afirmar que sólo a partir de éste término puede tener la economía política alguna pretensión al carácter de ciencia. El sabio inglés creía que la competencia era, junto con la costumbre, el mecanismo responsable del reparto de la producción bajo el régimen de propiedad privada. Sin embargo, en la Inglaterra victoriana, dicho reparto padecía del mismo mal que el mundo contemporáneo: la desigualdad. Esto llevó a Mill a adquirir un carácter marcadamente ecléctico que se refleja en sus ensayos sobre el socialismo.

Los ataques al sistema capitalista no se hicieron esperar, y se produjeron desde muy distintas posiciones. Muchas de ellas se refieren a la competencia como principio coordinador de la actividad humana. Tal es el caso de Louis Blanc, quien veía en la competencia la principal causa de sufrimiento para todos, o casi todos, los estratos sociales. Por otro lado, Charles Fourier y sus seguidores se lamentaban del enorme despilfarro que observaban en una economía carente de planificación. Los trabajos improductivos y las malas artes de los comerciantes decían estar lastrando el progreso social. Los socialistas nunca elaborarían una consistente, rigurosa y sistemática teoría con la que hacer frente al sistema económico de la competencia y la propiedad privada.

Alfred Marshall dedica no pocos elogios a la competencia, señalándola como palanca impulsora del progreso frente a la tendencia conservadora que emanaba de la costumbre. Llega incluso a sugerir que se sustituya el vocablo que ha permitido tan colosal prosperidad material por otro exento de prejuicios morales. *Libertad económica* es el término que mejor representa la competencia. El “mal ambiente” que rodeaba al particular se vio alentado en gran medida por la proliferación de las ideas socialista que se gestaron a lo largo del siglo XIX, especialmente en la Europa continental, y que acabamos de comentar.

Con el advenimiento de las matemáticas en la economía, la ciencia desvió el concepto dinámico de competencia esbozado por Smith y, de algún modo, recordado por Mill y Marshall. La búsqueda del modelo de competencia perfecta seducirá a los economistas neoclásicos tanto como a los españoles el oro de las indias, y el grueso de la profesión dedicaría todos sus esfuerzos al modelo en cuestión. La extensión de las matemáticas y el análisis marginal por toda la ciencia económica permitió que en 1954, K. Arrow y G. Debreu presentasen el modelo de competencia perfecta de un modo consistente y riguroso.

Antes, muchos habían percibido que las hipótesis que sustentaban tal modelo de mercado eran difícilmente observables en la vida real. La complejidad que había adquirido la economía estaba dando lugar a una sociedad que poco se parecía a aquella de pequeños capitalistas que había conocido Smith. La proliferación de las sociedades anónimas y la creciente concentración de la oferta obligaban a replantear el escenario legislativo y económico. En el primer caso se promulgan leyes de competencia, con gran precocidad en EEUU, y posteriormente en Europa. En el terreno de la ciencia económica pueden distinguirse tres corrientes de pensamiento: la Escuela de Harvard, la de Chicago y Escuela Austríaca de Economía.

La Escuela de Harvard nace en 1933 con los modelos de competencia monopolítica y de competencia imperfecta de Chamberlin y Robinson, respectivamente. Esta corriente de pensamiento trabajará con el concepto de *workable competition* delimitado por Clark (1940). A partir del paradigma Estructura-Conducta-Resultados, los economistas de Harvard tratan de establecer aquellos factores que encaucen el comportamiento de las empresas que componen la industria hacia el más deseable de los resultados. Las barreras de entrada

captarán la atención de muchos a partir de las investigaciones de Bain en 1966. Finalmente, para esta escuela, la política de competencia tiene un objetivo poliédrico, que abarca desde el fomento del progreso técnico hasta la equitativa distribución de la renta.

La Escuela de Chicago provocó una revolución en la política de competencia en la década de los 70. El excesivo intervencionismo que muchos veían en la política *antitrust* de EEUU encontró como respuesta un cambio en la percepción de muchas prácticas empresariales que se veían como “anticompetitivas”. La Escuela de Chicago, con Stigler y Posner como cruz de guía, supone en cierto modo una vuelta al pasado no sólo por la mencionada permisividad ante determinadas acciones corporativas, sino por basar sus análisis en la teoría de precios neoclásica dejando de lado los avances en competencia imperfecta. Para Chicago, la política de competencia solo tiene sentido si se guía bajo el principio de la eficiencia económica. La competencia seleccionará las estructuras más eficientes para las condiciones técnicas de cada industria, por lo que los poderes públicos no deben interferir en tal proceso. Por ello, su propuesta de política de competencia se limita a la persecución de los acuerdos colusorios, además de la desregulación y la liberalización de los mercados. Vemos como su concepto de competencia es tanto estático como dinámico.

A conclusiones parecidas pero por cauces antagónicos llega el pensamiento económico austríaco sobre la política de competencia. Los seguidores de esta escuela, herederos del legado de pensadores de la talla de Menger, Böhm-Bawerk o Mises, mantienen una concepción estrictamente dinámica de la competencia, identificando ésta con la ausencia de barreras de entrada. La importancia del proceso competitivo es su capacidad para coordinar el inmenso volumen de información subjetiva que de otro modo no podría ser procesada. La función empresarial es la encargada de ajustar las acciones de los individuos, que se encuentran siempre en desequilibrio. Rechazan la metodología y los modelos matemáticos para la investigación en economía afirmando que no se corresponde con el mundo real. Como se ha indicado, los austriacos comparten posición con los economistas de Chicago en lo que a diseño de política *antitrust* se refiere. Abogan por el establecimiento de unas pocas y sencillas disposiciones que se limiten fundamentalmente a prevenir los acuerdos entre empresas. La minimización de la incertidumbre resulta fundamental, pues los empresarios deben ser capaces de interpretar las señales que el mercado emite.

Hoy, los avances de las distintas corrientes se integran en la llamada Nueva Economía u Organización Industrial. Esta nueva disciplina supone sobre todo un cambio metodológico apoyado en nuevas herramientas que permiten comprender mejor el comportamiento empresarial. Por un lado, la teoría de juegos ha abierto nuevas líneas de investigación en cuanto a la interacción entre agentes; por otro, las nuevas técnicas econométricas permiten reproducir con mayor fidelidad el estado competitivo de los mercados. Los nuevos estudios empíricos completan las investigaciones en este campo y posibilitan incluso la simulación de los efectos generados por determinadas acciones empresariales. Sin duda se trata de una vía de investigación de gran futuro.

El capítulo se cierra con un esbozo del pensamiento económico de la Escuela de Salamanca durante el período dorado del imperio español. Los escolásticos, a partir de un legado iniciado por Aristóteles y mantenido hasta Santo Tomás, elaboraron lo que ha venido a llamarse “teoría del precio justo”. El precio justo, dirán los teólogos españoles, se situará en aquel nivel que respete la equivalencia en la transacción. Más allá de las consideraciones morales, las condiciones exigidas para el llamado “justiprecio” recuerdan en muchos aspectos al precio en condiciones de competencia. Parece claro que la política de competencia, en su afán por proteger los intereses de consumidores impidiendo las malas prácticas corporativas, pretende establecer también un precio que se podría tildar de “justo” en las distintas industrias.

CAPÍTULO II

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y POLÍTICOS

INTRODUCCIÓN

Una vez presentadas las principales escuelas de pensamiento económico, así como los autores que han abordado, con mayor o menor rigor, la problemática o la bendición de la competencia, estamos en disposición de comprender los pilares que hoy sustentan la política de competencia. El eclecticismo imperante en la ciencia económica contemporánea se ve reflejado en los fundamentos económicos que subyacen a este modo de intervención pública.

Pocos son los que hoy discuten al mercado como el mejor mecanismo de asignación de recursos. La decepcionante experiencia de los países que trataron de buscar una alternativa refleja el fracaso de un ideal. Estos países se encuentran hoy en su mayoría en un período de transición hacia la economía de mercado. Desgraciadamente, el viraje no es ni sencillo ni instantáneo.

Pero el bienestar material no es lo único que buscan los estados de pasado socialista en su incorporación al bloque capitalista. La economía de mercado –y la política de competencia– es deseable para los individuos por razones igual de importantes que la prosperidad material. Nos referimos fundamentalmente al ejercicio de la libertad económica, considerada como una de las libertades fundamentales que los individuos valoran. Y es que, como asevera Sen (2000: 25), prohibir el mercado es prohibir a los individuos hablar e intercambiar información. Para que la libertad económica –que, como analizaremos, se retroalimenta con otras libertades instrumentales– sea efectiva, debe haber un marco regulador que evite que los agentes económicos la limiten. Es precisamente aquí donde encaja la política de competencia.

La política antimonopolio pretende, de algún modo, *democratizar* el poder económico, dando cabida en cada industria al mayor número de empresas, en la medida en que las condiciones técnicas y productivas lo permitan. Esta atomización de la oferta evita que los agentes económicos gocen de poder de mercado y restrinjan la alabada libertad económica. Al mismo tiempo, los consumidores accederán a los productos en las mejores condiciones

de precio, calidad y variedad. En definitiva, lo que justifica la política de competencia es la convicción de que ésta contribuye a incrementar el bienestar social; esto es lo que pregonan la mayoría de las leyes de competencia.

Sin embargo, nos encontramos ante un problema etimológico. Si bien existe un consenso más o menos sólido en cuanto a que la competencia interesa defenderla, no sucede lo mismo con el sustantivo. No hay acuerdo ni entre las autoridades de competencia, ni entre los economistas sobre lo que se entiende por competencia. Ya en el primer capítulo dibujamos los rasgos que cada corriente de pensamiento económico identifica con la competencia. Esta vez trataremos de ofrecer distintas definiciones más o menos aceptadas, además de un modelo que tratará de representar el comportamiento competitivo al que aluden las leyes antimonopolio. Con esto pretendemos ofrecer una base teórica imprescindible para seguir adelante con nuestra investigación.

Seguidamente se ofrecen los fundamentos económicos que subyacen a la política de competencia. Muchos son los autores que han tratado de calcular los costes económicos del ejercicio del poder de mercado. El método tradicional sería aquel que confronta los modelos de competencia perfecta y monopolio. Se mostrará cómo el poder de monopolio permite a las empresas elevar sus precios por encima del coste marginal, apropiándose de parte del excedente del consumidor y, lo que es más importante, dando lugar a un “peso muerto” que la economía pierde. También serán comentadas otras ineficiencias consecuencia del poder de mercado.

No obstante, esta justificación económica no está exenta de críticas. Muchos son los que no confían en la metodología neoclásica para representar la realidad. Esto les lleva a atacar la política de competencia. Especialmente duros se mostrarán los seguidores de la escuela austriaca, para quienes prácticamente cualquier conducta empresarial es considerada como competitiva.

Finalmente, el capítulo concluye con un repaso histórico sobre el funcionamiento de las primeras normas en defensa de la competencia. En EEUU, la defensa de la competencia goza de tradición centenaria, por lo que se analizarán las distintas etapas por las que esta política pública ha pasado. Podrá comprobarse cómo las distintas tendencias políticas han

ido guiando las resoluciones en materia de competencia. Hoy, las autoridades tratan de paliar esta característica de la política de competencia. En este sentido, y como veremos a lo largo de todo el trabajo, el mayor peso que se viene atribuyendo al análisis económico en las investigaciones de competencia se erige como la herramienta clave para tomar decisiones objetivas, libres e independientes.

1. La competencia como valor y condición esencial de una economía libre de mercado.

La promoción y defensa de la competencia por parte de los poderes públicos se fundamenta en la convicción de que ésta contribuye a incrementar el bienestar social. Se trata de anteponer los intereses de la colectividad a los privilegios de unos pocos. Más específicamente, son los efectos derivados de la competencia lo que repercute directa y positivamente en el bienestar comunitario. La economía disfrutaría de mayores niveles de eficiencia en sus procesos y los consumidores accederían a los productos al precio más bajo que la tecnología permitiese, al tiempo que los productores menos hábiles van siendo expulsados a causa precisamente de su escasa capacidad de competir. De este modo, la protección y el estímulo de la competencia se constituye como un objetivo intermedio, una herramienta clave que nos acercará al objetivo final, que no es otro que el interés colectivo y el bienestar de la sociedad en su conjunto (Palma, 2006).

En el terreno estrictamente económico, Petitbó (2013) sintetiza los argumentos que subyacen a la protección de la competencia:

La competencia se defiende porque su contribución a la reducción de precios facilita el control de la inflación y, en consecuencia, el aumento de los salarios reales y la capacidad de consumo de los ciudadanos, ingredientes necesarios para asegurar el crecimiento económico. Complementariamente, el aumento de la producción favorece el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo, lo que, a su vez, favorece la cohesión social sin necesidad de acudir al distorsionador sistema de ayudas públicas. Y, por último, la competencia fomenta la innovación y, en consecuencia, la competitividad empresarial.

Por tanto, la competencia permite que la economía opere con mayores niveles de eficiencia, contiene el nivel de precios, favorece la producción, fomenta la innovación y, en última instancia, mejora el nivel de bienestar de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

Empero, la competencia no solo interesa a los ciudadanos cuando estos actúan como consumidores, del mismo modo que el mecanismo de mercado no solo es recomendable por su evidente impacto en el crecimiento económico. Amartya Sen nos recuerda que sería un error entender el papel del mecanismo de mercado solamente en términos derivativos.

Para ello invoca al propio Adam Smith, quien subrayaba que la libertad de intercambio y transacción constituye, en sí misma, parte integral de las libertades básicas que la gente valora (Sen, 2000: 23).

Sen esboza un interesante enfoque para entender el desarrollo a partir de la expansión de libertades. Dejando de lado la prosperidad material que promueve un mercado competitivo, éste seguiría siendo deseable debido a su capacidad para permitir que los individuos disfruten de una de las libertades fundamentales: la **libertad económica**. Desgraciadamente, y como bien señala Giner Parreño (2010: 39), “*la perspectiva de la contribución de los mercados competitivos al fomento de la libertad individual ha sido sistemáticamente minusvalorada*”.

Los mercados competitivos contribuyen así tanto a fortalecer las libertades de las personas, como a promover el crecimiento económico. Pero hay otro pilar igual de importante que los dos anteriores que se ve fortalecido por el mecanismo de mercado. El profesor Sen (2000: 19) afirma que podemos concebir el **desarrollo** como el proceso de expansión de las libertades reales¹ de que disfrutaban los individuos. Así, la libertad contribuiría decisivamente al proceso de desarrollo por dos razones:

- a) *La **razón de evaluación**. El progreso ha de medirse principalmente en función del aumento que hayan experimentado o no las libertades de los individuos.*
- b) *La **razón de eficacia**. El desarrollo depende totalmente de la libertad de los individuos.*

Para el primer caso, es claro que toda acepción de progreso debe incluir el acceso a servicios de educación, atención médica, así como los derechos políticos, humanos y la libertad económica entre otros rasgos. Del mismo modo, el desarrollo exige la supresión de las principales fuentes de privación de libertad, como la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistémicas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención en los estados represivos. De aquí se desprende que los mercados competitivos, al permitir la

¹ La libertad debe aquí ser entendida en términos de capacidad. Ningún individuo será libre de hacer algo que no sea capaz de hacer.

financiación de los bienes públicos básicos al tiempo que genera riqueza, contribuyen de manera decisiva al proceso de desarrollo vía expansión de libertades reales.

El segundo argumento es más complejo. Sen (2000: 21) considera que la libertad de acción no sólo es una parte “constitutiva” del desarrollo, sino que también coadyuva a fortalecer otros tipos de libertades. Así, las interconexiones que existen entre los distintos tipos de libertad² suponen un importante motor de desarrollo. Si esas relaciones son débiles el proceso de desarrollo se verá diezmado. Es lo que ocurre en países como Gabón, Sudáfrica o Brasil, donde los ciudadanos disfrutan de libertad política y de una renta per cápita superior a los de Cuba o China. Sin embargo, las limitaciones en cuanto a alfabetización y servicios sanitarios públicos en el primer caso, estarían acotando la libertad de acción de los individuos, que se ven condicionados por la falta de servicios sociales. Por otro lado, la escasa renta y la falta de libertades económicas y políticas harían lo propio en el segundo grupo de países; la libertad para participar en el devenir político y en los intercambios económicos (especialmente, pero no solo, la libertad de contrato laboral) desempeña un papel esencial en la vida social. Vemos cómo los distintos tipos de libertad se refuerzan entre sí y son condición *sine qua non* para seguir la senda del desarrollo.

De estas reflexiones de Sen podemos extraer algunas conclusiones de interés para nuestra empresa. Ha quedado claro que la libertad para realizar transacciones, elegir nuestra profesión o emprender un negocio, constituyen libertades fundamentales que los individuos valoran. Esta misma libertad, junto con el crecimiento económico que el mecanismo de mercado promueve, refuerza y expande el ámbito de nuestras libertades reales. Además, la prosperidad económica permite la sostenibilidad de un sistema que procure los servicios fundamentales a todos los ciudadanos, de modo que se les permita expandir su capacidad de vivir más libremente. Finalmente, el desarrollo en sentido amplio se vería impulsado por todo el proceso descrito, pues, como se desprende de todo lo

² Sen (2000: 55) distingue dos dimensiones de la libertad: el “papel constitutivo” y el “papel instrumental” de la libertad en el desarrollo. El papel constitutivo se entiende en función de la importancia de las libertades fundamentales (tales como *evitar la desnutrición, la morbilidad evitable, o gozar de las libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y calcular o la libertad de expresión*) para el enriquecimiento de la vida humana. Entre las libertades instrumentales que contribuyen a que los individuos sean capaces de vivir más libremente, Sen destaca *las libertades políticas, los servicios económicos, las oportunidades sociales, las garantías de transparencia y la seguridad protectora*.

anterior, la libertad no solo es el objetivo primordial del desarrollo, sino también su medio principal.

Ahora estamos en condiciones de afirmar que la defensa de la competencia es una manifestación fundamental de la libertad de empresa y una condición imprescindible para el desarrollo. En el preámbulo de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) de España se recoge lo siguiente:

El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva (...) disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

La competencia, considerada como fuerza motriz de la economía de mercado, consagra y refuerza los valores democráticos al tiempo que exige a las corporaciones un comportamiento eficiente que repercute, en última instancia, en los consumidores. La atomización del poder de mercado, característico de los mercados en competencia, permite a los agentes económicos tomar decisiones en un escenario de libertad. De aquí, y de todo lo comentado con anterioridad, se deriva que defender y reforzar la competencia es contribuir a la defensa y el reforzamiento de la libertad y la democracia. Esto explica la actual tendencia de la mayoría de países de dotarse de las instituciones pertinentes para que salvaguarden e impulsen la competencia³.

Puede por tanto afirmarse que solo conseguiremos economías ciertamente libres en la medida en que reine una competencia efectiva, y esto se consigue por medio de una acertada política de promoción y defensa de la competencia. Como veremos más adelante,

³ Hoy en día, más de 100 países han puesto en marcha sistemas de defensa de la competencia, y este número va en aumento. En la décima Conferencia Anual de la *International Competition Network*, en mayo de 2011, asistieron un total de 117 autoridades de competencia de todo el mundo. (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/346&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>), consultada el 24/07/2012.

los agentes económicos actuando en plena libertad encontrarán incentivos para esquivar el proceso competitivo y cooperar para lograr beneficios extraordinarios. Tal situación exige regulación y supervisión. De aquí se extrae una de las grandes paradojas de la economía liberal: para que una economía sea realmente libre, resulta imprescindible la intervención de los poderes públicos para regular y sancionar aquellos comportamientos que desvirtúen el proceso competitivo y afecte a sus resultados. Lo mismo ocurre con otras esferas de la vida humana. Pocos afirmarían que los individuos de una sociedad carente de leyes gozan de libertad real. Para que ésta se diese, al menos en los niveles que buena parte del mundo desarrollado hoy conoce, han sido necesarios cientos de años de civilización hasta establecer las normas que han permitido el respeto de los unos a las libertades de los otros. Uno de los pioneros en esta materia como Hobbes (2009: 1651, 187) afirmaba en *Leviatán*:

Libertad significa, propiamente, ausencia de oposición; por oposición quiero decir impedimentos externos del movimiento (...) Un hombre libre es aquel que, en aquellas cosas que puede hacer en virtud de su propia fuerza e ingenio, no se ve impedido en la realización de lo que tiene voluntad de llevar a cabo.

Llevando las premisas de Hobbes al terreno económico, podríamos plantearnos si los individuos tienen o no la libertad de participar en una industria determinada, es decir, para ejercer su libertad de empresa. Si no existiesen obstáculos al comercio -ya sean legales, o sean barreras levantadas por otros agentes- podríamos reconsiderar la cuestión de la defensa de la competencia. Sin embargo, sabemos por experiencia que el mecanismo de mercado, por sí mismo, no permite que los individuos ejerzan su libertad (en términos de capacidad) económica.

A esto hay que añadir que la política de competencia adquiere especial trascendencia cuando nos encontramos ante escenarios tales como el de la UE, donde los costes de la moneda única han supuesto la renuncia a la política monetaria y del control de los tipos de cambio. Sin estas dos, históricamente relevantes, herramientas de política económica, las políticas estructurales microeconómicas –tales como la política de defensa de la competencia- juegan un papel protagonista en aras de aumentar la productividad y la competitividad de la economía europea. En este sentido, la Comisión Europea (1999a) destaca que el reto de la política de competencia a escala europea trata de responder a dos

exigencias: “la integración de los mercados nacionales en un único espacio económico y el establecimiento de la competencia como fuerza motriz de la economía”⁴.

De lo anterior se deduce la creciente importancia que viene adquiriendo la política de defensa de la competencia en España, cuya economía se ha caracterizado por una baja productividad y una histórica falta de competitividad derivada de los diferenciales de inflación. La experiencia que supuso el proceso liberalizador impulsado por el gobierno conservador en el ocaso del siglo XX demuestra que la introducción de competencia puede convertirse en un factor clave para la lucha contra la inflación. Las ganancias en eficiencia al liberalizar e introducir competencia en sectores estratégicos como las telecomunicaciones o la energía facilitan la estabilidad de precios, pues los efectos se extienden por todo el sistema productivo (Palma, 2006).

2. Una reflexión acerca del concepto de competencia

Pocos son los economistas que dudan hoy de la capacidad del mercado para cumplir con éxito su función fundamental: la asignación eficiente de los recursos escasos que disponemos. A pesar de ello, estos dos siglos de vigencia del capitalismo han puesto de manifiesto la existencia de ciertas imperfecciones o fallos del mercado que limitan la eficacia de su actuación y justifican la intervención del Estado. Establecer las condiciones de competencia en el mercado, así como impulsar las instituciones que aseguren su sostenibilidad, cobran un progresivo interés general por los motivos que se detallarán en el siguiente epígrafe: la pérdida de bienestar social que conlleva la ausencia de competencia.

Ahora bien, conviene apuntar la actual falta de consenso académico a la hora de establecer los mecanismos necesarios que garanticen la competencia en los mercados. Como no podía ser de otra manera, los estratos más ortodoxos y conservadores del espectro económico, a pesar de su confianza en la competencia como principio rector del sistema económico, reniegan de una decidida intervención para preservarla y extenderla, amparándose en su defensa a ultranza del *laissez-faire*. El debate acerca del tratamiento que debe darse a los

⁴Introducción del *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CE*. Diario Oficial nº C 132 de 12/05/1999.

fallos del mercado es, por tanto, objeto de controversia intelectual. En nuestro caso, podemos encontrar una larga discusión doctrinal acerca de cómo aproximar el mercado real a los supuestos postulados en el modelo de competencia perfecta. En torno a esta cuestión girará el siguiente capítulo.

2.1. ¿Qué se entiende por competencia?

Antes de proseguir con el análisis conviene acotar el concepto de competencia, así como enumerar los elementos esenciales que la teoría económica recoge para el modelo de competencia perfecta. Éste guiará el análisis y servirá de referencia para las autoridades encargadas de defender la competencia en los mercados; pero en ningún caso el objetivo de las agencias de competencia consistirá en transformar los mercados reales en mercados con las características descritas en los manuales. El modelo ideal nos empuja a buscar aproximaciones menos rigurosas desde el punto de vista doctrinal, pero más operativas a la hora de diseñar una adecuada política que impulse y defienda la competencia.

Siguiendo a Palma (2006), se pretende ofrecer una aproximación al concepto de competencia desde cuatro perspectivas complementarias. En primer lugar se presenta la concepción más ortodoxa, de manual, para la que hemos tomado a Torres López (2005) como referencia. A ésta le sigue una aproximación más cercana y divulgativa de la mano de Fernández Ordoñez (2000). A continuación comentaremos someramente la noción de competencia desde las dos visiones, estructural y dinámica, propias de la Economía Industrial. Una definición más operativa es la que se incluye en el “Glosario de Economía Industrial y Defensa de las Competencia” de la OCDE (1995). Finalmente se incluye una modelización del comportamiento competitivo a partir de formulaciones propias de la lógica y la filosofía analítica.

I. El concepto de los manuales: competencia en términos neoclásicos.

Existe un consenso casi absoluto en cuanto a los requisitos que debe cumplir un mercado para que se le considere de competencia perfecta. Estas condiciones pueden observarse en dos planos distintos: el primero estaría determinado por la conducta de los consumidores y

productores, mientras que el segundo viene configurado por la estructura del mercado donde se realizan los intercambios (Torres López, 2005: 108).

La conducta de los agentes económicos viene determinada por cuatro rasgos fundamentales que el modelo supone que siempre se cumplen: individualismo, racionalidad, egoísmo y estrategia optimizadora para la consecución de sus objetivos. El problema de los agentes queda reducido a maximizar una función⁵ sujeta a restricciones. Dicho comportamiento se identifica con la supuesta naturaleza del ser humano, quedando éste en un plano egoísta y calculador. El denominado *homo economicus*.

Por otro lado, los condicionantes relativos a la estructura del mercado para que pueda desarrollarse la competencia perfecta pueden resumirse en cuatro: libre concurrencia⁶, homogeneidad del producto, ausencia de barreras de entrada y salida⁷, e información perfecta o gratuita⁸.

II. Un concepto divulgativo.

Aportaciones como la de Fernández Ordóñez (2000) resultan de gran utilidad para, de alguna manera, popularizar el concepto de competencia. Quizá uno de los motivos que ha ido paulatinamente separando la ciencia económica de la realidad ha sido el empeño de algunos economistas por codificar sus teorías, de modo que el lector corriente fue quedando excluido de los avances en materia económica, lo que a su vez genera

⁵ Las originales son las de utilidad y beneficio, pero el análisis económico se ha ido extendiendo por el amplio abanico de las ciencias sociales hasta abarcar temas tan dispares como el crimen o los suicidios.

⁶ Se refiere a que debe existir un elevado número de compradores y vendedores en el mercado. Además, ninguno de ellos tendrá la capacidad de influir sobre el precio; por eso hablamos de operadores precio-aceptantes. Esto da lugar a una situación ciertamente contradictoria: las empresas oferentes pueden operar de un modo independiente a la conducta de sus competidores. En un mercado tildado de competencia perfecta, la rivalidad –en el sentido de confrontación– parece brillar por su ausencia.

⁷ Esta restricción engloba a su vez tres realidades de naturaleza diversa: primero, el Estado no debe intervenir en el proceso de fijación de precios, resultando éstos del equilibrio en el libre juego de fuerzas de la oferta y la demanda. En segundo lugar, los agentes no deben llevar a cabo estrategias que restrinjan el libre juego de fuerzas mencionado. Por último, no deben existir condicionantes legales a la entrada o salida del mercado por parte de los operadores participantes.

⁸ El cumplimiento de este requisito es condición necesaria para que se cumpla la hipótesis de racionalidad, pues los individuos deben disponer de toda la información existente para enfrentar los costes y beneficios derivados de sus conductas.

desconfianza y falta de interés hacia el particular. Haciendo justamente lo contrario, Fernández Ordóñez nos presenta el concepto de competencia libre de tecnicismos, de un modo fácilmente interpretativo.

El autor señala que deben confluír tres condiciones: primero, que la actuación de los agentes económicos se caracterice por la rivalidad, con esto se refiere a que luchen por el mercado. En segundo lugar, la soberanía del consumidor ha de ser realmente ejecutable. Es decir, no puede haber impedimentos geográficos o de información que restrinjan el susodicho ejercicio de elección real. En tercer lugar, las condiciones de entrada y salida al mercado no deben mermar el efecto de la competencia potencial. El ajuste económico no debe ser obstruido por decisiones arbitrarias o discrecionales.

III. La competencia bajo el prisma de la economía industrial

A pesar de que las aportaciones realizadas por la Economía Industrial al desarrollo de la legislación antimonopolio fueron abordadas en el capítulo anterior, conviene comentar en el presente apartado las aproximaciones al concepto de competencia que ofrece esta subdisciplina. Se rescatan los dos modelos teóricos que gozan de mayor aceptación.

En primer lugar encontramos el concepto ortodoxo de competencia derivado del análisis neoclásico, de marcado carácter estático y estructural; lo identificamos con el modelo estilizado de competencia perfecta de los manuales, comentado con anterioridad. En este escenario, la configuración estructural de un mercado se consideraría determinante de la conducta de las empresas y de los resultados obtenidos (Fernández de Castro y Duch, 2003: 3).

En oposición a esta aproximación estructural y estática, podemos concebir la competencia como un proceso dinámico de lucha de las empresas por la supervivencia al que algunos autores han calificado como “darwinismo económico”. En este sentido, la estructura ya no es determinante, pasando a ser la conducta empresarial –materializada en acciones de carácter estratégico- la que orienta la dinámica del mercado. Bajo esta perspectiva, destaca el papel jugado por la capacidad innovadora de las empresas, concebida como auténtico motor del sistema y base del desarrollo económico.

Esta concepción, claramente en consonancia con la Escuela Austriaca y, en menor medida, con la Escuela de Chicago, contrasta con el paradigma estructuralista característico de la otra gran corriente norteamericana, la Escuela de Harvard. Tanto los Austriacos como los liberales radicales de Chicago verán con buenos ojos el poder de mercado y el disfrute de beneficios extraordinarios por parte de las compañías al considerar, por un lado, que dicha posición dominante es mérito de la propia empresa; y por otro, que la percepción de rentas extraordinarias tendrá un horizonte temporal limitado debido a la dinámica de los mercados. El principal problema de esta aproximación es que, al no contar con un modelo de mercado estructuralmente definido que defender, la aplicación de la política de competencia adquiere una gran complejidad. Como señala Palma (2006), esta complejidad “se acentúa si tenemos en cuenta la necesidad de diseños institucionales que permitan, simultáneamente, el impulso innovador y una situación de competencia suficiente en el mercado. La combinación adecuada de ambas fuerzas determinará la eficiencia del sistema”.

IV. El concepto práctico: “*Workable competition*”

La OCDE (1995: 40) entiende el concepto de competencia en su sentido más práctico, inspirado por la “*workable competition*” que formuló Clark en 1940⁹. En el Glosario¹⁰ se afirma:

Puesto que la competencia perfecta no existe, las teorías que se fundan sobre ella no pueden proporcionar orientaciones prácticas y valederas para la política de competencia.

Al trabajo de Clark le sucedieron multitud de artículos y estudios acerca del controvertido concepto de “competencia operativa”. Stephen Sosnick (1958) sintetizó las nuevas ideas mediante un completo esquema que definía la competencia en términos prácticos, operativos, o practicables a partir de tres criterios:

⁹ Clarke afirmó que el objetivo de la política debía ser hacer la competencia “practicable”, no necesariamente perfecta. Para ello propuso distintos criterios, lo que provocó una serie de revisiones y propuestas. Dichos criterios se entendían de un modo amplio, por ejemplo, el número de empresas debía ser tan grande como las economías de escala permitiese, los gastos de promoción no debían ser excesivos y la publicidad debía ser meramente informativa. Puede verse una descripción detallada de la *workable competition* de Clark en cualquier manual de economía industrial como Ferguson, 1988:17-18.

¹⁰ Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, OCDE.
<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf> . Consultada el 20/06/2013.

a) Criterio estructural:

- El número de empresas debe ser al menos tan grande como las economías de escala lo permitan.
- No deben existir barreras artificiales a la entrada o salida de la industria.
- No debe haber grandes diferencias en el precio y la calidad de los productos ofrecidos.

b) Criterio de conducta:

- Debe existir en la mente de los competidores cierto grado de incertidumbre en cuanto a si las iniciativas en precios serán seguidas por los mismos.
- Las empresas deben esforzarse por alcanzar sus objetivos de forma independiente, sin colusión.
- No debe haber prácticas desleales, predatorias o coercitivas.
- Los oferentes y clientes ineficientes no deben estar protegidos.
- La publicidad debe ser informativa, o al menos no persuasiva.
- No debe haber discriminación de precios dañina de forma persistente.

c) Criterio de comportamiento:

- Las operaciones de producción y distribución deben ser eficientes y no despilfarrar recursos.
- Los niveles de producción y la calidad de los productos deben responder a la demanda del consumidor.
- Los beneficios deben alcanzar el nivel suficiente como para recompensar la inversión, la eficiencia y la innovación.
- Los precios deben fomentar la elección racional, guiar los mercados hacia el equilibrio y no intensificar la inestabilidad cíclica.
- Las oportunidades para introducir técnicas superiores para nuevos productos y procesos deben ser explotadas.

- Los gastos en promoción no deben ser excesivos.
- El éxito debe acumularse en aquellos vendedores que mejor satisfagan los deseos de los consumidores.

A pesar de las dificultades que entraña la inexactitud de su definición, el concepto de “*workable competition*” ha permanecido como guía intuitiva y sigue siendo útil. De hecho, el término aparece en diversos documentos de la Comisión Europea, asimilándose en su uso al de competencia efectiva (Varela Carid, 2006). Este último término tampoco se encuentra específicamente delimitado, ni en teoría ni en la práctica. ¿Qué entiende la Comisión por *competencia efectiva*?

Siguiendo a Bishop y Walker (2010: 16- 21), podemos acotar la competencia efectiva a partir de tres aristas:

- a) Competencia efectiva como proceso de **rivalidad**. Ésta es una de las características fundamentales del proceso competitivo. La lucha entre empresas es precisamente la que genera beneficios que son transferidos al consumidor. Es importante discernir entre las prácticas empresariales que minen sin legítimas razones la rivalidad en una industria, de aquéllas que lo hagan basándose en motivos de peso (distinción ente dañar a la competencia o dañar a los competidores).
- b) Competencia efectiva entendida como **ausencia de restricciones**. Consiste en que las empresas no limiten el comportamiento de otras empresas a través de sus propias acciones. Sin embargo, cualquier contrato firmado entre compañías da lugar a imposiciones entre ambas, lo que obliga a fijar unos umbrales (de *minimis*) a partir de los cuales se considera que tales acciones socavan la competencia efectiva en el mercado en cuestión.
- c) Situación en la que ninguna empresa tiene la capacidad de **influir sobre el precio**. Esta visión de la competencia efectiva procede del análisis microeconómico (modelo de competencia perfecta) que estudiaremos a continuación. Su principal implicación (además de las empresas precio-aceptantes) reside en que el precio de los bienes se iguala al coste marginal (precio natural de Smith). Sin embargo, las

características del modelo de competencia perfecta son la excepción en los mercados reales, de modo que debemos tomar con precaución esta definición de competencia efectiva para el diseño y aplicación de la política de competencia.

Ninguna de estas premisas recoge en su totalidad el concepto de competencia efectiva. La ausencia de una definición aceptada por todos no favorece el diseño de una acertada política de competencia. Sin embargo, hemos visto que la competencia interesa defenderla por las utilidades que se desprenden de ella, no por sí misma. Lo que importa son los beneficios que el proceso competitivo genera y que aquéllos se transmitan a los consumidores. De este modo, la forma que tome la competencia no es lo realmente importante, lo determinante son los resultados que origine. Podemos por tanto afirmar que existirá o no una competencia efectiva en un mercado dependiendo de los resultados que se produzcan en el mismo (Bishop y Walker, 2010: 21).

Si lo realmente relevante para la sociedad son los resultados que arroje el mecanismo de mercado, más que la estructura de los propios mercados, cabe preguntarse cuál es el comportamiento competitivo que permite alcanzar los resultados deseados. Con tal cometido hemos incluido para cerrar el epígrafe una discusión acerca de la competencia en sentido amplio, de modo que podamos esclarecer algunas cuestiones que suelen ser objeto de controversia.

2.2. Una modelización del comportamiento competitivo.

Para la elaboración de este sub-epígrafe hemos tomado como referencia el modelo propuesto por Oliver Black (2010: 8- 27). Como todo modelo, lo que trata de representar son los casos y conceptos centrales de la competencia, acordes con nuestros juicios intuitivos¹¹, más que especificar condiciones necesarias y suficientes de dichos conceptos.

Para simplificar vamos a suponer una competencia entre dos partes, que pueden ser individuos, empresas o grupos. Decimos que X e Y compiten el uno con el otro, sí y solo sí hay acciones A_x y A_y que permiten alcanzar los objetivos G_x y G_y . La idea es que cada una

¹¹ En el caso de la competencia hay que ser realmente prudente con nuestros juicios intuitivos, pues dicho concepto en economía guarda, como estamos viendo, una dimensión teórica que está ausente en su uso cotidiano.

de las partes configura su acción (entendida en sentido amplio) con la intención de alcanzar su propio objetivo (también concebido en sentido amplio). Esta premisa se adapta a que las partes en cuestión puedan competir en algunos aspectos, pero no en otros.

Son dignas de mención las connotaciones existentes entre las expresiones “X e Y están en una competencia entre sí” y “X e Y compiten entre sí”. Aunque a primera vista parecen reflejar lo mismo, podemos imaginar situaciones en las que X e Y puedan estar compitiendo sin estar en una competencia. Esta última situación alude a la competición en cuestión. Tal particularidad no es indiferente para la política *antitrust*. Si bien la política de competencia se ocupa en general de la competencia en sentido estricto, cierto ámbito de actuación de aquélla concierne también a “competiciones”. Es lo que sucede con las reglas específicas de contratación de organismos públicos y las concesiones públicas.

El núcleo del modelo de Black (2010: 10) sería:

- (1) X hace Ax con la intención de alcanzar Gx
- (2) Y hace Ay con la intención de alcanzar Gy
- (3) X logra Gx solo si Y no alcanza Gy¹²

Veamos el modelo con un ejemplo: X pone en marcha un programa de I+D (Ax) con la intención de, mejorando su proceso de producción, llegar hasta una cuota de mercado del 75% para el siguiente ejercicio (Gx). Al mismo tiempo, Y lanza una campaña publicitaria (Ay) con la intención de incrementar sus ventas hasta una cuota de mercado del 60% (Gy). Lógica y matemáticamente, X solo tendrá éxito si Y no lo tiene y viceversa. A lo largo de este apartado se irán comentando casos que no se ajustan con tanta facilidad al modelo.

A continuación vamos a discutir las distintas relaciones que pueden observarse entre que X logre su objetivo y que Y no haga lo propio. En el sencillo ejemplo que hemos descrito, la relación entre ambos objetivos es vinculante: aritméticamente es imposible que entre las dos empresas superen una cuota de mercado del 100%.

¹² Esta cláusula expresa la “consecución de objetivo mutuamente excluyente” (“mutually exclusive goal attainment”), Kohn (1992) la define como competencia “estructural.”

Si (3) es cierta, también lo será su inversa: Y logra G_y solo si X no alcanza G_x . Podemos por tanto aseverar que, en estos casos, la competencia es simétrica. Si variamos (3) sustituyendo “solo si” por “sí y solo sí”, el modelo pasa a describir una situación en la que, o bien X, o bien Y tienen éxito, pero solo una de las dos. También podríamos extender el alcance del modelo (a costa eso sí, de una mayor indeterminación) relajando la condicional “solo si”. De este modo, (3) podría ser reformulada para indicar que, si Y alcanza G_y , esto hará que X encuentre más dificultades (al menos en ciertos aspectos) para lograr G_x . En esta última versión la competencia no es simétrica, a menos que incluyamos la cláusula adicional que si X logra G_x también será más difícil para Y alcanzar G_y .

El modelo también puede recoger la particularidad de que, como sucede en muchos casos de competencia, los competidores tengan el mismo objetivo. Esto implica añadir una cláusula adicional al modelo:

$$(4) G_x = G_y$$

Empero, esto no se cumple en la totalidad de los casos. Los competidores pueden tener objetivos distintos. Además, hay que considerar el problema de la indeterminación: la gente tiende a definir difusamente sus metas y a hacer uso de distintos criterios para acotarlas. Por otro lado, si las partes tienen varios objetivos, el modelo se adaptaría enunciando que X e Y compiten en (1)- (3), incluyéndose (4) únicamente en los objetivos comunes.

Volvamos al caso en que las partes solo contemplen la consecución de un único objetivo. Supongamos que Z necesita 100 kg. de naranjas. El objetivo de X es suministrar a Z con el 80% de su demanda, mientras que el objetivo de Y es proveer a Z con 80 kg. de naranjas. Obviamente, 80 kg. de naranjas es equivalente al 80% de la demanda de Z. ¿Podríamos decir que comparten el mismo objetivo (4)? Esta no es una cuestión trivial para la política de competencia. Las autoridades suelen perseguir más los acuerdos para suministrar una proporción fija de las necesidades de una empresa que los consistentes en proveer una cantidad específica. El motivo, no demasiado consistente, es que el primer tipo de acuerdos es excluyente, mientras que el segundo lo sería solo de modo contingente. El carácter excluyente del segundo objetivo no procede de la meta en sí, sino de las limitadas necesidades de Z.

Por tanto los objetivos son diferentes. La clave de la respuesta hay que buscarla en las intenciones¹³ que subyacen a ambos fines. Aunque en nuestro ejemplo concreto las dos metas denotan la misma realidad, los móviles de las partes se mantienen distintos. Es posible –e incluso probable- que, en sucesivos ejercicios, X tenga el objetivo de suministrar a Z el 80% de su demanda de naranjas, sin que esto implique transferirle, exactamente, 80 kg. de naranjas.

Supongamos ahora que X e Y tienen ambos el objetivo de suministrar a Z el 80% de su demanda. En este caso, (4) se cumpliría únicamente en apariencia. Podría objetarse que los objetivos parecen iguales por el hecho de que se encuentran definidos vagamente. Para representar los objetivos de forma precisa habría que enunciar que “el objetivo de X consiste en que él suministre a Z el 80% de su demanda, mientras que el objetivo de Y sería que *él* abastezca a Z con el 80% de la misma”. Pero incluso en este caso estaríamos hablando de objetivos distintos, puesto que conciernen a personas distintas. No parecen necesarios más argumentos para concluir que (4) no conforma el corazón del modelo general de competencia. Lo que ocurre es que, ocasionalmente, las partes pueden competir por el mismo objetivo, por lo que solo recurriremos a (4) en los casos que así lo exijan.

Por otro lado, para todo (1)- (4), X e Y pueden no tener conocimiento de lo que la contraparte esté haciendo; es más, puede que incluso no sepan de su existencia (mercados casi en competencia perfecta). Sin embargo, normalmente habrá un grado de mutua conciencia. Esto sucede especialmente cuando consideramos el carácter de rivalidad en el proceso competitivo, que discutiremos con posterioridad. En este caso, cada una de las partes puede saber lo que su rival esté haciendo, procurando ambos aumentar sus cuotas de mercado en función del comportamiento de la contraparte. En estos casos, el modelo puede ser completado con:

(5) X e Y conocen (1)- (3).

Se puede sustituir la palabra “conocen” por “justificadamente creen”; o simplemente por “creen”. La cláusula (5) también puede incluir fórmulas del tipo “X sabe que Y sabe”; o

¹³ “X tiene el objetivo de ...” o bien “el objetivo de X es ...” son claramente sentencias intencionales.

versiones comunes del tipo “X tiene el mismo conocimiento que Y de (1)- (3)”;

o introducir asimetrías, de modo que podamos decir que “X conoce más que Y”; o limitar el conocimiento de ambas partes a una subclase de (1)- (3). Puede apreciarse la facilidad con la que el modelo se adapta para recoger las distintas contingencias de la situación competitiva.

El siguiente paso en nuestra modelización será incluir el carácter de **rivalidad**, hasta ahora ausente de las cláusulas (1)- (5). Muchos son lo que consideran que competencia y rivalidad son conceptos íntimamente relacionados. La esencia de la rivalidad consiste en que X no trata simplemente de alcanzar Gx, sino que también procura evitar que Y logre Gy. En ocasiones se observan conexiones instrumentales entre ambos objetivos: X busca alcanzar Gx como un medio para frustrar los esfuerzos de Y para lograr Gy. Estas situaciones se capturan modificando (1) como sigue:

- (1a) X hace Ax con la intención de lograr Gx y con la intención de evitar que Y alcance Gy;
- (1b) X hace Ax con la intención de lograr Gx y así impedir que Y alcance Gy;
- (1c) X hace Ax con la intención de evitar que Y logre Gy.

La cláusula (3)¹⁴ de nuestro modelo inicial permanecerá inalterada. En cambio, (2)¹⁵ debe ser modificada adaptando las nuevas proposiciones (1a) y (1b); sin embargo, en el caso de (1c), (2) debe conservar su forma original para evitar caer en una indeterminación circular: el objetivo de X es evitar que Y logre Gy, cuyo objetivo es impedir que X logre Gx.

Quienes identifican la competencia con rivalidad pueden aducir que (1a) se deriva de (1) y (3): Si X hace Ax con la intención de alcanzar Gx, y X logra Gx solo si Y no logra Gy, entonces X hace Ax con la intención de que Y no alcance Gy (que es justamente otra forma de decir que X hace Ax con la intención de evitar que Y alcance Gy). Pero esta objeción es falsa, pues la intención no se encuentra encerrada en la condicional¹⁶. Es necesario por tanto adaptar el modelo del modo que recogen las tres cláusulas adicionales.

¹⁴ X logra Gx solo si Y no logra Gy

¹⁵ Y hace Ay con la intención de lograr Gy.

¹⁶ Un gobernador poco hábil (lo que no parece ser la excepción) puede ofrecer grandes sumas de dinero a sus gobernados para que estos disfruten de las comodidades de la vida. Pero, si hace esto, la inflación

2.2.1. Otros aspectos de la competencia

Una vez asentado el modelo podemos relacionarlo con los factores más relevantes que comúnmente se asocian con la competencia. Como se mostrará a continuación, y al igual que sucedió con la rivalidad, el esquema propuesto puede modificarse levemente si fuese necesario para recoger rigurosamente la circunstancia en cuestión.

Hay autores que discuten la relación existente entre competencia y escasez, entendiendo que la primera no puede existir sin la segunda. Concretamente, Simmel (1955: 67-68)¹⁷ afirma que la competencia por algo que no estuviese disponible o no fuese accesible para todos los competidores y se acumulase únicamente en los ganadores, no podría ser tildada de competencia como tal. Esto se debe a que los competidores no se esforzarían por algo que saben que no está a su alcance. De aquí se deriva también el vínculo existente entre competencia e incertidumbre. Como sostiene Simmel, no puede concebirse la competencia por algo que a ciencia cierta acabará devengándose por los vencedores del proceso competitivo. Para que exista la competencia, el resultado de la misma no puede ser inequívocamente anticipado.

También los autores austriacos relacionan la competencia con la incertidumbre. Ya hemos visto cómo esta corriente de pensamiento entiende la competencia como un proceso de descubrimiento en el que los agentes utilizan la información subjetiva de su experiencia y sus expectativas para alcanzar sus objetivos. Bajo este enfoque sería inconcebible suponer que la información que debe ser descubierta a través del proceso competitivo estuviese disponible de antemano. Nuevamente, la competencia exige incertidumbre.

Hay autores que hablan más en términos de oportunidades. Callois (2001: 74)¹⁸ afirma que competencia y oportunidad son conceptos paralelos y complementarios. Incluso llega a afirmar que hay una compatibilidad básica entre ellos.

terminará por arruinar esa sociedad. En ningún caso la intención del gobernador es arruinar a su país, sino todo lo contrario.

¹⁷ Citado en Black (2010).

¹⁸ Citado en Black (2010).

Otra discusión adicional consiste en distinguir entre los casos en los que los objetivos, Gx y Gy, son constitutivos¹⁹, de aquéllos en los que son externos a la situación competitiva. Ambas situaciones están recogidas en el modelo. Por definición, los objetivos constitutivos han de determinarse en un marco de normas constitutivas, como sucede en el deporte. El reglamento del fútbol es constitutivo del juego, en el sentido de que si algún equipo lo infringe, el partido se detiene y se sanciona a la escuadra en cuestión. Del mismo modo, el objetivo de ambos equipos de hacer goles es constitutivo del juego, pues el que más logre saldrá victorioso. Sin embargo, y he aquí la particularidad, los equipos juegan para ganar campeonatos, y este objetivo es externo al juego del fútbol. Vencer un torneo sería un objetivo no constitutivo del fútbol.

En la economía, la legislación antimonopolio que gobierna las acciones de las partes es reguladora más que constitutiva de la competencia, mientras que los objetivos de las corporaciones son mayoritariamente externos a la situación competitiva²⁰. Esto no impide que las empresas puedan competir por los mismos objetivos constitutivos: sería el caso en el que *producir naranjas de la mayor calidad* se erigiese como cruz de guía de los estatutos corporativos de X e Y.

También es interesante distinguir entre competencia voluntaria e involuntaria. Hay autores como Fielding (1976: 138- 39)²¹ que afirman que la competencia involuntaria no es realmente competencia: *“Uno no puede competir fuera de una situación competitiva, ni puede competir en una competición sin un motivo competitivo. Esto excluye la idea de competir contra la propia voluntad de uno mismo; sin embargo, es posible participar en una competición sin un motivo competitivo, por ejemplo, es posible que no deseemos participar o ganar, o incluso es posible de que no seamos conscientes de que hay una competición en marcha”*.

Así que para Fielding, la competencia involuntaria o no deseada es imposible; no sería competencia. Uno solo podría propiamente competir con un motivo competitivo. Para que

¹⁹ Flew (1983) sostiene que la competencia puede servir como medio para la asignación de recursos escasos que sean *internos* a la propia competencia (en el sentido de competición). Dearden (1972) añade que la propia competencia, antes que algunos objetivos, es *intrínseca* a ciertos juegos. Tanto “intrínseco” como “interno” son adjetivos de similar semántica que “constitutivo” en nuestra discusión (Black, 2010: 21)

²⁰ Ciertos objetivos generales como alcanzar o mantener una ventajosa posición económica en el mercado son ciertamente constitutivos de la competencia.

²¹ Citado en Black (2010: 23)

el modelo recogiese esta realidad habría que añadir “deseada” o “no deseada” a las cláusulas (1) y (2). Sin embargo, esto no reflejaría la particularidad de que X estuviese dispuesto a emprender una acción específica, pero no desearía hacerla en competencia. Para recoger esta realidad habría que añadir una cláusula adicional a (1):

(1e) X hace Ax con la intención de alcanzar Gx, pero, dado su conocimiento por (3), lo hace sin intención (*he does so unwillingly*).

Por tanto, según Fielding solo podría entenderse la competencia a partir de motivos competitivos. Hay que advertir que esta conclusión a la que llega es cuestionable, ya que presupone una estrecha conexión entre motivación y voluntad. Fielding pone como ejemplo el caso en que un alumno corre de mala gana en una carrera de fondo; el estudiante estaría no solo participando en una competición, sino también compitiendo.

2.2.2. La competencia económica

Vamos a aplicar el modelo que hemos esbozado a situaciones que suelen producirse en los mercados reales. El caso en que dos empresas se plantean como objetivo alcanzar una determinada cuota de mercado, cuya suma excede el 100 %, hemos visto que encaja con facilidad en nuestro esquema. Sin embargo, ya sabemos que la competencia puede adoptar formas muy diversas.

Supongamos que X e Y compiten en un mercado muy atomizado, por ejemplo, son vendedores de fruta en un mercado callejero. ¿Cuáles serían las acciones y objetivos de los protagonistas de nuestro ejemplo a partir del modelo descrito? Podemos distinguir:

- a. Las actividades, tales como adquirir mercancías de un proveedor, que son necesarias o deseables para las ventas.
- b. Las ventas en sí mismas.
- c. La obtención de un beneficio sobre el capital invertido en el negocio.

Una opción sería tratar las ventas como Ax y Ay, y la obtención de beneficios como Gx y Gy. En este caso, (3) no estaría presente, pues ambas partes pueden obtener (de hecho

sería lo normal) un beneficio positivo. Por tanto, si X e Y estuviesen compitiendo por el fin aludido, el modelo falla. Por ello, vamos a redefinir el objetivo de ambas partes: el objetivo de ambos competidores será maximizar²² su beneficio, adoptando la realista suposición de que X alcanza su objetivo solo si Y no hace lo propio, y viceversa.

Vamos a suponer que el objetivo de X e Y consiste en alcanzar unas determinadas tasas de beneficio (en lugar de el valor máximo de éste). En este caso (3) concurrirá en función del valor que tomen dichas tasas, si son excesivamente bajas, puede que X e Y no compitan respecto a sus objetivos de alcanzar las tasas en cuestión. Sin embargo, esto no quiere decir que no compitan en absoluto. Podemos considerar las actividades necesarias para las ventas, A_x y A_y , y las ventas como G_x y G_y . Por ejemplo, X e Y pueden tener ambos el objetivo de suministrar a Z su demanda de naranjas. En esta ocasión (3) estaría presente, pues X tendrá éxito solo si Y no lo tiene, y al contrario.

Pero X e Y pueden estar compitiendo incluso si tratan de vender a distintos clientes. Para recoger este hecho, el modelo debe ser reelaborado, de modo que abarque la competencia indirecta a través de una cadena de sustitución. De tal modo que X competiría con Y, quien a su vez competiría con A, quien a su vez competiría con B, y así hasta retornar a X. Esta sería una competencia **transitiva**.

Una de las características que las leyes de competencia suelen resaltar es que ésta influye en las condiciones que las empresas ofrecen a los consumidores. Los precios de X son más bajos para no verse desplazado por Y en el mercado. Enseguida veremos que ésta es una característica subsumida en el modelo original.

Imaginemos que X e Y tienen el objetivo de proveer a Z a un precio de 2€, y que X consigue la venta, pero debido a la presión competitiva de Y el precio se fija en 1,5€. Este efecto motiva la aplicación de la cláusula (5)²³ para estos casos. La condición (3) también

²² Cuando decimos que X maximiza su beneficio estamos haciendo referencia al mayor nivel de éste que X puede alcanzar en ausencia de la suposición de que Y hace A_y para maximizar su beneficio. Si el máximo beneficio de X fuese calculado bajo el supuesto de que Y hace A_y , la inconsistencia permanecería en el modelo.

²³ X e Y conocen (1)- (3).

estaría presente, pues X ofertaría a 2€ solo si Y no lo hiciese. No pueden ambos satisfacer la demanda de Z.

Una variante sería decir que Y disciplina el comportamiento de X sin competir con él, en virtud del simple hecho de que Y pudiese vender el producto a Z. Este caso permite incluso que Y no esté presente en ese momento en el mercado relevante. También esta realidad es compatible con el modelo de Black (2010), pues deja abierta la posibilidad de que los actores económicos racionales tomen decisiones sobre las condiciones ofrecidas en función de su competidor.

Hasta ahora el esquema ha recogido las principales características asociadas al proceso competitivo. Sin embargo, alguien podría objetar que el modelo no se ocupa de uno de los principales beneficios de la competencia: su repercusión en el crecimiento económico. A través del proceso competitivo, los competidores deberían alcanzar objetivos que de otro modo les sería imposible conseguir. Bajo esta perspectiva no se cumpliría (3). Sin embargo, lo realmente importante en este caso es que las partes actúen con intenciones de **rivalidad** en alguno de los modos esbozados con anterioridad. Esto es lo que ciertamente estimula el crecimiento. Por ejemplo, para (1a) y (2a), X tiene la intención de alcanzar G_x , mientras que Y tiene la intención de evitar que X alcance G_x . No es posible que ambas tengan éxito. En este caso, la objeción sigue siendo dudosa si omitimos la dimensión de rivalidad en nuestro modelo.

Si bien los mercados competitivos permiten que los agentes alcancen metas que de otro modo les serían inalcanzables, también pueden afectar negativamente a las partes, impidiendo que consigan determinados objetivos de forma conjunta. En estos casos, (3) se mantendría. La competencia en el mercado de las naranjas puede permitir a los productores alcanzar unos niveles de beneficio que de otro modo les sería imposible; sin embargo, también es cierto que es imposible que dos productores satisfagan la demanda de un determinado cliente.

Algunos casos de competencia económica encajan perfectamente con el modelo original; otros también se adaptan tras una leve modificación de nuestro esquema, como la inclusión

de cláusulas adicionales tipo (4)²⁴. La pregunta clave sería: ¿Qué tipo de comportamiento de los identificados en nuestra discusión deberían promover o proteger las agencias de competencia?

Si seguimos la corriente ortodoxa, el objetivo de la política de competencia sería maximizar el bienestar. Bajo esta perspectiva, la forma de la competencia que interesa a la sociedad será aquella que genere el mayor nivel de bienestar. ¿Cuál será esa forma? Sin duda se trata de una cuestión que debe resolverse empíricamente. Lo cierto es que no hay evidencia que demuestre que las formas más intensas de competencia, tales como la rivalidad, generan mayor bienestar que otras como las representadas por el núcleo (1)- (3) del modelo. El carácter de rivalidad que muchos recomiendan para la competencia económica carecería por tanto de fundamento.

3. Justificación desde el análisis económico de la política de competencia

Si la competencia no es un fin en sí mismo, e interesa defenderla por la vinculación que se asocia entre el proceso competitivo y la obtención de beneficios en forma de bienestar, entonces el estudio de la competencia se erige como actividad básica y fundamental de las economías de mercado.

En el último epígrafe del presente capítulo veremos cómo el establecimiento de las primeras normas de defensa de la competencia respondió fundamentalmente a razones de índole política. Si en EEUU la Ley Sherman se enfrentó a los monopolios privados que amenazaban el poder democráticamente constituido, en Alemania se señaló a los conglomerados industriales como uno de los factores clave que propició el desarrollo del nazismo.

En cambio, actualmente, y cada vez en mayor medida, la política de competencia se justifica a partir de bases económicas. Desde esta perspectiva, Motta (2004: 17) ofrece una “practicable” definición de política de competencia. Él la entiende como “*el conjunto de normas y medidas de política económica que aseguran que la competencia en los mercados no se restringe de*

²⁴ los objetivos de X e Y son iguales

un modo tal que cause una reducción del bienestar económico". De aquí se desprende el principal objetivo (económico) de la política de defensa de la competencia: aumentar el bienestar. Desde esta óptica, las investigaciones no girarán en torno a las conductas empresariales *per se*, sino que abordarán los efectos o el impacto²⁵ que dichas acciones generen (Delgado, 2010)²⁶.

3.1. Poder de mercado y costes sociales

La gran mayoría de economistas coinciden hoy en que todos los mercados se encuentran en un espectro que sostiene a la competencia perfecta y al monopolio en sus extremos. Se supone que cuanto más alejado esté un mercado del límite del monopolio –y por consiguiente más cerca del de competencia perfecta- mejores resultados brindará a la sociedad.

El análisis convencional y tradicional que justifica la política de competencia es la confrontación de los modelos de monopolio y competencia perfecta a través de un análisis de equilibrio parcial del excedente del consumidor. De este modo, se pueden calcular con mayor o menor rigor las pérdidas que la sociedad sufre en el caso de hallarnos ante mercados monopolizados. Son los llamados costes sociales del monopolio²⁷, y se generan debido a que se produce una menor cantidad que se vende a un precio superior al competitivo. Esto implica una deficiente asignación de recursos en la economía.

²⁵ Por ejemplo, un sistema de descuentos por parte de una empresa dominante tendrá carácter excluyente (será sancionable) si tiene como efecto real o potencial la expulsión de competidores del mercado o el impedimento de entrada de nuevos competidores.

²⁶ Conferencia pronunciada por Juan Delgado, Economista Jefe de la CNC, en Sevilla el 10/11/2010 en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, en el marco del *XVI Seminario Análisis Económico de la Política de Defensa de la Competencia: cuatro Estrategias para una Economía en Recuperación*, titulada: "El papel del Análisis Económico en la Política de Competencia".

²⁷ En lo que atañe a su aplicación práctica, se considera pionero el trabajo de Harberger (1954), quien propuso este método para cuantificar los costes sociales de los monopolios en las industrias manufactureras de EEUU en la década de 1920. A pesar de que a su investigación le siguieron distintos trabajos usando una metodología parecida, las hipótesis fijadas por Harberger (elasticidades igual a la unidad, tasa competitiva de beneficios determinada por la tasa media de beneficios de su muestra,...) han sido objeto de fuertes críticas. Harberger concluye que, a partir de las 2046 empresas integrantes de las 73 industrias norteamericanas analizadas para el período 1924-1928, el valor de los recursos mal asignados por causas monopolísticas ascendía a 59 millones de dólares, una cifra que no alcanzaba siquiera el 0,1% del PNB de EEUU. Otras investigaciones más recientes y con resultados bien distintos son las emprendidas por Cowling y Mueller (1978) y Masson y Shaanan (1984).

El elemento fundamental que desvirtúa los deseables resultados del mercado como mecanismo de asignación de recursos es el poder de mercado; o más concretamente, las nefastas consecuencias que el poder de mercado genera tanto sobre los consumidores como sobre el resto de empresas. El poder de mercado²⁸ se define como la capacidad que tienen las empresas para elevar el precio²⁹ por encima del nivel que se establecería si existiese competencia en el mercado (al nivel del coste medio mínimo).

3.1.1. Análisis microeconómico del monopolio frente a la competencia perfecta.

En un mundo caracterizado por la competencia perfecta, todo sería más fácil. La política de competencia carecería de sentido. Los productos, homogéneos, se venderían por un precio similar a su coste de producción en estos mercados de información perfecta. Ninguno de los muchos oferentes que coexistirían en cada industria tendría la capacidad de influir en el precio final.

Desgraciadamente, el mundo real es imperfecto. La entrada o salida de los mercados conlleva costes y tiempo, los productos se diferencian cada vez más generando valores intangibles anclados a sus marcas, y la información en ningún caso es perfecta. A pesar de ello, muchos mercados imperfectos funcionan competitivamente, en el sentido de que producen resultados muy próximos a aquellos que se producirían con competencia perfecta.

Por medio del análisis económico sabemos que, en el caso del monopolio, el ingreso marginal es siempre menor al precio (ingreso medio) del producto en cuestión. Esto se

²⁸ El poder de mercado se suele calcular atendiendo a las cuotas de mercado de las empresas, como veremos con posterioridad en el sub-epígrafe relativo a las medidas de concentración. Otra manera de estimar el poder de mercado es utilizando el Índice de Lerner (L). Este índice se define como la diferencia relativa entre el precio y el coste marginal (c); también se puede representar como la inversa de la elasticidad-precio de la demanda a la que se enfrenta la empresa: $L = \frac{p-c}{p} = \frac{1}{e}$. El mérito del Índice de Lerner es que directamente refleja la posible ineficiencia en la asignación de recursos asociada a la estructura del monopolio (Scherer y Ross, 1990: 70). En competencia perfecta, el índice tomará el valor 0, pues el precio y el coste marginal se igualan. Cuanto mayor sea la diferencia entre ambas magnitudes, mayor será la probabilidad de que la empresa en cuestión disfrute de poder de mercado.

²⁹ La referencia al precio incluye por extensión cualquier otra condición que afecte a la competencia, el nivel de producción, la calidad del producto, etc.

debe a que la empresa monopolista se enfrenta a una curva de demanda con pendiente negativa³⁰.

El monopolista, al actuar de un modo racional, tratará de maximizar sus beneficios en su ventajoso escenario. Para ello, ajustará su nivel de producción hasta que el ingreso derivado de producir una unidad adicional se iguale a su coste ($IMa = CMa$), quedando el precio siempre por encima del nivel competitivo. De aquí se desprenden una serie de ineficiencias bien conocidas:

En primer lugar está la tantas veces invocada “pérdida social neta” que aparece en la mayoría de manuales de microeconomía intermedia. Se trata de una “pérdida de eficiencia estática” que abarca la pérdida en el excedente del productor del que nadie saca provecho y por el que competirían las empresas en ausencia de monopolio.

En segundo lugar, se produce un “efecto distribución” que traslada riqueza desde todos los consumidores hacia el monopolista. En este caso no pierde la sociedad; pierde toda la sociedad menos un agente económico.

Un tercer problema asociado a la falta de competencia sería el derivado del llamado “relajo gerencial”. Si el empresario monopolista puede obtener cuantiosos beneficios sin preocuparse de la eficiencia con la que funciona la empresa debido a que la ausencia de competencia le permite trasladar sus costes, por altos que sean, a precios, estaríamos ante una “pérdida de eficiencia productiva” (Muñoz de Bustillo, 2002: 288). El mecanismo de mercado vería nuevamente limitada su capacidad para coordinar actividades y asignar óptimamente los recursos escasos. Este problema de la negligencia e ineficiencia asociada al monopolio se conoce en la literatura económica con el nombre genérico de *Ineficiencia-X*³¹ y será objeto de atención en el siguiente capítulo cuando hablemos del control de fusiones.

³⁰ Puede consultarse cualquier manual de Microeconomía como Stiglitz y Walsh (2008: 322); o de Economía Industrial como Tirole, (1990: 108)

³¹ Leibenstein (1966) sugiere tres razones que provocan Ineficiencia-X en función de las posibilidades de producción para un conjunto de inputs determinado: 1) los contratos laborales son incompletos, es decir, no recogen todas las vicisitudes que el ejercicio de su puesto de trabajo demandará; 2) no todos los factores productivos serán finalmente comercializados; y 3) la función de producción no está completamente definida o conocida.

En Palma (2006) se esboza el cuarto efecto dañino que sobre la economía, y por tanto sobre la sociedad, arroja la ausencia de competencia. La llamada “pérdida de eficiencia dinámica” se basa en la posibilidad que tienen las empresas con poder de mercado para alterar su estructura de costes. Esto puede producirse por dos razones: en primer lugar, la empresa en cuestión podría dedicar recursos a mantener un determinado status o situación de privilegio, levantando o fortaleciendo barreras de entrada³²; en segundo lugar, el poder de mercado permite a quien lo ejerce alejarse del objetivo último en condiciones competitivas, que no puede ser otro que la maximización de beneficios. De este modo, la maximización de la función de utilidad del agente puede propiciar un nivel de gasto superior al que se derivaría del criterio de minimización de costes.

El problema básico de este enfoque es que ignora otros posibles efectos de los monopolios. Por ejemplo, hay ciertas industrias en las que es necesario producir aprovechando las economías de escala que posibilitan la producción de esa mercancía o servicio. En los llamados monopolios naturales, se debe considerar un *trade-off* entre poder de monopolio y ahorro de costes.

En definitiva, el poder de mercado da lugar a mayores precios y menor producción, pero esta situación no es el peor de los casos. La aparición de funciones empresariales improductivas puede agudizar las pérdidas sociales.

4. La política de defensa de la competencia. Una nota crítica.

En este apartado se van a plantear las principales críticas que la política de competencia ha recibido y recibe. También se recogen algunas cuestiones concernientes al análisis de equilibrio parcial y sus debilidades.

En primer lugar vamos a considerar los problemas³³ que conlleva el uso de medidas de equilibrio parcial en la estimación de la pérdida de bienestar del monopolio. Una de sus

³² El ejemplo clásico sería aquella industria oligopolística moderada o altamente concentrada en la que las principales empresas pueden emprender campañas de publicidad excesivas e innecesarias que se contrarresten mutuamente.

³³ Consultar por ejemplo Gravelle y Rees (2006: 327: 340)

fragilidades fundamentales consiste en que es una medida que tiene una interpretación indudable en la teoría del consumidor únicamente cuando el efecto renta de los cambios en los precios es cero, que no parece ser el caso de multitud de productos (Clarke, 1993: 313).

Otro problema de considerar el coste social agregado del monopolio en una economía a partir de métodos de equilibrio parcial se deriva de la teoría del segundo óptimo de Lipsey y Lancaster (1956). Las consideraciones de dicha teoría sugieren que, si existen varios fallos de mercado en una economía, eliminar uno solo de ellos no mejora necesariamente la eficiencia asignativa. Esto impide realizar juicios simplistas –tales como el cálculo del coste social del monopolio- ya que al tratar de corregir una imperfección podríamos estar originando otra que nos desplace hasta una situación menos deseable que la original.

Pasamos a esbozar las críticas que recaen sobre la propia política antimonopolio. Al constituir la política *antitrust* una forma de intervención pública, serán los sectores más liberales de la academia los que ataquen abiertamente las medidas orientadas al correcto funcionamiento del mercado. Especialmente críticos se muestran los seguidores de la Escuela Austríaca, pues para ellos, el mecanismo de mercado sólo produce ineficiencias cuando es objeto de intervención por parte de los poderes públicos. No nos detendremos en los fundamentos de la Escuela Austríaca, que ya fueron expuestos con cierto detalle en el capítulo anterior.

Quizá los austriacos que se hayan mostrado más críticos con los objetivos y métodos de la política de competencia hayan sido I. M. Kirzner y S. C. Littlechild. Para el primero -y para los seguidores de esta particular escuela de pensamiento económico en general- muchas de las actividades empresariales que se consideran anticompetitivas por la corriente principal son en realidad resultado de un intenso proceso competitivo.

Su tesis se fundamenta en que la economía neoclásica, bajo su punto de vista, entiende la naturaleza de la competencia en los mercados de una forma limitada. Para los austriacos, la política de competencia *“es intrínsecamente y necesariamente anticompetitiva, dada la mayoría de los significados del adjetivo “competitivo”*. *La competencia en el libre mercado no es una frágil flor que reclama protección; se trata de una planta vigorosa que, bajo condiciones normales, solo puede ser eliminada por una*

política gubernamental premeditada (lo cual incluye las medidas antitrust bien intencionadas!)” (Kirzner, 1998).

Más allá de los modelos, Kirzner (1998) considera que la competencia en el mundo real satisface por sí misma y de forma total todas las virtudes que la teoría económica podría atribuir a los procesos competitivos de mercado. Para él, *“la competencia consiste en la entrada empresarial y la amenaza de la misma”*. A partir de esta simple redefinición del término, la competencia en un mercado existirá siempre y cuando exista libertad real de entrada en el mismo. Este es el criterio alrededor del que orbita toda su crítica.

También Kirzner (1998) ataca la pérdida de eficiencia asignativa que hemos representado confrontando los modelos de monopolio y competencia perfecta. Al igual que sucedía con el proceso competitivo, su juicio tiene raíces semánticas. Si bien la economía neoclásica, al acotar la noción de eficiencia social, supone la posibilidad de considerar la sociedad en su conjunto como un decisor individual con una única jerarquía de preferencias sociales, no sucede lo mismo con el enfoque austriaco. Éste radica en el pensamiento de Hayek (1945), quien considera que el carácter subjetivo y disperso de la información privada hace que la noción de eficiencia en la asignación social de los recursos carezca de sentido. Bajo su perspectiva resultaría incoherente tratar de aproximar el mercado al ideal perfectamente competitivo con el fundamento de que, de este modo, la economía gozaría de un mayor grado de eficiencia social en la asignación de recursos.

Por tanto, para este autor, y en general para la Escuela Austriaca, las restricciones a las fusiones perjudican al proceso competitivo. Bajo este dinámico enfoque, las organizaciones empresariales irán evolucionando, adaptándose de la forma más eficiente posible a la nueva realidad. Esto puede conducir a una progresiva concentración de los mercados, lo cual no solo no es un problema para la economía, sino que es una bendición debido a los beneficios procedentes de las economías de escala. Así, la política de competencia estaría limitando el ámbito de actuación de los empresarios, impidiendo que la economía evolucione hacia las formas organizativas más eficientes.

Por su parte, Littlechild (1981) asevera que es un error por parte de las autoridades de competencia sospechar de aquellas corporaciones que obtienen sustanciales beneficios.

Para este autor, los beneficios observados en las corporaciones no deben ser interpretados como una señal del poder de mercado de dichas firmas. Por el contrario, estos beneficios pueden provenir de dos fuentes independientes del monopolio:

- a) Por el acaecimiento de sucesos inesperados, lo que puede incrementar los beneficios o, en el peor de los casos, transformarlos en pérdidas.
- b) Las diferencias de capacidad entre las empresas para crear o aprovechar las oportunidades más beneficiosas que, en principio, están a disposición de todo el mundo.

Los beneficios constituyen la característica fundamental de una economía dinámica. Del correcto funcionamiento del sistema de recompensas (beneficios) dependerá la salud de la economía, por lo que tales beneficios no deberían ser considerados bajo la perspectiva de Littlechild como representativos de la pérdida de bienestar.

Otro argumento también de gran importancia en defensa del monopolio descansa en la afirmación de que cierto grado de poder de mercado promueve la innovación y el progreso técnico. En caso de que se produzca la correlación en cuestión, se deberían cuantificar y pasar a integrar las ganancias dinámicas del monopolio. Sin embargo, como lamenta Clarke (1993: 312), hasta el momento no se ha medido este supuesto *trade-off* entre eficiencia estática y dinámica.

Por otro lado, García Villarejo y Salinas (1994: 145) consideran que la política de competencia puede tener negativas consecuencias para el desarrollo de la economía. Aluden dos motivos. Un primer argumento se basa en que la competencia limita la capacidad de las empresas para planificar una estructura óptima de costes a largo plazo, pues el proceso competitivo las empuja a centrarse en la supervivencia a corto plazo. Esto repercutiría en la función de costes de la empresa y, en última instancia, en la economía en general. Además, la contracción de beneficios que exige el proceso competitivo limita la capacidad de autofinanciación de proyectos de investigación y desarrollo, lo que afecta muy negativamente a la economía.

Dos últimos apuntes, en este apartado de críticas a la política de defensa de la competencia, se refieren más al proceso competitivo en sí, que a la normativa y acciones que lo defienden. Es posible que una competencia excesivamente vigorosa no sea deseable para una sociedad. Esto se debe a los desincentivos que generaría para que se desarrolle un adecuado espíritu emprendedor en dicha economía, lo que no ayuda al progreso de la misma. Además de a los empresarios, un exceso de competencia perjudicaría también a los trabajadores, ya que los puestos de trabajo se caracterizarían por una excesiva inestabilidad. Esto reduciría la oferta de trabajo, desplazando así recursos fuera de la economía.

Por último, nuestra confianza en la competencia como promotora del bienestar y el progreso no puede cegarnos y llevarnos a la conclusión de que se trata del único motor de la sociedad. Este argumento, defendido por economistas conservadores desde el siglo XIX, estuvo en cierta medida motivado por la publicación de *“El origen de las especies”* (1859) de C. Darwin. El impacto de su hallazgo fue de tal magnitud que llevó a muchos a pensar que la sociedad –al igual que en el resto de especies animales- funcionaba igualmente bajo los principios de la competencia y la selección natural, garantizando solo la supervivencia de los más aptos³⁴. Bajo esta perspectiva, cualquier intento por paliar los efectos de la selección natural se estaría enfrentando a las fuerzas naturales que promueven la evolución y el progreso.

El principal problema de este razonamiento es su estrechez de miras, obviando otros factores como la cooperación, que contribuyen también al desarrollo. En este sentido, la obra de Piotr Kropotkin *“El apoyo mutuo, un factor de evolución”* pretende responder a las premisas del darwinismo social. Este anarquista ruso encuentra, a partir del análisis de diversas especies animales así como del hombre en distintos períodos históricos, que la cooperación y el apoyo mutuo es un factor que coadyuva, junto a la competencia por los recursos, a la evolución y el progreso de las sociedades. De este modo, nuestra confianza en la competencia como factor de desarrollo no debe impedir que consideremos otros factores, como el apoyo mutuo, que lo promueven del mismo modo.

³⁴ Un ejemplo de esta teoría la encontramos en el ensayo de T. Huxley *La lucha por la existencia* (1888).

5. Los orígenes de la política de competencia. Un apunte histórico.

En este apartado se recoge la evolución histórica de la defensa de la competencia en EEUU, primer país en promulgar leyes de competencia³⁵. La primera disposición orientada a la defensa de la libre competencia data del último decenio del siglo XIX. En el año 1890, la *Sherman Act* (Ley Sherman) se debatía en el Congreso de los EEUU con el objetivo de proteger la libertad de empresa, que se veía seriamente amenazada por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido las grandes compañías y conglomerados empresariales.

El rápido crecimiento económico provocado por la vorágine de la industrialización de la segunda mitad del siglo XIX desvirtuó a la joven Norteamérica. La idea originada con la independencia era crear una sociedad donde el poder se encontrase dividido entre granjeros y pequeños comerciantes, pues se consideraba que la concentración del mismo en pocas manos –ya fueran gubernamentales o privadas– constituía un problema para la sociedad. Sin embargo, los estadounidenses veían como, paulatinamente, los antepasados ideales *jeffersonianos* de libertad, independencia e igualdad, contenidos en la Declaración de Independencia de 1776 se fueron sustituyendo por el poder económico, el cual bebía de dos fuentes principales: las finanzas y el petróleo.

Las grandes corporaciones comenzaron a manejar el país en detrimento de los ciudadanos, al tiempo que estos pioneros de la modernidad contemplaban el espectáculo con recelo. Los estadounidenses, a pesar de su histórica desconfianza a la intromisión del Estado en la economía, se decantaron por la adopción de medidas legislativas contra el poder económico privado. De este modo, como señala Giner Parreño (2010: 32), “*los reformadores de finales del siglo XIX favorecían la división y reestructuración de los monopolios antes que la conversión de su gobierno en empresario*”. Así es como nace el derecho de la competencia, concebido como la panacea que luchase contra los abusos de dicho poder privado.

A continuación vamos a repasar las principales etapas por las que ha pasado la política de competencia en EEUU. Como suele suceder en este tipo de análisis temporal, las fronteras

³⁵ Estrictamente, fue Canadá el primer país del mundo en promulgar una disposición en defensa de la competencia. Lo hizo un año antes que EEUU, en 1889. Sin embargo, su trascendencia dista mucho de la por todos conocida *Sherman Act*.

entre una etapa y otra son borrosas y deben interpretarse con cautela. Casi todos los autores identifican más o menos las mismas fases, si bien nosotros hemos seguido el esquema propuesto por Kovacic y Shapiro (1999).

5.1. La *Sherman Act* y los primeros años de la lucha *antitrust*.

El proyecto de ley de la primera medida antimonopolio de la historia se presentó en el Congreso con un doble objetivo: por un lado evitar los precios excesivos resultantes de monopolios y cárteles, y por otro lado proteger la libertad de industria y comercio. Sin embargo, el fundamento esencial de la ley sigue siendo objeto de debate. Mientras la mayoría de autores³⁶ señalan al bienestar del consumidor como base fundamental para los responsables que dieron forma a la *Sherman Act*, Kleit (1992) defiende que fue la eficiencia económica el principal móvil para la promulgación de la ley en cuestión.

De este modo, el 2 de julio de 1890 fue aprobada la *Sherman Act*, albergando dos normas básicas: La sección 1.^a condenaba las medidas que limitasen la competencia con origen en la colusión; y la sección 2.^a prohibía la monopolización o el intento de monopolización, siempre y cuando se observase el comportamiento activo asociado a dicha estructura. No se condenaba por tanto la mera existencia del monopolio.

La mayoría de los economistas del final de siglo XIX –no todos³⁷– despreciaban la *Sherman Act* (Stigler, 1982: 41). Pocos confiaban en que dicha disposición fuese capaz de frenar la persistente tendencia hacia empresas de gigantescas dimensiones. En el peor de los casos, se pensaba que la ley podría impedir la consecución de mayor eficiencia y productividad prometida por las nuevas formas de organización industrial. Pocos fueron los economistas que alabaron la ley, concibiéndola como una útil herramienta para controlar la conducta empresarial abusiva (Kovacic y Shapiro, 1999).

³⁶ Un ejemplo representativo sería Lande (1982).

³⁷ Scherer (1989) recoge la visión que los economistas de la época que apoyaban las normas antimonopolio.

Lo cierto es que la *Sherman Act* impulsó la aplicación del derecho de la competencia condicionada por la “*rule of reason*”³⁸ adoptada por los tribunales a partir de 1898. Esto permitió el establecimiento de excepciones al principio general de prohibición establecido por la ley.

Posteriormente, en *Standard Oil Co. V. United States* (1911)³⁹ el Tribunal Supremo de EEUU varió leve pero sustancialmente el objeto sobre el que aplicar el juicio de la racionalidad. Se pasó de las restricciones a la libertad de comercio a las restricciones en las condiciones de competencia como objeto de enjuiciamiento. Desde ese momento, el derecho *antitrust* no solo se referirá a las relaciones empresariales, sino que se responsabilizará de todos los efectos que la práctica produzca sobre la estructura del mercado. Es digno de mención el viraje desde el ámbito de los principios jurídicos –libertad, igualdad- hacia los económicos, tales como la competencia y la eficiencia (Giner Parreño, 2010: 33).

Producto de la excesiva ambigüedad de la *Sherman Act*, en 1914 se promulgaron la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act* bajo la presidencia Wilson. La primera incidía en la discriminación de precios, los contratos de exclusividad y algunas concentraciones empresariales (Cabou et al., 1992). De hecho, se trata de la principal disposición legislativa estadounidense que prohíbe las fusiones anticompetitivas, así como las adquisiciones de capital que tengan el efecto de reducir sustancialmente la competencia entre la sociedad adquiriente y la sociedad adquirida.

La *Federal Trade Commission Act*, originó un órgano independiente que se dedicaría específicamente a regular las prácticas comerciales desleales: la *Federal Trade Commission* (en adelante FTC). Esta agencia, junto con la División Antitrust del Departamento de Justicia (*US Antitrust Division; Department of Justice*), se encargará de aplicar la política *antitrust* en EEUU a nivel federal (Motta, 2004: 6). Puede afirmarse que la política de defensa de la competencia fue muy intensa en estos primeros años, y hasta 1920 (Giner Parreño, 2010: 33).

³⁸ La regla de la razón implica que los casos han de ser analizados de manera independiente a la luz de las consecuencias que tienen para los demás productores, los consumidores y el bienestar social.

³⁹ Se trata del litigio más conocido en los albores de la política *antitrust*. La Corte Suprema acusó al gigante petrolero de los Rockefeller de conducta abusiva amparándose en el 90% de las cuotas de mercado que ostentaba la *Standard Oil* (sentando jurisprudencia sobre las cuotas de mercado como prueba de monopolio) y la obligó a dividirse en 34 partes. Consultar 221 U.S. 1 (1911)

5.2. El ascenso de la *rule of reason* y la atonía de la política *antitrust*: 1915-1936.

Con los felices años 20 se inicia un período de decadencia⁴⁰ en la aplicación del derecho *antitrust* que alcanzaría su pico en los años de la Gran Depresión. Durante este período, los Tribunales confiaron en exceso en los test de racionalidad (*reasonableness tests*) para evaluar las prácticas empresariales que a menudo eran sospechosamente permitidas. De hecho, el proteccionismo fue el arma escogido por la administración Roosevelt para luchar contra el que fue el mayor descalabro financiero de la historia de la economía hasta ese momento. Sin embargo, el apoyo gubernamental a los cárteles de crisis de las industrias deprimidas⁴¹, junto con una actitud más que tolerante a la cooperación entre empresas, no consiguieron más que prolongar la agonía del sueño americano. Su economía no se recuperó totalmente hasta que no encontró un estímulo de la magnitud de la II Guerra Mundial. La industria armamentística, la construcción y el sector energético capitanearían la recuperación.

El período 1915-1936 se considera como el más laxo también en lo que a control del comportamiento de empresas dominantes se refiere, a pesar de las notables desinversiones exigidas en algunos casos de monopolización a finales de la década de 1910. El caso más sonado fue el de *United States v. United States Steel Corp.* (1920), donde la Corte Suprema desechó pruebas de manifiesta colusión y exculpó al mayor productor de acero del país.

El caso *Maple Flooring Manufacturers' Association v. United States* (1925) reviste un especial interés para los economistas. Por vez primera, la Corte Suprema citó el trabajo de un economista para la resolución del litigio. Concretamente, Harlan Fiske Stone, que fue Decano de la *Columbia Law School*, puso de manifiesto cómo el acceso a información privilegiada permitía a los productores tomar decisiones eficientes en relación al precio y la cantidad producida. A pesar de la mencionada actitud tolerante que caracterizó la década de 1920, Stone y sus colaboradores de la Corte Suprema consideraban que algunas formas de colaboración empresarial merecían ser condenadas (Kovacic y Shapiro, 1999).

⁴⁰ Hofstadter (1966: 193) llama al período de entreguerras la “era de la negligencia” en el derecho de competencia.

⁴¹ Especialmente perjudicial se considera el fallo de la Corte Suprema en *Appalachian Coals Inc. V United States* (1930), donde se rechazó condenar una clamorosa restricción de la producción manifestada en un acuerdo de comercialización conjunta por parte de los productores de carbón del este de EEUU (Kovacic y Shapiro, 1999).

5.3. *Per se rules*, el advenimiento de la economía industrial y el énfasis en las estructuras de mercado: 1936- 1972.

Con la llegada de Thurman Arnold a la División Antitrust del Departamento de Justicia en 1938, la política de competencia dio un giro trascendental. Tras la pérdida de confianza que sufrieron varios modelos económicos que inspiraron el *New Deal* y el desarrollo de los nuevos avances en la teoría de los mercados imperfectos, Franklin Roosevelt llegó al convencimiento de que la clave para la recuperación económica se encontraba en el fortalecimiento de la competencia. El presidente nombró a Thurman Arnold a la cabeza de un ambicioso programa que pretendía poner fin a los acuerdos empresariales anticompetitivos. Además, el ascenso de los regímenes totalitarios en Europa durante la segunda mitad de esta convulsa década forjó una corriente de opinión negativa hacia los cárteles, cuya conducta se asociaba con dichos regímenes restrictivos de la libertad. Se abre así una nueva etapa de vigorosa política *antitrust* que encontrará su cénit en la década de 1960.

Uno de los motivos que sin duda colaboró con este cambio de política hay que buscarlo en el elevado coste que para el gobierno implicaba la aplicación de la *rule of reason*. Muchos no veían eficiente el ingente gasto requerido por las investigaciones, habida cuenta que, como hemos destacado, en muchas ocasiones se terminaba por exculpar a los acusados. Era necesario simplificar los procesos, motivo por el cual fue ganando protagonismo el control de las estructuras de mercado y las *per se rules* (Kovacic y Shapiro, 1999).

Este cambio de política se manifestó en casos como *Interstate Circuit, Inc. V. United States* (1939) o *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* (1940), donde la Corte condenó los esfuerzos colectivos de las refinerías por comprar conjuntamente gasolina. A partir de ese momento, el Tribunal advirtió que los acuerdos horizontales para la fijación de precios serían condenados y tratados como crímenes, independientemente de sus efectos reales.

Durante este período, el Tribunal Supremo extendió el uso de las *per se rules* para prohibir los acuerdos que condicionaban la venta de un producto previo acuerdo con el comprador

a adquirir una segunda mercancía⁴²; las restricciones verticales no concernientes al precio, por las que los productores restringían el ámbito de sus minoristas a zonas geográficas concretas⁴³; acuerdos horizontales para la asignación de mercados o clientes⁴⁴; o la adopción de territorios de venta exclusivos para los participantes de una *joint venture*⁴⁵ (Kovacic y Shapiro, 1999).

Con la *Celler-Kefauver Act* de 1950⁴⁶, el Congreso reforzó el control de fusiones mediante la prohibición de las operaciones de consolidación de activos o acciones que no llegaban a dar lugar a posiciones de dominancia. Esto permitió al gobierno abordar con mayor fortaleza distintas categorías de acuerdos horizontales y verticales que anteriormente habían escapado del control judicial. El caso más ilustrativo quizá sea el de *Brown Shoe Co. V. United States* (1962), donde el Tribunal Supremo impidió una fusión que habría supuesto una cuota de mercado (horizontal) del 5% y una exclusión vertical del 2%. El dictamen se basó en la creencia de que, a pesar del bajo porcentaje de cuota de mercado ostentado, éste podría ser excesivo en ciertos sub-mercados. Además, el tribunal también alegó que objetivos ajenos a la eficiencia económica, tales como permitir la supervivencia de pequeñas empresas, habían sido relevantes en la decisión final (Kovacic y Shapiro, 1999).

Como afirma Kovacic (1992), se observa una considerable consistencia entre las decisiones judiciales y el pensamiento económico durante las décadas de 1940, 1950 y 1960⁴⁷. Fueron unos años en los que tribunales se esforzaban para hacer frente a la gran cantidad (y unidad) de los oligopolios de su tiempo, mientras que los economistas percibían que las desviaciones de las industrias reales respecto al modelo de competencia eran normales,

⁴² Consultar *International Salt Co. v. United States*, 332 U. S. 392 (1947); *Northern Pacific Ry. Co. V. United States*, 356 U.S. 1 (1958)

⁴³ Consultar *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

⁴⁴ Consultar *Timken Roller Bearing Co. v. United States.*, 341 U.S. 593 (1951).

⁴⁵ Consultar *United States v. Topco Associates Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).

⁴⁶ La *Celler-Kefauver Antimerger Act* cerró una importante laguna en la Ley Clayton. Si bien la Ley Clayton prohíbe las fusiones que reduzcan la competencia, ésta permitía a las empresas comprar los activos individuales de los competidores. Muchas compañías emprendieron estas operaciones hasta el punto que relajaban la competencia, esquivando de manera efectiva la *Clayton Act*. La *Celler-Kefauver Act* cerró esta laguna, dando al gobierno el poder de detener las concentraciones verticales y adquisiciones de activos considerados como la reducción de la competencia (Farlex Financial Dictionary, 2012)

⁴⁷ Ya que en este período los Tribunales se centraron en el control de las estructuras de mercado, desde la Escuela de Harvard, Mason (1939) y Bain (1956) articularon y construyeron el paradigma "Estructura-Conducta- Resultados que ya abordamos en el primer capítulo.

además de inevitables, incluso en aquellas llamadas “competitivas”. Esto fue lo que llevó a los economistas a articular distintos criterios para determinar si un mercado era operativamente (*workably*) competitivo (Clarke, 1940).

5.4. El ascenso de la Escuela de Chicago

A partir de la década de 1970 comienza a ganar terreno una nueva corriente intelectual de la que ya hemos hablado: la Escuela de Chicago de análisis *antitrust*. Sus teorías condujeron a una cierta relajación en la aplicación de las normas antimonopolio que se prolongó hasta que el Presidente Reagan cumplió su mandato en 1989. El origen de esta corriente de pensamiento hay que buscarla en los ataques vertidos hacia la política de desconcentración de industrias por parte de Henry Simmons en los años 30 del siglo XX. No profundizaremos en los fundamentos económicos de esta escuela debido a que le dedicamos todo un epígrafe en el capítulo 1.

Podemos identificar dos factores decisivos para este cambio de enfoque en la política de competencia de EEUU (Kovacic y Shapiro, 1999). Por un lado se produjo un cambio en los nombramientos judiciales. Muchos de los nuevos integrantes del Tribunal Supremo nombrados por Nixon tenían sus reservas con respecto a la intervención en materia de defensa de la competencia. Por otro lado, había la sensación generalizada de que las empresas norteamericanas estaban perdiendo terreno en los mercados internacionales y, en algunos casos, también en los nacionales. Esto hizo que se pusiese mayor énfasis en el análisis de la eficiencia en los litigios en materia de competencia.

A partir de la sentencia del Tribunal en *Continental T.V. Inc. V. G.T.E. Sylvania Inc.* (1977), todas las restricciones verticales no relacionadas con el precio exigían ser abordadas a partir de la *rule of reason*. De hecho, fue en el ámbito de las restricciones verticales donde más se dejó ver éste nuevo enfoque en el que la eficiencia económica proporcionaba la base apropiada para evaluar las conductas empresariales bajo las leyes de competencia.

Este clima de mayor permisividad se extendió también al ámbito de las fusiones. En *United States v. General Dynamics Corp.* (1974) el gobierno sufrió su primera derrota al amparo de la *Celler-Kefauver Act*. A partir de entonces, los tribunales recurrieron en varios casos

influyentes al criterio de la facilidad de entrada para permitir fusiones que conducían a altas cuotas de mercado. Uno de los dictámenes más importantes correspondió al Tribunal de Apelación. En un escenario en el que participaron los futuros jueces del Tribunal Supremo, se dictaminó que la carga de la prueba del acusado en los casos de fusión dependería de si el demandante se basaba únicamente en las cuotas de mercado o de si, por el contrario, disponía de mayor evidencia sobre posibles efectos anticompetitivos. La carrera hacia la concentración económica se vio impulsada tanto por estas decisiones como por las *Merguer Guidelines* que se iban publicando (Kovacic y Shapiro, 1999).

En los últimos años, durante las presidencias de Bush y Clinton la aplicación de las normas que defienden la competencia parece haber vuelto a cobrar el protagonismo perdido. Sí se observa una tendencia, cada vez mayor, de procesar el comportamiento que facilita la coordinación empresarial, además de la colusión en sí misma. También las políticas de clemencia impulsadas desde la década de 1990 están resultando ser una importante fuente de información. De cualquier modo, es difícil analizar la tendencia de la política sin la necesaria perspectiva histórica, y no se ve con claridad si nos aproximamos más al intervencionismo de los 60 o a la permisividad de los 80.

A pesar de esto, el *American Antitrust Institute* se lamenta de la sub-óptima aplicación de la política de competencia en EEUU en la actualidad. La prueba más reveladora de esta aplicación insuficiente de la normativa *antitrust* está en que el presupuesto de hoy está por debajo del de hace 25 años. Esto es producto de la campaña lanzada por instituciones conservadoras –tales como la *Heritage Foundation*, el *Cato Institute*, y el *American Enterprise Institute*, entre otras-, que han logrado convencer a la jueces y líderes de opinión en su interpretación parcial e ideológicamente sesgada de la teoría económica gracias al apoyo financiero de las grandes corporaciones⁴⁸. Se trata de un ejemplo más de cómo el poder económico está configurando su entorno en la fase contemporánea de capitalismo neoliberal.

⁴⁸ <http://www.antitrustinstitute.org/content/about-us>, consultada el 12.08.2013.

RESUMEN-CONCLUSIONES

La promoción y defensa de la competencia por parte de los poderes públicos descansa sobre la idea de que la competencia contribuye a aumentar el bienestar social. Gracias a la competencia, la economía goza de un mayor grado de eficiencia, al tiempo que los consumidores disfrutan de mejores productos en términos de calidad, precio y variedad.

Ahora bien, la competencia interesa a todos los ciudadanos no solo cuando éstos actúan como competidores. Los mercados competitivos son una condición necesaria para el ejercicio de la libertad económica, considerada ésta como una de las libertades fundamentales que los individuos valoran. Así, promover la competencia es promover las libertades de las personas, lo que repercute en última instancia en el proceso de desarrollo. Esto lo consigue, además de por la vía de la libertad económica comentada, por el crecimiento económico que se deriva de los mercados en competencia.

De todo esto se desprende una de las grandes paradojas de la economía liberal: solo conseguiremos economías ciertamente libres en la medida en que reine una competencia efectiva en la misma, y para su consecución resulta imprescindible la intervención de los poderes públicos.

La mayoría de las leyes de competencia aluden a los motivos esgrimidos para justificar su razón de ser. Hoy, la mayoría de los estados consideran que la competencia consagra y refuerza los valores democráticos, lo que explica la eclosión de multitud de regímenes de competencia en los últimos años.

Si bien existe un consenso más o menos extendido acerca de la conveniencia de promover y defender la competencia, no sucede lo mismo con la definición del propio concepto. A partir de la teoría económica sabemos las características que deben concurrir para que un mercado pueda ser considerado como competitivo. Sin embargo, la brecha entre realidad y modelo nos obliga a buscar aproximaciones más operativas, como la conocida *workable competition*. Además del citado término, es posible acotar el comportamiento competitivo a partir de un sencillo modelo que nos permita apreciar las principales características de la situación competitiva. Aspectos como rivalidad, simetría, intencionalidad, conciencia,

escasez o incertidumbre pueden ser discutidos bajo el crisol del proceso competitivo. Además, los objetivos de las partes son una variable fundamental que condicionará por completo la competencia. La política de competencia no es ajena ni a los objetivos de las partes ni a las vicisitudes que se desprenden de las características recién enumeradas.

La microeconomía también ofrece su particular prédica en defensa de la competencia. A partir de la superposición de los modelos (de equilibrio parcial) de competencia perfecta y monopolio es posible identificar distintos perjuicios sociales provocados por la monopolización de la industria. Al efecto distribución a favor del productor y “peso muerto” del monopolio hay que añadir el llamado “relajo gerencial” y la pérdida de eficiencia dinámica.

Sin embargo, las conclusiones emanadas del análisis económico son objeto de distintos ataques. Los problemas que supone trabajar con modelos de equilibrio parcial, junto con las restrictivas hipótesis que caracterizan los modelos neoclásicos son los principales frentes. Los seguidores de la economía austríaca se muestran especialmente críticos con este tipo de análisis. Al refutar la concepción estática característica de los modelos neoclásicos, los austríacos se opondrán a cualquier análisis de metodología neoclásica y, por ende, a sus conclusiones. En particular, Kirzner asevera que cualquier acción empresarial debe ser considerada como competitiva, por lo que la única política de competencia aceptable sería aquella dirigida a erosionar las barreras a la competencia provenientes de los poderes públicos.

El capítulo se completa con un repaso a la historia de la primera disposición antimonopolio: la *Sherman Act*. Motivos tanto económicos como políticos precipitaron la promulgación de esta polémica ley que a ningún economista dejó indiferente. La dinámica de la lucha antimonopolio por parte de las autoridades americanas pasó por diferentes etapas en función de las contingencias económicas, políticas e ideológicas. El vigor de las primeras décadas dio paso a una atonía contagiada por el período de entreguerras y la Gran Depresión. Sin embargo, el fracaso de algunos modelos económicos que respaldaron el *New Deal* junto con los nuevos avances en economía industrial dio lugar a un período caracterizado por una activa política *antitrust* orientada hacia el control de las estructuras de mercado. De la *rule of reason* se volvió a las *per se rules*. Esta etapa se prolongó hasta que la

corriente de Chicago de los años 70 terminase por persuadir a políticos y académicos. En la actualidad no está claro si en EEUU predomina la tendencia más restrictiva de mitad de siglo o la permisividad emanada de los economistas neoliberales de Chicago.

CAPÍTULO III

CLAVES DE APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo presentamos los elementos principales que configuran la puesta en práctica de la política de defensa de la competencia. En esta ocasión no nos detendremos en las escuelas que inspiraron el uso de las diversas técnicas de análisis, sino que centraremos toda la atención en la práctica de la política de competencia, considerando tanto el plano jurídico como el estrictamente económico.

A modo de presentación veremos los objetivos que normalmente persigue la política de competencia¹, cuyos fundamentos han sido extensamente comentados en el capítulo anterior. Obviamente las leyes de competencia persiguen metas de muy diversa índole, pero nosotros solo incluimos los tres objetivos considerados como fundamentales por expertos y profesionales: la difusión del poder económico, la protección de la libertad de los competidores y el bienestar del consumidor.

Seguidamente abordaremos de un modo individualizado las distintas áreas que integran la política *antitrust*. Éstas también varían entre los distintos regímenes de competencia, observándose sin embargo un mayor consenso que en el caso de los objetivos. Sin duda, buena parte de culpa la tiene la estrategia de convergencia y armonización de las normas de competencia seguidas por la comunidad internacional. En nuestro caso, al tratarse de un trabajo español, haremos referencia a la legislación española para mostrar cómo se plasman los conceptos de la teoría económica en el acervo normativo.

El esquema se resume del siguiente modo:

- Acuerdos y prácticas lesivas o restrictivas de la competencia: colusión, abuso de posición de dominio y competencia desleal.
- Control de concentraciones: supervisión de fusiones y adquisiciones.
- Control de ayudas estatales que distorsionen la competencia.

¹ A lo largo del trabajo veremos cómo las grandes barreras que dificultan las negociaciones para el diseño de un régimen global de competencia radican en gran medida en la disparidad de objetivos que mantienen las distintas jurisdicciones.

Cabe preguntarse por qué otros problemas, como el control de la publicidad, no ha pasado a formar parte de las disposiciones de competencia. Ya vimos en el capítulo precedente que uno de los rasgos de la *workable competition* –y por ende su traducción en el acervo legislativo europeo: competencia efectiva- era que la publicidad fuese de carácter informativo, no persuasivo. Además los niveles de publicidad no debían ser “excesivos”. Si bien hace ya más de un siglo que Thorstein Veblen denunciara que los niveles de publicidad eran socialmente inaceptables en los EEUU de su tiempo, ¿por qué es un factor ignorado por los principales regímenes de competencia? Lo cierto es que de momento se mantiene al margen.

Una de las claves de aplicación de la política de competencia es sin duda la delimitación del mercado relevante. De su correcta determinación dependerá buena parte del éxito en el control del poder de mercado que amenaza con desvirtuar el proceso competitivo. Así, tanto para sancionar los abusos de posición dominante, como para el control de concentraciones, el mercado relevante se erige como un concepto central que merece un trato independiente.

Una vez delimitado el mercado relevante estaremos en condiciones de evaluar si el mismo alberga comportamientos contrarios a la competencia. Al analizar individualmente cada una de las prácticas anticompetitivas esbozaremos tanto los aspectos sustantivos como sus efectos económicos, y la identificaremos en la última ley española de competencia: la Ley 15/2007. El análisis del funcionamiento de las agencias e instituciones de competencia (en el caso español, la CNMC) excede del cometido de este trabajo. Sí profundizaremos en el estudio del funcionamiento de la DGC de la Comisión Europea por sus implicaciones sobre una hipotética política internacional de competencia.

Por su parte, el análisis económico proporciona importantes herramientas que facilitan y dotan de una mayor objetividad la puesta en práctica de la política de competencia. No en vano, desde la UE se viene reclamando en la última década la necesidad de seguir un enfoque más económico en las investigaciones y sentencias de competencia.

1. Objetivos de la política de competencia

Como ya se ha señalado, los objetivos que subyacen a la política de competencia suelen variar entre las distintas jurisdicciones. De hecho, éste será uno de los principales escollos que nos encontraremos cuando abordemos las posibles soluciones para la configuración de un régimen global de competencia. No obstante, hay una serie de principios comunes que guían, en mayor o menor medida, a la política de competencia en términos generales.

Siguiendo a Jacquemin (1991), podemos distinguir tres objetivos principales para la política de competencia:

- a. En primer lugar está la **difusión del poder económico privado**, es decir, la protección de la libertad y los derechos individuales. Las prácticas restrictivas de la competencia se consideran en este caso como una desviación radical a dicho individualismo. Curiosamente, este criterio, que fue básico para el establecimiento de las primeras leyes de competencia, ocupa hoy un lugar de mayor trascendencia para la opinión pública que a nivel político.
- b. Un segundo objetivo de la política de competencia consiste en **proteger la libertad económica de los competidores**. Ya vimos en el capítulo anterior que uno de los fundamentos subyacentes a la política de competencia es el efecto democratizador que genera en el mercado. En este caso, la protección de los competidores se prioriza sobre la defensa del proceso competitivo como tal. La atención se centra en las prácticas abusivas y coercitivas que las compañías más poderosas ejercen sobre las más débiles. La legislación suele aludir al concepto de “competencia desleal”² cuando se refiere a este tipo de prácticas.
- c. Por último, la política de competencia es una herramienta fundamental para **asegurar el bienestar del consumidor** a través de la eficiencia distributiva y productiva. Llevado hasta el extremo, este objetivo sugiere que las autoridades limiten en la medida de lo posible las conductas empresariales ineficientes. Una

² De acuerdo con la Convención de París de 1883, la competencia desleal consiste en cualquier acción competitiva contraria a las prácticas honestas en asuntos industriales o comerciales (Jacquemin, 1991).

condición necesaria –aunque no suficiente- de ineficiencia consiste en que la producción se sitúe en un nivel inferior al que prevalecería bajo condiciones competitivas. Aquéllas conductas que no cumplan esta condición se presume que estimulan la eficiencia, y no deberían ser objeto de sanción.

Sin embargo, y como veremos a lo largo del capítulo, la nueva organización industrial ha mostrado en los últimos años que las simples fórmulas propuestas para el cálculo de las ganancias en eficiencia, definidas como el bienestar agregado neto (suma de los excedentes del consumidor y el productor) resultan ser engañosas. Los avances en teoría de juegos han permitido superar la simplista visión proveniente de Chicago, con su énfasis en la eficiencia en un mundo de información perfecta.

Muchos de los beneficios que se desprenden de la competencia (tales como la calidad del producto, la seguridad de que el bien en cuestión estará disponible, etc.) son difíciles de medir, e ineludiblemente llevan a una concepción multidimensional del excedente del consumidor. Este es uno de los principales problemas que impiden establecer una visión inequívoca sobre los objetivos de la política de competencia.

2. El mercado relevante

Antes de abordar el análisis operativo de la política antimonopolio conviene definir y acotar el ámbito de actuación del particular; el concepto y determinación del mercado relevante resulta crucial a la hora de arbitrar en defensa de la competencia. En concreto, la cuestión que las autoridades de competencia evaluarán será el poder de mercado de las empresas. Tradicionalmente, éste se ha identificado con las cuotas de mercado, ya sea en términos porcentuales o mediante formas más complicadas.

En la medida en que las empresas posean poder de mercado, mayor capacidad tendrán para modificar la estructura de dicho mercado, restringiendo la competencia en el mismo. De hecho, muchas infracciones que han ocasionado sanciones a determinados operadores, protagonistas de sus mercados, resultarían inofensivas si las ejecutase un agente con participación marginal en el mercado. Sin embargo, altas cuotas de mercado no son

sinónimo de poder de mercado. Si los consumidores pueden cambiar fácilmente de proveedor, el poder de mercado se desvanece (Geroski y Griffith, 2004).

Es claro que un mercado está compuesto por una serie de empresas u operadores económicos que producen y ofrecen un determinado bien o servicio, o un conjunto de bienes y servicios, relacionados entre sí. Sin embargo, esta visión neoclásica es insatisfactoria desde el punto de vista de la política de competencia. El mercado relevante no se debería entender como un conjunto de bienes y servicios que comparten características comunes, sino como “*el conjunto de productos y áreas geográficas en las que se puede ejercer poder de mercado y realizar ciertas conductas anticompetitivas*” (Ordóñez de Haro, 2009: 142). De esta sentencia se desprende que, para definir el mercado relevante, será necesario identificar:

- I. El mercado de producto, es decir, el conjunto de sustitutos cercanos para el producto -sustituibilidad por el lado de la demanda- y el conjunto de bienes y servicios que potencialmente se pueden producir usando una tecnología similar –sustituibilidad por el lado de la oferta-.

- II. El mercado geográfico. Esto es, por un lado, el espacio geográfico en el que los consumidores pueden cambiar con facilidad a oferentes alternativos en caso de aumentos significativos en el precio de un producto –sustituibilidad por el lado de la demanda-; y por otro, aquellos espacios donde operan empresas que entrarían en el área geográfica en cuestión como respuesta a dicho incremento de precios –sustituibilidad por el lado de la oferta-.

Es fácil adivinar que, generalmente, cuanto más restringida sea la forma en que se mida el mercado, más posibilidades habrá de que se concluya que una empresa ostenta poder de mercado. Un determinado volumen de ventas se traducirá o no en una alta cuota de mercado (y, por tanto, en un indicio de poder de mercado) en función de la dimensión de su mercado relevante. Por ello, es normal que las empresas tiendan a defender definiciones de mercado más amplias que las adoptadas por los organismos de competencia.

Con respecto al mercado de producto, existe consenso entre las autoridades de competencia de los distintos países acerca de la necesidad de realizar un análisis de sustituibilidad del producto desde el punto de vista de la demanda. Sin embargo, y a pesar de que no sucede lo mismo por el lado de la oferta, también se debe considerar al otro aspa de la tijera a la hora de definir un mercado: la sustituibilidad por el lado de la oferta. A este respecto, se considera si los productores que están ofertando otro producto en ese momento poseen la capacidad y los activos necesarios para comercializar el producto en cuestión en un corto período de tiempo y sin riesgos, como respuesta a una pequeña y permanente subida en el precio del producto objeto de estudio. (Comisión Europea, 1997).

Tradicionalmente, la definición de los mercados se ha basado en la “Regla de las Elasticidades”, también llamada “Ley del Precio Único”³. La idea es que *“dos productos con elasticidades precio cruzadas⁴ (en valor absoluto) muy altas forman parte del mismo mercado”*, ya que estaríamos hablando de productos sustitutivos⁵ (Cabral, 1997: 15).

Distintos autores han tratado de desarrollar otras técnicas al objeto de determinar el poder de mercado. Entre estos cabe mencionar el “Enfoque de ajuste parcial” de Horowitz (1981) o los test de correlación de precios, cuya simplicidad y valiosa información son ensalzadas por Stigler y Sherwin (1985). Los problemas que entrañan estos métodos estadísticos giran en torno a la posibilidad de interpretar equivocadamente una correlación positiva entre dos precios. Esto exige la aplicación de test más sofisticados basados en técnicas econométricas más complejas, entre los que destacan el enfoque de la causalidad⁶, iniciado por Granger (1969) y desarrollado por Sims (1972), Wu (1983) y Slade (1986); el análisis de estacionariedad⁷, recientemente defendido por Forni (2004) y el análisis de cointegración,

³ Pueden encontrarse críticas a esta técnica para la determinación del mercado relevante en diversos autores como Ordóñez de Haro (2009: 146) o Werden (1998)

⁴ El concepto de elasticidad-cruzada se puede consultar en cualquier manual de Microeconomía como Mankiw (2007: 65-82): *Principios de Economía*. Madrid, Thomson, Cuarta Edición.

⁵ Aunque la regla alude principalmente a la elasticidad cruzada de la demanda, ésta se puede extender a la oferta.

⁶ Los test de causalidad tienen como objeto comprobar si se cumple la hipótesis de que los movimientos en el precio de un producto o área geográfica tiene efectos perceptibles en otro producto. Se aplican estimando dos regresiones separadas sobre x , una de las cuales incluye valores retardados de z . Si se establece una relación de causalidad, esto indicaría que pertenecen al mismo mercado.

⁷ La ley económica de precio único indica que si dos productos o áreas geográficas pertenecen al mismo mercado, el arbitraje hará que sus precios confluyan en el largo plazo. El autor afirma que esta predicción se puede representar mediante el concepto estadístico de la estacionariedad. Se dice que

que, estrechamente relacionado con el anterior, se centra en las relaciones de equilibrio a largo plazo entre los precios de dos o más productos.

Como señalan Spiller y Huang (1986)⁸, todas estas técnicas “*fundamentadas básicamente en el estudio de la evolución de los precios, son muy útiles para definir los mercados económicos, es decir, aquéllos basados en la ley del precio único, pero se deben adoptar con ciertas cautelas para delimitar los mercados relevantes desde el punto de vista de la política de la competencia*”. Y es que el hecho de que los precios de un producto o área geográfica afecten a los precios de otro producto o área no implica necesariamente que ambos productos o áreas geográficas se encuentren en el mismo mercado.

Para la política de competencia, el método más adecuado para comprobar si dos productos (o áreas geográficas) pertenecen al mismo mercado consiste en analizar si un monopolista hipotético de esos productos encontraría rentable aumentar el precio en una cuantía significativa de forma permanente. El test más utilizado por la mayoría de las autoridades de competencia es el llamado “**Test SSNIP**”⁹ o test del monopolista hipotético, destinado a estudiar las consecuencias de un pequeño (*Small*) pero significativo (*but Significant*) no transitorio (*Non-transitory*) incremento (*Increase*) en precios (*in Price*) sobre la rentabilidad del hipotético monopolista que realiza dicho aumento¹⁰.

3. Acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia

En el corazón de la política de competencia se encuentran los acuerdos y prácticas empresariales prohibidas por ser considerados como anticompetitivos. En la práctica, la libre competencia en los mercados –sobre todo aquéllos que reúnen características de estructura oligopolista- se ve amenazada por la efectiva o potencial coordinación de las acciones de los operadores económicos. Esto sitúa a los acuerdos y prácticas

dos series temporales son estacionarias si sus momentos hasta de segundo orden no dependen del tiempo.

⁸ citado en Ordóñez de Haro (2009: 153).

⁹ Para una descripción del funcionamiento de esta técnica se puede consultar Ordóñez de Haro (2009: 254-175) u Oystein y Sogard (2011)

¹⁰ Se pueden ver distintas objeciones a esta metodología en Geroski y Griffith (2004)

anticompetitivas en la primera línea de batalla en defensa de la competencia en la mayoría de los países¹¹.

A continuación vamos a analizar los tres tipos de comportamiento anticompetitivo con un mayor nivel de detalle. Como no podía ser de otro modo, prestaremos una atención especial a la problemática de la colusión debido a su particular trascendencia. Por el contrario, no profundizaremos en el falseamiento de la competencia por actos desleales, pues no es mucho lo que el análisis económico puede aportar en ese asunto.

3.1. Conductas colusorias

La OCDE (1995: 20) define la colusión¹² como “*cualquier coalición, asociación fraudulenta o acuerdo entre vendedores cuyo objetivo sea subir los precios o imponerlos y reducir la producción para acrecentar los beneficios*”.

El análisis económico proporciona valiosos instrumentos que nos permiten abordar con mayores garantías de éxito la problemática de la colusión. En concreto, para discernir desde el prisma económico si una práctica empresarial es o no resultado de la colusión¹³ entre competidores se procede a realizar un estudio en dos dimensiones: una primera dimensión estructural del mercado; y otra relacionada con los resultados o evidencia del mercado en términos de nivel de precios o rentabilidad. Seguidamente se van a detallar los principales factores que afectan a ambos niveles siguiendo el esquema propuesto por Cañizares y Domínguez (2009).

3.1.1. Análisis estructural de la colusión

Hay una serie de condiciones estructurales que deben concurrir en un mercado para que pueda efectuarse la colusión. Resulta imprescindible que el entorno sea propicio para que

¹¹ En España, el Capítulo I del Título I de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española, se titula “*De las conductas prohibidas*”. En él se analizan las tres tipologías de conducta que, por su carácter restrictivo o abusivo, quedan prohibidas por la citada Ley. Éstas son las “*conductas colusorias*” (artículo 1), el “*abuso de posición dominante*” (artículo 2) y el “*falseamiento de la libre competencia por actos desleales*” (artículo 3).

¹² Artículo 1.1 . de la Ley 15/2007.

¹³ Fundamentalmente tácita, pues la explícita suele demostrarse a partir de pruebas documentadas.

los agentes económicos puedan llegar a un entendimiento común sobre los términos de la (mutuamente beneficiosa) colusión. Para ello, las empresas implicadas no deben encontrar incentivos que les empujen a abandonar la conducta colusoria; o lo que es lo mismo, que no existan elementos externos que desestabilicen el acuerdo.

Por otro lado, será difícil en general que la colusión sea estable en aquellas industrias que no cuenten con barreras de entrada; tampoco ayuda una elasticidad demanda-precio alta; o el caso en que exista poder compensador de la demanda; o aquellos mercados que cuenten con productos muy diferenciados. Vamos a ver más detenidamente todos estos factores:

- a. **Concentración de la oferta.** Cuanto más concentrado esté un mercado por el lado de la oferta, mayor probabilidad de colusión habrá. Si unas pocas empresas controlan gran parte del mercado les será más fácil llegar a un acuerdo que beneficie a todas. Además, los costes de vigilar las posibles desviaciones se reducen a medida que se limita el número de empresas que suscriben el acuerdo.
- b. **Competencia actual.** Las empresas externas al cártel tienen incentivos para desestabilizar la colusión. Además, las empresas pertenecientes a un cártel no podrán elevar el precio de forma significativa si los clientes pueden encontrar alternativas de suministro a un precio competitivo.
- c. **Competencia potencial y barreras de entrada.** La propia amenaza de entrada en el mercado es otra dificultad que deben enfrentar las empresas que coluden. Es fácil ver que el aumento de precios producto de la colusión supondrá un incentivo para otros empresarios externos en ese momento¹⁴.
- d. **Poder compensador de la demanda.** Los acuerdos entre empresas se ven desestabilizados por la reacción que puede motivar en la demanda el incremento del precio. Esta respuesta puede tomar tres formas:

¹⁴ En consonancia con este hecho concluye Symeonidis (2003), a partir de un modelo econométrico, que la colusión es más propensa a aparecer en industrias intensivas en capital, en las que las barreras de entrada suelen ser especialmente intensas.

- En el caso en que los compradores puedan producir el bien objeto de colusión, esta **integración vertical** actuará como una restricción para las empresas que decidan componer un cártel.
- Los compradores damnificados por el cártel pueden **patrocinar la entrada** a un nuevo competidor en esa industria asegurándole un volumen de ventas suficiente para no comprometer su supervivencia.
- En el caso de mercados en los que las transacciones tomen la forma de contratos a largo plazo, los clientes pueden aumentar el **incentivo** de las empresas a abandonar el cártel. Cuanto mayor sea el tamaño de los clientes, mayores serán las ganancias de la desviación, lo que actuará como aliciente para abandonar al resto de socios del cártel.

e. Elasticidad de la demanda. La elasticidad de la demanda afecta a las probabilidades de colusión en la medida en que ésta resulta más factible en mercados con demanda inelástica. Los beneficios de la colusión serán obviamente mayores en este escenario. Además, los beneficios a corto plazo adicionales que obtiene una empresa por desviarse de la estrategia colusoria y bajar su precio son menores cuanto más inelástica sea la demanda.

f. Homogeneidad del producto. Cuanto más homogéneo sea un producto, mayores probabilidades de colusión habrá. Y viceversa. La heterogeneidad y variedad entre los productos de un mismo mercado dificultan la coordinación entre las empresas¹⁵.

g. Otras características estructurales. Existe todo un elenco de factores estructurales que influyen de algún modo en las posibilidades de colusión en los mercados. Podemos destacar la existencia de similitudes entre las empresas competidoras, ya sea en las cuotas de mercado, en la integración vertical o en las tasas de utilización de capacidad; el grado de transparencia que impere en el mercado, pues permite a las empresas observar las transacciones que realizan sus competidores; la estabilidad de la demanda, ya que si esta es creciente, incrementa consigo los beneficios de la colusión siempre y cuando existan barreras que impidan la entrada de nuevos competidores; la innovación, tanto en el producto como en el proceso productivo, generan asimetrías entre las empresas y diferencian el producto final, por lo que en ambos casos dificulta la colusión; la existencia

¹⁵ De hecho, la mayoría de los cárteles detectados por la Comisión Europea desde 1990 se han producido en mercados en los que el producto es homogéneo (Grout y Sonderegger, 2006)

de vínculos (especialmente, la existencia de participaciones cruzadas) entre empresas competidoras; y, finalmente, la existencia de economías de red refuerzan la posición de liderazgo de la empresa con mayor cuota de mercado, obstruyendo la colusión.

3.1.2. Análisis de los efectos de la colusión

A partir de los resultados que arroje un mercado también es posible obtener información relevante para discernir si dicho mercado se encuentra en una situación competitiva. Tradicionalmente, el análisis de los efectos se ha centrado en el estudio de la evolución de los precios (u otras condiciones comerciales) y las cuotas de mercado de las principales empresas de la industria.

La existencia de similitudes en los precios, movimientos paralelos de los mismos, o estabilidad en las cuotas de mercado pueden ser un indicio de conductas colusorias. Éste es el caso cuando las empresas se enfrentan a condiciones de coste similares o se ven afectadas de forma simultánea por shocks de demanda o de oferta¹⁶. No obstante, hoy sabemos que este tipo de indicios -similitudes, movimientos paralelos en los precios y estabilidad en las cuotas de mercado- también se observan en mercados competitivos. Por ello, la investigación ha de completarse con técnicas más sólidas pertenecientes al campo del análisis económico para concluir que las prácticas observadas en un mercado son resultado de la colusión. Estas herramientas tratan de comparar, ya sea en precios o en cantidades, los resultados de la industria objeto de estudio con aquéllos que cabría esperar en un mercado competitivo. A partir de esta premisa pueden ingenjarse una gran variedad de técnicas; a continuación comentaremos las más conocidas.

a. Análisis de la rentabilidad. El análisis de los beneficios resulta relevante para determinar si una industria alberga o no comportamientos colusorios. Si la rentabilidad que están obteniendo las principales empresas de la misma puede considerarse excesiva en comparación con el nivel de rentabilidad que se esperaría de un mercado competitivo, entonces estaríamos ante una evidencia de prácticas anticompetitivas. En la práctica, la principal dificultad estriba en averiguar la verdadera rentabilidad o beneficio económico de

¹⁶ Los modelos teóricos de competencia oligopolística (Cournot y Bertrand) y de competencia perfecta sostienen que un conjunto de empresas con costes idénticos fijarán los mismos precios y reaccionarán del mismo modo ante los shocks de demanda y oferta que les afecten por igual.

las empresas investigadas, así como la tasa de beneficios que puede considerarse normal en un mercado competitivo. La técnica más conocida consiste en comparar la Tasa Interna de Rendimiento¹⁷ (TIR) de la empresa con su Coste Medio Ponderado de Capital (CMPC). Analíticamente:

$$-I + \frac{FC_1}{1 + TIR} + \frac{FC_2}{(1 + TIR)^2} + \dots + \frac{FC_t}{(1 + TIR)^t}$$

Siendo I el valor de la inversión inicial y FC_t el valor de los flujos de caja obtenidos en cada período, y siendo t el horizonte temporal de la inversión.

Por otro lado, el CMPC se corresponde con la rentabilidad que exigen accionistas y acreedores a un proyecto de similar riesgo. De la comparación de ambos índices se puede obtener información útil, aunque no concluyente, sobre el grado de competencia del mercado en cuestión.

b. *Benchmarking* de precios. La comparación o *benchmarking* de precios puede realizarse a dos niveles:

- A nivel temporal, comparando el precio fijado por las empresas investigadas durante el período de tiempo que hipotéticamente se produjo la infracción, con el precio vigente en el período inmediatamente anterior y/o posterior, concebido como referencia del nivel de precios competitivo;
- A nivel geográfico, comparando el precio fijado por las empresas investigadas con el precio fijado para ese mismo producto en otros mercados geográficos considerados competitivos.

Hemos de considerar que la evolución temporal del precio de los bienes depende de multitud de factores de demanda y coste que no guardan relación con la colusión. Por ello es recomendable el uso de métodos econométricos, de modo que podamos aislar el efecto de estos factores ajenos a la conducta colusoria. Un modelo general sería:

¹⁷ EL TIR representa una aproximación de la rentabilidad económica y se corresponde con la tasa que iguala a 0 el valor actual de los flujos de caja generados por una inversión.

$$P_{it} = \alpha + \beta D_{it} + \gamma S_{it} + \lambda \text{Dummy cártel}_{it} + \varepsilon_{it}$$

Siendo P_{it} el precio del bien en el mercado geográfico i en el momento t ; D_{it} y S_{it} , son los vectores de demanda y oferta que influyen en el precio; Dummy cártel_{it} es una variable ficticia que toma el valor 1 para aquellos mercados geográficos y momentos del tiempo hipotéticamente afectados por la colusión; finalmente ε_{it} es un término de error. A partir de la estimación econométrica de los vectores β , γ y λ obtenemos la relación existente entre el precio del bien en cuestión y sus determinantes. Un valor positivo y estadísticamente significativo de λ sería consistente con la hipótesis de la colusión.

c. Tasa de repercusión de los costes. La proporción de los costes que una empresa traslada al precio varía generalmente según el grado de competencia. Así, una tasa de repercusión del 100% sería el reflejo de un mercado perfectamente competitivo, con costes constantes o demanda perfectamente inelástica. Por el contrario, a medida que dicha tasa disminuya, aumentará el indicio de colusión. La tasa de repercusión puede calcularse a partir de un modelo econométrico similar al del *benchmarking* de precios.

d. Análisis de dispersión. La evidencia empírica (y algunos estudios teóricos) nos dice que la fluctuación de los precios se reduce en períodos de colusión¹⁸. Asimismo, es de esperar que el nivel medio de precios sea superior durante dichos períodos. A partir de estas hipótesis, es posible contrastar si existe o no colusión en un mercado dado. Una técnica habitual es mediante la aplicación del coeficiente de variación de Pearson¹⁹, definido como:

$$\text{Coef. Variación de Pearson} = \frac{(p)}{\bar{p}}$$

Calculando esta relación entre la desviación estándar (σ) y el nivel medio de precios (\bar{p}) para distintos momentos del tiempo y mercados geográficos, se puede contrastar si:

¹⁸ Un importante motivo es el coste que supondría la continua revisión de acuerdos.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Abrantes-Metz *et al.* (2006).

- El coeficiente de Pearson dentro de las empresas o industria investigada es significativamente mayor durante el período en el que supuestamente se produce la colusión, con respecto a los períodos inmediatamente anterior y posterior.
 - El coeficiente de Pearson dentro de las empresas o industria investigada es significativamente mayor que en otros mercados de producto o geográfico que se consideren comparables.
- e. **Modelos de simulación.** El análisis económico neoclásico dispone de modelos teóricos que tratan de recoger las particularidades de los distintos tipos de competencia: monopolio, competencia oligopolística y competencia perfecta. Podemos generalizar el resultado de estos modelos en una única expresión en la que el precio fijado por una empresa es función de sus costes, las condiciones de demanda –aproximadas por las elasticidades- y un parámetro de intensidad competitiva²⁰. Analíticamente sería:

$$\text{Índice de Lerner} = \frac{p_i - c_i}{p_i} = \frac{v_i}{\eta_i} \Rightarrow v_i = \frac{p_i - c_i}{p_i} \eta_i$$

Siendo v_i el parámetro de la intensidad competitiva y η_i la elasticidad de la demanda. Con la información de precios y coste que puede obtenerse del mercado es posible inferir el valor del parámetro de intensidad competitiva, que se sitúa entre 0 y 1. Un valor cercano a 0 indicaría que el mercado se encuentra próximo a la competencia perfecta; por el contrario, si el valor de v_i se aproxima a 1 el mercado estaría cerca de la colusión perfecta.

3.2. Abuso de posición dominante

La OCDE (1995: 11) define el abuso de posición dominante²¹ como “*prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado*”. Se trata de un concepto similar al de monopolización (o intento de monopolización), propio de la legislación *antitrust* de EEUU.

²⁰ Consultar, por ejemplo, Bresnahan (1987).

²¹ Regulado por el artículo 2 de la Ley 15/2007.

Una definición más completa se desprende de la resolución del 30 de septiembre de 1999 por parte del TDC²² español. El Tribunal establece, acorde con la doctrina comunitaria, lo siguiente: “*Se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto*”.

Desde el punto de vista económico, el problema proviene del comportamiento abusivo que se asocia a la posición dominante. Ésta, por sí misma, no debe ser perseguida, ya que puede provenir de una mejor práctica comercial o de una estructura de costes más eficiente.

La identificación de conductas abusivas es una de las tareas más complejas de la política de competencia, pues no es fácil distinguir las del comportamiento competitivo que beneficiaría a los consumidores a largo plazo. De hecho, la mayoría de los comportamientos unilaterales de este tipo tienen un efecto dual: tanto competitivos como anticompetitivos (Paulis, 2010). Los siguientes motivos ayudan a explicar las dificultades que entraña esta línea de actuación de la política *antitrust* (Canoy et al., 2004)

- En primer lugar, una empresa dominante puede ser un innovador con éxito en su mercado, lo que promueve el bienestar. Sin embargo, la empresa dominante también puede deber su posición a una fusión anticompetitiva, lo que reduce obviamente el bienestar.
- Segundo, el comportamiento de la compañía dominante puede tener efectos adversos para el bienestar incluso cuando dicha posición se derive de la innovación. El innovador puede incurrir en abusos tales como la fijación de precios predatorios que pueden perfectamente evitar o retrasar las futuras innovaciones.
- Cuando las empresas dominantes incurren en prácticas que pueden reducir el bienestar, como los precios predatorios, resulta especialmente difícil distinguir tal comportamiento de aquellas prácticas competitivas que favorecen la eficiencia -tales como los descuentos-.

²² Resolución nº 362/99 *Bacardi*.

- Finalmente, las reducciones en el bienestar de hoy pueden ser compensadas con ganancias en el bienestar de mañana (o al contrario). La pregunta que aflora es: ¿quién tiene la potestad para decidir qué generación tiene preferencia?

Por tanto, aunque existe una relación directa entre poder de mercado e ineficiencia asignativa, no es menos cierto que dicha pérdida de bienestar puede verse compensada con ganancias en la eficiencia productiva y dinámica²³. Las aportaciones de la Escuela Austriaca han sido de especial importancia para que la política de competencia no trate de transformar la estructura de los mercados, sino de impedir que las empresas dominantes exploten su capacidad de actuar independientemente con respecto a sus competidores para mantener su posición en el mercado.

Pero, ¿cómo podemos evaluar si una empresa disfruta de una posición dominante? Normalmente se recurre a las cuotas de mercado. Si una empresa ostenta un 40 ó 50% de cuota de mercado, parece lógico pensar que dicha compañía tiene suficiente poder de mercado como para ser catalogada como dominante. Sin embargo, desde el punto de vista económico, este indicio es demasiado simple. Veamos dos situaciones ilustrativas (Canoy et al., 2004):

- En ocasiones, incluso las más grandes compañías pueden no disfrutar de una posición de dominancia. Imaginemos el caso de un mercado de feroz competencia entre grandes empresas – o de fuerte amenaza de potenciales competidores- donde la rápida innovación juegue un papel crucial. En este caso, las empresas no podrían actuar de un modo independiente.
- Por otro lado, puede darse el caso en que compitan varias empresas con menor cuota de mercado, por ejemplo, de un 25%, que sin embargo les permite actuar como dominantes. Esto sucede cuando las barreras de entrada son fuertes y el poder de mercado se manifiesta por otros cauces distintos a las cuotas de mercado. A pesar de que esta situación no sea la normal, no por ello debe ser ignorada.

²³ La *eficiencia asignativa* consiste en que los productos y servicios se asignan a los que más los valoran, en términos de su voluntad. Al hablar de *eficiencia productiva* se considera si la empresa o industria opera explotando sus economías de escala, usando la tecnología existente de forma eficiente y produciendo al mínimo coste. Por último, la eficiencia dinámica mide si los operadores económicos tienen la capacidad y poseen los incentivos adecuados para incrementar la productividad e innovar mediante el desarrollo de nuevos productos o servicios o bien reduciendo los costes de producción. (Giner Parreño, 2010: 136-137)

Asimismo, existen distintas técnicas o tests que nos permiten discernir si estamos o no ante efectos anticompetitivos (Rey, 2010). Entre éstas destacan el concepto de “sin un sentido económico”, según el cual, cualquier conducta que no tuviese sentido desde el punto de vista económico pero tendiese a reducir o eliminar la competencia debe ser visto como anticompetitivo; el test del “competidor igualmente eficiente”, por el que una conducta será interpretada como anticompetitiva cuando lleva a la expulsión de un competidor igual de eficiente que el infractor; o el test del “mantenimiento de una estructura de competencia efectiva”, por el que un comportamiento sería visto como anticompetitivo si alterase la estructura de competencia efectiva imperante en un mercado²⁴.

Este tipo de técnicas pueden ayudarnos en la difícil tarea de discernir entre comportamientos competitivos y anticompetitivos de empresas en posiciones de dominio. Pueden ayudarnos, pero en ningún caso darnos una respuesta definitiva. Cada situación debe ser individualmente estudiada para identificar los efectos económicos que de aquélla se deriven.

3.3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

Debido a la variedad, casi infinita, de actos desleales, no existe una definición aceptada de “competencia desleal”. Para saber si un acto concreto puede ser tildado de desleal, habrá que determinar si ha habido honestidad al actuar o si se han contravenido normas que defienden la moral y las buenas costumbres.

La ley 15/2007 que venimos comentando prohíbe en su artículo 3 el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Sin embargo, conviene aclarar que la competencia desleal goza en España de una ley específica: la Ley 29/2009 de Competencia Desleal²⁵, que sustituye a la Ley 1/1991. Esta disposición tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos cuantos participen en el mercado. Con tal fin prohíbe los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita (artículo 1). Con la inclusión de la

²⁴ El ejemplo más conocido de este test lo encontramos en el famoso Caso *Microsoft* de 2007.

²⁵ La Ley 29/2009 entiende por desleal, en su artículo 4, “*todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”.

publicidad ilícita como parte de la competencia desleal se pretende unificar la regulación de las acciones ejercitables tanto para la competencia desleal como para la publicidad ilícita. De este modo, *“la publicidad ilícita continua siendo delimitada por la Ley General de Publicidad, pero las acciones ejercitables frente a la misma son las que regula la Ley de Competencia Desleal en los artículos 32 y siguientes”* (Bercovitz, 2011: 74).

En el artículo 3 define su ámbito subjetivo. La Ley se aplicará a todos los agentes del mercado: empresarios, profesionales y cualquier otra persona física o jurídica que forme parte del mismo.

En definitiva, quedan prohibidos los actos de competencia desleal en las operaciones comerciales que, por falsear la competencia en los mercados, afecten al interés público y/o a los integrantes de dichos mercados, independientemente de que dicha operación se lleve finalmente a cabo. Esta clausula general, recogida en el artículo 4 de la Ley 29/2009, reproduce literalmente lo que disponía en el artículo 5 el texto original de la antigua Ley 1/1991, además de incluir otras normas extraídas de la “Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales” (Comisión Europea, 2005c). De este modo, junto al enunciado de la clausula general se incluyen algunas definiciones tales como “diligencia profesional”, “distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores”, y lo que significa “decisión sobre una transacción” (Bercovitz, 2011:95).

4. Concentraciones económicas

El control de concentraciones se erige como el segundo gran pilar del Derecho de Competencia –el primero es la persecución de las políticas o conductas anticompetitivas: la colusión y el abuso de posición dominante-. A pesar de su trascendencia, se observan grandes diferencias entre países a la hora de regular esta cuestión²⁶. Así, *“mientras en algunas legislaciones no existe el control de concentraciones, en otras la notificación es voluntaria y, finalmente, en ciertas legislaciones se prevé un sistema de notificación obligatoria”* (Berenguer Fuster, 2010: 195).

²⁶ En España, se regulan a partir del Capítulo II de la Ley 15/2007.

Por concentración económica se entiende “*la situación en la que un pequeño número de empresas o de grupos de empresas representa una gran parte de la actividad económica en términos de ventas, producción y empleo.*” (OCDE, 1995: 26- 27). Cuanto menor sea el número de empresas en la producción o mayor desigualdad se observe en la distribución de las cuotas de mercado, más concentrada estará una industria.

Este concepto ha de ser analizado desde, al menos, una doble perspectiva: en primer lugar, hay que distinguir entre concentración de mercado y concentración agregada. Ésta última refleja en qué medida un selecto número de empresas controla la producción en una economía en su conjunto, o por lo menos en amplios sectores de la misma²⁷; en segundo lugar, se puede hablar de concentración de oferta y concentración de demanda. Aunque para el análisis que se está siguiendo se ha dado por supuesto que se alude a la concentración del vendedor, es importante recordar que muchas de las mercancías que se venden son bienes intermedios que se transfieren entre empresas. Por tanto, en ocasiones puede ser de utilidad considerar el número y el tamaño de los compradores (Clarke, 1993: 24).

Las empresas ganan poder de mercado mediante el crecimiento propio, o bien mediante la fusión o adquisición del control de otras empresas. Así que la normativa de competencia se basa en dos sistemas:

- Control del grado de concentración empresarial
- Control y evaluación de las operaciones de concentración

En el primer caso, la intervención pública puede frustrar dicha concentración, aun cuando tal poder de mercado haya sido adquirido por el propio esfuerzo de las empresas. La segunda vía se ha utilizado sobre todo en Europa, aunque también en América. Se trata de ejercer un control de las adquisiciones o fusiones entre empresas con el fin de evitar que alcancen posiciones dominantes de forma inmerecida. Como señala Berenguer Fuster (2010: 196):

²⁷ Utilizando las cuotas de mercado de las 100 mayores empresas por producción neta en Gran Bretaña, Prais (1976) estimó que, en 1960, estas compañías controlaban alrededor del 40% de la producción neta frente a una estimación del 22% en 1949 (Clarke, 1993: 24). Esto tiene, lógicamente, un impacto negativo sobre el desarrollo democrático de las sociedades.

Las empresas pueden adquirir dimensión y poder de mercado, e incluso situarse en situación de dominio, por su propio esfuerzo, y si tal es así los poderes públicos no tienen nada que decir, salvo cuando se produzcan conductas abusivas de esa situación dominante. Por el contrario, si la dimensión es adquirida mediante la unión de diversas empresas, a través de una concentración, los poderes públicos pueden intervenir y prohibir la operación, si es previsible que de resultas de la misma la competencia pueda verse afectada.

Para ilustrar el modo en que las autoridades de competencia abordan el control de concentraciones, vamos a comentar los criterios de valoración sustantiva que son utilizados por la CNCM²⁸ (España) en el procedimiento de control que la ley contempla. El objetivo es discernir si la operación de concentración económica particular obstaculiza el desarrollo de una competencia efectiva en los mercados. La decisión de la CNMC dependerá, fundamentalmente, de los siguientes elementos²⁹:

- I. La estructura de los mercados relevantes. Si la CNMC debe analizar los efectos de la operación de concentración sobre la competencia, tendrá que empezar por confrontar el escenario anterior y posterior (a la operación de concentración) sobre el que orbita el proceso competitivo.

- II. La posición y fortaleza de las empresas afectadas. Conocer la estructura del mercado en el que tiene lugar la concentración implica considerar la posición y fortaleza de las empresas implicadas. Esto lleva necesariamente a la consideración de las cuotas de mercado. A pesar de ser una variable muy importante, *“el TDC ha recordado que las cuotas de mercado no constituyen en sí mismas un elemento decisivo en la valoración de una concentración económica, si bien conforma un primer elemento de juicio que necesariamente ha de ser sopesado con otros factores (...)”* (Berenguer Fuster, 2010: 211).

- III. La competencia real o potencial (barreras de entrada). Tras analizar la estructura del mercado, la CNMC debe atender a la dinámica competitiva del mismo, considerando la posición que ocupan los distintos competidores en tal dinámica. Se pretende estimar si la competencia se ve estimulada o dificultada por la concentración objeto de estudio. Al mismo tiempo se debe considerar la competencia potencial en la medida en que ésta sea

²⁸ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que sustituye a la extinta Comisión Nacional de Competencia uniéndola con la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

²⁹ La Ley recoge en el artículo 10.1 alguno más, pero aquí solo incluimos los más determinantes.

capaz de disciplinar el mercado mediante la entrada (o amenaza de entrada) de nuevos operadores. Esto remite a la CNMC al estudio de la contestabilidad o expugnabilidad³⁰ del mercado analizado. En este sentido, el análisis de las barreras de entrada resulta crucial para abordar el efecto pro-competitivo que la competencia potencial pueda ejercer sobre el mercado en cuestión.

IV. El poder de negociación de la oferta y la demanda, fundamentalmente de la segunda. El poder de mercado derivado de la concentración puede verse compensado si quienes contratan con dicha compañía también concentran ese poder de mercado. Sin embargo, la experiencia nos muestra que rara vez el poder de compra de los clientes es suficiente para contrarrestar los efectos negativos que producen las grandes operaciones de concentración³¹.

V. Los criterios de interés general, también llamados “contrapesos”. *“Los efectos contrarios a la competencia que se presentan como consecuencia de una operación de concentración pueden quedar compensados por otros efectos que actúen de contrapeso”* (Berenguer Fuster, 2010: 215). Estos contrapesos pueden ser de dos tipos:

- a. Concurrenciales, entre los que se encuentran el poder de demanda que contrarreste el incremento de poder de mercado y la posibilidad de que nuevos competidores entren en el mercado (competencia potencial).
- b. Extraconcurrenciales, entre los que destacan las ganancias en eficiencia –la práctica de las resoluciones del TDC demuestra que la consideración de las eficiencias constituye un elemento habitual en la evaluación de las fusiones y será analizada a continuación- y la excepción de empresas en crisis³².

³⁰ Un mercado es expugnable o contestable cuando las empresas pueden entrar y salir del mismo con facilidad. La teoría de los mercados contestables fue expuesta por W. Baumol, J. Panzar y R. Willing en su ya famoso *“Contestable Market and the Theory of Industry Structure”* en 1982.

³¹ Esto se debe, entre otros factores, al llamado “efecto cartera”, por el que la(s) empresa(s) puede(n) conservar todos sus clientes tras la operación de concentración. Ver el Informe del TDC en el Expte. C-30/97 Sara Lee/Nugget-Kanfort.

³² Práctica importada de EEUU (allí es conocida como *“Failing Company Defense”*) que ataca las convicciones del radicalismo liberal.

4.1. Análisis económico del control de concentraciones.

A la hora de analizar desde el punto de vista del análisis económico el control de concentraciones resulta imprescindible abordar de un modo individualizado los distintos tipos de concentración: horizontal, vertical y de conglomerado.

➤ Quizá el caso más recurrente sea el de las **concentraciones horizontales**, que afectan a empresas que compiten en el mismo mercado. Las fusiones horizontales pueden generar problemas de competencia que, a grandes rasgos, podemos describir a partir de dos situaciones distintas: primero, es posible que la fusión permita a la empresa resultante hacer uso de su poder de mercado aumentando unilateralmente el precio; en segundo lugar está el caso en el que una operación de fusión genere un escenario en la industria afectada proclive a la colusión. A continuación vamos a ver las particularidades más reseñables de cada una de las dos situaciones.

a. Efectos unilaterales.

De un modo general puede afirmarse que las fusiones horizontales generan dos efectos contrapuestos: por un lado, aumenta la concentración en el mercado, permitiendo que el poder de mercado aflore; por otro, produce ganancias de eficiencia al aprovechar las economías de escala y alcance. En definitiva, se trata de un *trade-off* entre eficiencia y poder de mercado. El primero en mostrar esta relación mediante un modelo fue Williamson (1968), cuyo modelo puede resumirse del siguiente modo:

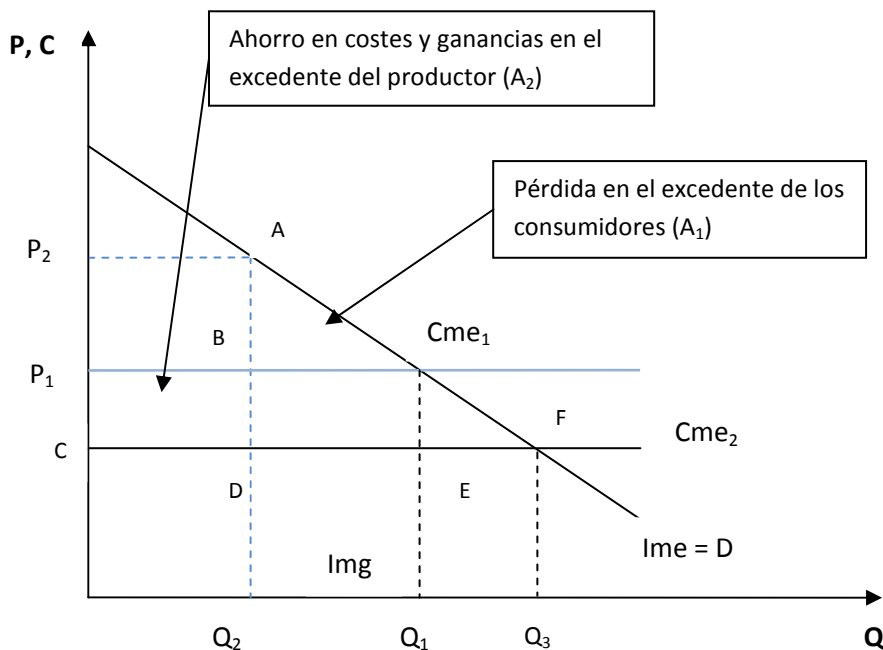


Figura 2. Trade-off entre eficiencia y poder de mercado

Williamson (1968) supone que las fusiones horizontales traen consigo, simultáneamente, un ahorro en costes (de Cme_1 a Cme_2) a través del aprovechamiento de economías de escala y un aumento en el precio (de P_1 a P_2) debido al incremento del poder de mercado. Su modelo parte de una situación competitiva, donde las empresas producen con idéntica curva de costes medio y marginal (Cme_1). La cantidad intercambiada en condiciones competitivas será Q_1 al precio P_1 . Sin embargo, la fusión permite a la empresa resultante producir con una curva de costes medio y marginal Cme_2 . La cantidad de monopolio finalmente llevada al mercado será Q_2 al precio P_2 . En estas circunstancias, la fusión será beneficiosa para la economía desde la perspectiva de la eficiencia siempre y cuando el ahorro en costes logrado por la empresa derivada de la fusión (rectángulo $C P_1 D B$) supere las pérdidas que se observan en el excedente de los consumidores (área $B A Cme_1$).

Así, cuando $A_2 > A_1$ la fusión debería, teóricamente, ser permitida³³. Tras la concentración se produce un beneficio social neto, pues en ninguna situación competitiva es posible

³³ Lo realmente relevante del modelo es la comparativa de las dos áreas, donde :

$A_1 = \frac{1}{2} (P_2 - P_1)(Q_1 - Q_2)$ ó $\frac{1}{2} [\Delta(P)\Delta(Q)]$; y $A_2 = (Cme_2 - Cme_1)Q_2$ ó $[\Delta(Cme)]Q_2$.

El efecto económico de la concentración será positivo si se mantiene: $(Cme)Q_2 - \frac{1}{2} (\Delta P)(\Delta Q) < 0$.

abarcar el área $C P_1 Cme_1 F$. En esta situación se llevaría al mercado una cantidad Q_3 , donde el coste marginal iguala al precio en la situación de monopolio. No obstante, Williamson (1968) advierte que el cálculo de este *trade-off* es más complejo de lo que su intuitivo modelo parece indicar.

En definitiva, las operaciones de concentración incrementan el poder de mercado de las empresas implicadas, que se ven capacitadas para elevar los precios a costa del excedente de los consumidores. Esto permite que el excedente del productor se vea ampliado, tanto de las empresas protagonistas de la concentración (*insiders*), como de las externas (*outsiders*), pues el incremento en el precio afecta a todos los participantes en el mercado. Si no considerásemos los efectos sobre la eficiencia, el efecto neto de la concentración sería negativo³⁴ (Motta, 2007).

Empero, la obtención de una estructura productiva más eficiente puede actuar, como hemos visto, como contrapeso del poder de mercado, permitiendo así que el efecto social neto de la fusión sobre el bienestar sea positivo. Esto se produce cuando las ganancias en eficiencia son suficientemente grandes en las empresas fusionadas (*insiders*) para que, al disminuir sus costes, reduzca a su vez el precio en busca de una mayor cuota de mercado, lo que redundará en última instancia en beneficio para los consumidores. Como resultado, tanto el excedente del consumidor como el del productor se verán ampliados.

Sin embargo, hay que advertir que las empresas externas a la operación de concentración (*outsiders*) pueden sufrir pérdidas derivadas de la fusión. Por tanto, no es de extrañar que se opongan a dicha fusión. Debido a que ésta permite a las empresas fusionadas reducir sus

Dividiendo entre Q_2 y sustituyendo $\frac{\Delta Q}{Q}$ por la expresión $\eta \frac{\Delta P}{P}$, siendo η la elasticidad de la demanda, obtenemos: $\Delta(Cme) - \frac{1}{2}(\Delta P) \eta \frac{P}{p} > 0$. Finalmente, dividiendo todo entre $P_1 = k (Cme_1)$, donde k es un índice del poder de mercado antes de la fusión, obtenemos el ansiado criterio:

$\Delta Cme / Cme - k/2 \eta (P/p)^2 > 0$; Si se cumple la inecuación, el efecto de la concentración sobre la eficiencia en la asignación de recursos se verá incrementada. Si la diferencia es igual a 0, la fusión será neutral. Finalmente, si la inecuación se cumple a la inversa, la fusión será negativa.

³⁴ Esta afirmación está sujeta a excepciones. Farrell y Shapiro (1990) demuestran que las fusiones entre empresas pequeñas pueden aumentar el bienestar. En su modelo, las empresas compiten en cantidades, y cuando dos de éstas se fusionan reducen su producción, mientras que las empresas externas a la fusión reaccionan incrementando la cantidad producida. Si las empresas fusionadas son pequeñas y aquéllas ajenas a la concentración fuesen grandes, es posible que el efecto global de la fusión sobre el bienestar fuese positivo.

costes, la operación de concentración ha cambiado la competitividad de las empresas que integran el mercado en detrimento de las empresas externas o ajenas a la fusión (Motta, 2007).

Debemos apuntar que la evaluación de estas ganancias de eficiencia, que actúa como contrapeso al poder de mercado, no está exenta de dificultades. Sobre todo, existe un evidente problema de información asimétrica entre las agencias de competencia y las empresas fusionadas, estando las segundas mucho mejor informadas que las primeras. Hay por tanto incentivos para que las *insiders* sobreestimen los beneficios en forma de menores costes ante las agencias de competencia, de modo que den luz verde a la operación. Al mismo tiempo, y por motivos opuestos, las *outsiders* encontrarán incentivos para minusvalorar dichos beneficios si consideran que la empresa resultante amenaza su actual situación competitiva.

Otros problemas se derivan del propio concepto de “ganancias en eficiencia”. En primer lugar habría que distinguir entre ahorro en costes que afectan directamente a la producción (costes variables) y ahorro en costes que afectan principalmente a los costes fijos. Mientras que el primer tipo de ganancias en eficiencia tendría probablemente un impacto directo en los precios, el segundo tipo afectaría a los costes que son independientes del volumen de producción pudiendo así mantenerse al margen de las decisiones sobre precios, que dependen únicamente de los costes variables. Por otro lado, las ganancias en eficiencia que redundan en los costes fijos pueden traducirse en un mayor bienestar neto a través de dos cauces:

- i. En primer lugar, la fusión puede eliminar la duplicación de los costes fijos, lo que permitiría a la empresa resultante a incrementar sus beneficios sin alterar el área correspondiente al excedente del consumidor³⁵.
- ii. Un segundo efecto positivo podría provenir del estímulo que se podría producir en las inversiones en general y el montante destinado a I+D+i en particular. Este efecto entraría en escena en el medio/largo plazo, lapso temporal que deberían tener en cuenta las autoridades a la hora de emitir sus juicios.

³⁵ Hay que precisar que, ante regímenes de competencia que otorguen un gran peso a los consumidores, o leyes de competencia que exijan que una parte de las ganancias de las empresas fusionadas redunden en los consumidores, este tipo de ganancias en eficiencia de costes fijos son vistos con suspicacia.

Finalmente, hay que considerar que las ganancias en eficiencia serán valoradas positivamente en la medida en que no es posible alcanzarlas por medio de otras vías distintas a la fusión. Estos caminos deben ser accesibles y realistas para que resten importancia a dichos beneficios que actúan como contrapeso a la reducción del número de competidores.

b. Efectos pro-colusorios.

Las operaciones de concentración no sólo afectan negativamente al bienestar cuando la empresa resultante conquista poder de monopolio. También es un problema que determinadas fusiones instauren en la industria una atmósfera que propicie comportamientos colusorios³⁶. Hay dos razones por encima de otras que explican este fenómeno:

- i. Primero, una fusión, por definición, reduce el número de empresas compitiendo, y ya hemos comentado que hay una relación inversa entre el número de competidores y la probabilidad de colusión en un mercado.
- ii. En segundo lugar, las operaciones de concentración pueden propiciar una distribución más simétrica de los activos y características de las empresas³⁷. La mayoría de expertos coinciden en señalar que la simetría en factores tales como la cuota de mercado, la variedad de productos en cartera, los costes o la capacidad en una industria facilita la colusión.

Los factores que facilitan la colusión tras una operación de concentración son similares a los que se detallan en el epígrafe anterior. Entre otros, Motta (2007) destaca el grado en que las empresas puedan observar los precios de sus rivales, ya que la falta de transparencia en este ámbito haría insostenible la colusión; la existencia de intercambios de información entre empresas³⁸; la frecuencia en las transacciones, pues permite sanciones oportunas a las

³⁶ El apartado 3.1.1. recoge pormenorizadamente los factores más importantes que facilitan o dificultan la colusión.

³⁷ Ver por ejemplo Vasconcelos (2005).

³⁸ Kühn (2001) sostiene que la disponibilidad de información concerniente a precios y cantidades pasadas y actuales de cada empresa individual facilita la colusión.

empresas que se desvíen del acuerdo; la estabilidad de la demanda; finalmente, la ausencia de competencia potencial y de poder de compra también facilitan la colusión.

Lógicamente, cuanto más favorables sean las condiciones en un mercado, antes de la operación de concentración, para que se efectúe la colusión, mayor riesgo entrañará permitir dicha operación. Como se desprende de toda la discusión, predecir el efecto real de las fusiones o adquisiciones (horizontales en este caso) es una tarea realmente compleja.

➤ Pasamos a analizar las implicaciones más importantes para el bienestar de las **concentraciones verticales**³⁹. Para ello, resulta imprescindible comprender las externalidades que se derivan de dichas operaciones. Entre estas destacan dos: el problema de la doble marginalización, identificado por Spengler (1950), y el asunto del *free rider* en la provisión de servicios.

Imaginemos la situación en la que un fabricante confía en un minorista para vender sus productos al consumidor final, todo en un mercado de competencia monopolística. El fabricante vendería al minorista a un precio constante. Supongamos, para simplificar, que el minorista no soporta más coste que el precio que paga al fabricante por el producto. Ambos tratarán de maximizar sus beneficios, de modo que el fabricante fijará un precio w dados sus costes c ⁴⁰, mientras que el minorista elegirá p ⁴¹ dados sus costes (w). Al añadir cada una de ellas un margen sobre los costes, el resultado es que los consumidores pagarán un precio demasiado elevado por una cantidad insuficiente con respecto a lo que podría considerarse como óptimo en términos de bienestar si considerásemos los beneficios conjuntos de ambas empresas.

Si las empresas estuviesen integradas verticalmente, el precio p solo incluiría un margen sobre el coste c . Por tanto, la integración vertical sería eficiente en el sentido de que permite “internalizar” la externalidad que de otro modo impondría la relación entre ambas. Como

³⁹ Las concentraciones verticales se refieren a la que se producen entre etapas sucesivas en el proceso productivo; por ejemplo, entre un fabricante y un distribuidor.

⁴⁰ Siendo $w > c$, pues la teoría nos dice que, al maximizar beneficios en competencia monopolística las empresas fijan los precios con un margen sobre los costes.

⁴¹ Siendo $p > w$.

resultado, tanto las empresas como los consumidores se beneficiarían de dicha fusión vertical⁴².

Motta (2007) precisa que el problema de la doble marginalización puede ser resuelto conservando la independencia de ambas empresas a través de restricciones verticales. El mantenimiento de precios de reventa y la obligación de entrega de cantidad mínima tienen un efecto similar: incrementar el nivel de ventas y disminuir el precio hasta el nivel considerado óptimo para la estructura integrada.

Un efecto beneficioso adicional de las fusiones verticales proviene de la consideración de externalidades horizontales entre los minoristas. Es conocido el caso en que varios minoristas que venden un producto homogéneo lo dotan de servicios adicionales para incrementar la demanda. Si dichos servicios no pueden ser perfectamente apropiables por el minorista que los emprende, estaríamos ante un problema de *free rider*, toda vez que el resto de empresas minoristas puede aprovecharse de los servicios impulsados sin coste alguno. Como consecuencia, la provisión de servicios es inferior a la óptima y el fabricante verá reducidos sus beneficios.

Sin embargo, tanto la integración vertical como ciertas restricciones verticales pueden nuevamente solventar esta situación. En el primer caso, al ser el fabricante propietario de las tiendas consideraría la externalidad en cuestión a la hora de negociar las condiciones con otros minoristas. En segundo lugar, un mayorista puede recurrir a las restricciones verticales para restablecer los incentivos de los minoristas a proveer servicios con el producto. Una opción sería asignar en exclusiva los derechos de venta a un distribuidor por ciudad. Otras alternativas para el fabricante podrían consistir en fijar el precio de venta, o imponer un precio mínimo que permita a los minoristas recuperar –al menos parte- de su inversión en servicios.

⁴² El ejemplo es de algún modo restrictivo, pues queda limitado a los mercados monopolísticos. Sin embargo, se puede extender a los mercados oligopolísticos. En la medida en que alguna de las dos empresas (fabricante y minorista, por ejemplo) disfruten de poder de mercado, la doble marginalización se producirá. Una fusión vertical entre ambas empresas tendría el mismo efecto que en el ejemplo del mercado monopolístico: menores precios y mayor cantidad.

A pesar de estos dos ejemplos, las fusiones verticales han despertado tradicionalmente suspicacias. Los problemas de competencia en este tipo de operaciones radican en la posibilidad de que un proveedor, al integrarse verticalmente descendiendo por la cadena productiva, se niegue a continuar suministrando a las empresas que, tras su fusión, han pasado a convertirse en su propia competencia. Nuevamente vemos cómo la regulación en materia de concentraciones económicas está sujeta a una gran variedad de factores y situaciones que no facilitan el éxito en este particular ámbito de la política de competencia.

➤ Para finalizar comentaremos someramente las implicaciones más importantes de la **fusión de conglomerado**. A pesar de que generalmente se considera neutral, la fusión de conglomerado puede tener efectos –indirectos– sobre la intensidad competitiva y el bienestar.

Whinston (1990) muestra cómo las ventas vinculadas o agrupadas pueden tener efectos anticompetitivos. Podemos imaginar el caso de una empresa que comercializa varios productos independientes; cabe la posibilidad de que dicha empresa aumente su cuota en el mercado de un producto, para alcanzar poder de mercado en otro distinto.

En segundo lugar existe un problema relacionado con los mercados financieros. Supongamos que una empresa que actúa como monopolista en un mercado absorbe a una empresa que opera en un mercado competitivo. La nueva empresa disfrutará de ventajas competitivas desde el punto de vista financiero, ya que se financiará con un menor coste e incluso estará capacitada para financiar una estrategia de precios predatorios que reduzca el número de competidores.

4.1.1. Medidas de concentración

Para estudiar si un mercado funciona de un modo competitivo, las autoridades de competencia se han basado tradicionalmente en el cálculo de las cuotas de mercado y en los índices de concentración basados en dichas cuotas. Se trata de una herencia del enfoque estructuralista, pues se considera a la estructura como un indicador relevante a la hora de explicar los resultados del mercado.

Las medidas de concentración pretenden medir, de un modo simplificado, la proximidad de un mercado, bien a una estructura de competencia perfecta, bien a una de monopolio (ambos constituyen los casos límite de concentración que denotan los mercados). Tanto la Comisión Europea como las autoridades estadounidenses utilizan las medidas de concentración como instrumento clave en la regulación de fusiones. Vamos a ver las más conocidas:

I. Ratio de concentración. Es la medida más simple. El ratio de concentración de orden k es la cuota de mercado combinada de las k empresas más grandes del mercado.

$$C_k = S_1 + S_2 + \dots + S_k = \sum_{i=1}^k S_i = \sum_{i=1}^k \frac{X_i}{X}$$

Donde S son las cuotas de mercado individuales y C la cuota de mercado conjunta de las n empresas más grandes. El valor de C_k varía entre k/n , donde n es el número total de empresas (concentración mínima) y 1 (concentración máxima). El problema de esta medida discreta y ampliamente utilizada reside en que, al considerar tan solo una parte de la distribución de las cuotas de mercado, “una misma industria puede aparecer más o menos concentrada según cual fuere el valor de n ” (Kwoka, 1981)⁴³. Del mismo modo, ignora por completo la parte del mercado no considerado (fuera de k). Esta medida fue el principal instrumento de análisis del Departamento de Justicia norteamericano en las *Merger Guidelines* hasta 1982; concretamente se usaba el C_4 .

II. Índice de Herfindhal-Hirschman. Este índice recoge la suma de las cuotas de mercado de las empresas integrantes de una industria al cuadrado.

$$IHH = s_1^2 + s_2^2 + \dots + s_n^2 = \sum_{i=1}^n s_i^2 = \sum_{i=1}^n \left[\frac{x_i}{X} \right]^2$$

El Índice de Herfindhal-Hirschman (IHH) se puede descomponer en una parte que represente el número de empresas y otra que refleje la varianza (σ^2) de las cuotas de

⁴³ Citado en Ordóñez de Haro (2009: 185).

mercado. La varianza de las cuotas de mercado viene dada por $\sigma^2 = \sum_{i=1}^n (s_i - \bar{s})/n$, donde $\bar{s} = 1/n$ es la cuota de mercado media de las n empresas que estén siendo objeto de investigación. Realizando los cálculos pertinentes y reordenando los términos se obtiene:

$$IHH = \frac{1}{n} + n\sigma^2$$

Si todas las empresas son iguales, en el sentido de que tienen la misma cuota de mercado ($\sigma^2 = 0$), el valor del *IHH* alcanza el valor de $(1/n)$, siendo el caso de la concentración mínima. Así, el *IHH* varía desde cero cuando n tiende a infinito (concentración mínima) y 1, delatando éste el caso del monopolio (concentración máxima)⁴⁴.

Por tanto, este índice agrega las cuotas de mercado de las empresas utilizando un criterio cuadrático, de modo que puede interpretarse como un promedio de las cuotas de mercado de cada empresa; o como la inversa del número de empresas del mismo tamaño que darían lugar a un valor del índice de concentración idéntico.(Adelman, 1969)⁴⁵. Por ejemplo, un *IHH* = 2.000 denotaría el caso de 5 empresas del mismo tamaño, con una cuota de mercado del 20%. Las autoridades de competencia de muchos países utilizan el *IHH* para clasificar los mercados estableciendo unos valores determinados del *IHH* relacionados con las características del mercado.

En particular, en las *Merger Guidelines* de 1992, el Departamento de Justicia de EEUU establece una catalogación de la concentración de los mercados atendiendo a los valores que adopta el *IHH*. De modo que los mercados en los que este índice se sitúa por debajo de 1.000 no estarían concentrados, entre 1.000 y 1.800 se consideran moderadamente concentrados, y por encima de 1.800 estarían altamente concentrados. Además, las fusiones que aumenten el *IHH* en más de 100 puntos en la tercera categoría se presupone que crean o incrementan el poder de mercado, o al menos lo facilitan.

Por otro lado, en el Reglamento comunitario de concentraciones de la Comisión Europea se utilizan las cuotas de mercado y el nivel de concentración del mismo para ver en qué

⁴⁴ Los valores mínimo y máximo se corresponden con $10.000/n$ y 10.000, respectivamente, si las cuotas de mercado utilizadas vienen expresadas en tanto por ciento.

⁴⁵ Citado en Ordoñez de Haro (2009: 186).

mercados es más probable que se estén ejecutando prácticas anticompetitivas. Concretamente, las Directrices (*Guidelines*) acerca de la evaluación de las concentraciones de la Comisión, consideran el *IHH*, y la variación en el *IHH* de una situación previa y posterior a la fusión (el denominado *delta*) como indicadores del cambio en la presión competitiva del mercado en el que vaya a tener lugar la fusión. De este modo, las Directrices advierten que la Comisión probablemente no considere una intervención en un mercado con un *IHH* posterior a la fusión que se encuentre por debajo de 1.000; igualmente, tampoco considera que se afecte la competencia en el caso de un *IHH* con valores entre 1.000 y 2.000 y un *delta* inferior a 250; o en una fusión que alcance un valor de *IHH* superior a 2.000 y un *delta* inferior a 150, planteando una serie de excepciones donde se requeriría un análisis detallado.

III. Índice de entropía. La medida de entropía, aplicada al análisis económico⁴⁶, mide la diversificación de una industria (o un grupo de empresas en diferentes industrias) frente a una distribución uniforme de las actividades económicas en todos los sectores (o entre todas las empresas). El *índice de entropía* vendría definido por:

$$E = - \sum_{i=1}^n s_i \log_b s_i$$

Al igual que el *IHH*, el índice de entropía se trata de una medida acumulativa. En este caso las ponderaciones son los logaritmos de las cuotas de mercado de las empresas con signo negativo. A diferencia de las anteriores medidas, un aumento del índice de entropía se traduce en un descenso en la concentración, y no al contrario. Esto convierte al índice de entropía en la práctica en una medida de diversificación, pues se trata del inverso de un índice de concentración.

La base del logaritmo (*b*) es arbitraria⁴⁷. El índice alcanza su valor máximo para $\log_b n$ cuando todas las empresas poseen la misma cuota de mercado; el valor mínimo, 0, implica que estamos ante una situación de monopolio. Dividiendo *E* por su valor máximo se

⁴⁶ La medida de entropía se introdujo en la economía a través de Theil (1967) y, paralelamente, Finkelstein y Friedberg (1967)

⁴⁷ Cuando la base es 2, la unidad de medida de entropía se conoce como BIT, digital binario (Attaran y Saghadafi, 1988)

obtiene un índice relativo de entropía con valores entre 0 y 1 (Horowitz y Horowitz, 1968)⁴⁸.

Para interpretar correctamente estas medidas de concentración, es importante conocer sus principales limitaciones. La primera se deriva de la existencia de *holdings* de empresas. Si las medidas de concentración tratan de medir el poder de mercado, no deberían contabilizar solamente la cuota de mercado de cada empresa, sino la cuota de cada agente decisor (que, en algunos casos puede tener más de una empresa). Si consideramos las cuotas de participación de activos que algunas empresas poseen sobre otras, y el control efectivo que tales activos representa, entonces la verdadera distribución de cuotas de mercado no coincidirá con aquella que denote el poder decisor. Por tanto, los valores de los índices de concentración serían muy distintos si se aplican considerando el primero, o el segundo conjunto de cuotas de mercado (Farrell y Shapiro, 1990).

Un segundo problema proviene del nivel de agregación que se escoja, y es el mismo al que se alude en la definición de mercado. La controversia reside en la definición de mercado relevante.

Una última limitación de estos índices consiste en su naturaleza estática, en el sentido que no reflejan la evolución en el tiempo de las cuotas de mercado de las empresas. Por ello, es habitual recurrir a índices de volatilidad⁴⁹ o inestabilidad de las cuotas de mercado. Sin embargo, estas medidas tampoco están libres de inconvenientes.

⁴⁸ Citado en Ordóñez de Haro (2009: 188).

⁴⁹ El más conocido es el Índice de inestabilidad (I) que se define por: $I = \frac{1}{2} \sum_{i=1}^n |s_{i2} - s_{i1}|$, donde s_{i2} y s_{i1} son las cuotas de mercado de la empresa i en el período 2 y 1; y n es el número total de empresas. I variará entre 0 (inestabilidad mínima) y 1 (inestabilidad máxima). En la situación de $I = 0$, todas las empresas mantendrían su cuota de mercado de un período a otro; en cambio, $I = 1$ se traduce en que todas las empresas presentes en el mercado en el período inicial tienen una cuota de mercado nula en el segundo período (han salido del mercado).

5. Control de ayudas públicas

El control de ayudas públicas⁵⁰ se trata de una actividad especial, atípica en relación con el resto de líneas de actuación que ya hemos abordado. Es paradójico que una autoridad pública (agencia de competencia) intervenga y condicione las decisiones de gasto de otro ente público.

Como hemos comentado, la razón lógica que subyace al control de ayudas públicas está relacionada con la integración de los mercados nacionales. Ante el reto de constituir mercados supranacionales –como es el caso de la UE- resulta imprescindible controlar las acciones que los gobiernos nacionales pueden verse tentados a emprender como parte de su agenda de política industrial. El objetivo es evitar que se produzca una espiral de ayudas estatales que lleve a la llamada “guerra de subvenciones”, perjudicando al conjunto de los participantes en la misma.

Por ello, las ayudas públicas adquieren una especial relevancia en el ámbito de la UE. Todo lo establecido en la normativa española se entenderá en consonancia “*con los artículos 87 a 89⁵¹ del Tratado de la Comunidad Europea y del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, y de las competencias de la Comisión Europea y de los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales en materia de control de ayudas públicas*”⁵². En el Capítulo V se profundiza en la normativa europea que regula la concesión de ayudas públicas en los Estados miembros.

Este fundamento se sostiene a partir de la hipótesis de que los gobiernos nacionales tratan de maximizar el bienestar dentro de su jurisdicción. En el momento en que nos desviemos de dicha hipótesis, el control de ayudas estatales carece de base sólida.

Un segundo argumento respalda el control de ayudas estatales, y se encuentra relacionado con la extendida tendencia de los políticos a despilfarrar recursos públicos. Podría pensarse que este derroche debería ser controlado con medidas nacionales, en lugar de recurrir a

⁵⁰ Las ayudas públicas quedan reguladas por el Capítulo III, que cierra el Título I de la Ley 15/2007.

⁵¹ Actualmente, artículos del 107 al 109 del TFUE.

⁵² Artículo 11 LDC 15/2007

intervenciones supranacionales como ocurre en la realidad (Comisión Europea u OMC). Sin embargo, hay autores como Dewatripont y Seabright (2005) que sostienen que este despilfarro surge como un subproducto de la responsabilidad política, y que el fortalecimiento de estos mismos mecanismos no necesariamente mejoraría las decisiones de gasto.

Su modelo muestra cómo los políticos participan a veces en gastos innecesarios, no por negligencia, sino por su deseo de ser reelegidos. Piensan que una imagen de compromiso con el suministro de recursos públicos mejora sus posibilidades de reelección. En concreto, los políticos se esforzarían, a través de recursos públicos, por atraer inversión extranjera a su jurisdicción para generar riqueza y empleo en la misma. Huelga decir, nuevamente, los peligros que entraña una carrera entre las naciones por atraer inversión extranjera recurriendo a recursos públicos.

Para la evaluación de la compatibilidad de una ayuda estatal se recurre a una simple confrontación de los efectos positivos (esperados) de dicha ayuda y de sus efectos negativos, concretamente, la distorsión de la competencia y el comercio que pueda generar. Para ser declarada compatible, la ayuda debe ser necesaria y proporcional para alcanzar un objetivo de interés común (Comisión Europea, 2008a). En el capítulo dedicado a la política de competencia de la UE detallaremos la puesta en práctica del control de ayudas estatales por la estrecha relación existente entre esta intervención y el mercado común.

RESUMEN- CONCLUSIONES

La política de competencia, como toda intervención pública, se impulsa bajo el convencimiento de que contribuye a incrementar el bienestar social. Estos efectos beneficiosos dependerán del grado en que se alcancen tres objetivos fundamentales para la política *antitrust*: la protección de la libertad y los derechos individuales, el mantenimiento de la libertad económica de los competidores y la consecución de la eficiencia distributiva y productiva.

La puesta en práctica de la política de competencia exige un profundo conocimiento del funcionamiento de los mercados. La legislación antimonopolio no puede ser interpretada al pie de la letra, pues la propia dinámica de los mercados esconde una gran cantidad de matices que deben ser debidamente evaluados e interpretados para cada caso concreto. De hecho, desde la UE se viene reclamando el uso de un enfoque más económico en la política de competencia.

Por tanto, estamos en condiciones de afirmar que el análisis económico se erige como una herramienta fundamental para la defensa de la competencia. Si bien las conclusiones que podamos obtener a partir del mismo deben ser siempre interpretadas con cautela, no es menos cierto que proporcionan valiosa información que guiarán las investigaciones.

La política de competencia se aplica a través de cuatro grandes áreas (que pueden ser tres si se agrupan, como hace la LDC, en “acuerdos y prácticas prohibidas”): la colusión, el abuso de posición de dominio, las concentraciones y las ayudas públicas. Las tres primeras están dirigidas al comportamiento de las empresas privadas, mientras que la última se refiere, lógicamente, a la distorsión de la competencia que desde el sector público se pudiese generar.

Un concepto básico para la aplicación de la política de competencia es el de poder de mercado. Éste consiste en la capacidad que tienen las empresas para elevar los precios por encima del nivel competitivo en beneficio propio y modificar la estructura del mercado. Una labor preliminar será delimitar correctamente el llamado mercado relevante, desde la perspectiva del producto y de la zona geográfica. Para comprobar si dos productos

pertenecen al mismo mercado, la técnica más utilizada consiste en test del monopolista hipotético o Test SSNIP.

El núcleo duro de la política de competencia lo componen los acuerdos y prácticas prohibidas –colusión y abuso de posición dominante- y el control de concentraciones económicas –fusiones y adquisiciones básicamente-. Para tener éxito en ambos casos resulta de vital importancia la observación directa de las características estructurales de los mercados. La colusión se ve facilitada por toda una serie de factores que suelen estar relacionados con la capacidad de las empresas de controlarse unas a otras ante posibles desviaciones del acuerdo (tácito o explícito). Esto no quiere decir que no podamos obtener evidencia de prácticas colusorias analizando los resultados del mercado a partir de técnicas como el *benchmarking* de precios.

Proteger los mercados de los abusos de empresas que se encuentran en posición dominante es una de las tareas más complejas de la política de competencia. Las empresas más eficientes se ven recompensadas en forma de mayores beneficios, lo que les puede llevar a ocupar una merecida posición de dominio. De lo que se trata es de impedir que la empresa dominante explote su privilegiada situación para mantenerse en la misma.

El control de concentraciones económicas también exige un minucioso conocimiento de la dinámica de los mercados. De los tres tipos de operaciones de concentración –horizontal, vertical y de conglomerado- es sin duda la horizontal la que alberga las implicaciones más importantes para la política de competencia. El control de concentraciones se hace por medio de un análisis de los efectos positivos que la operación en cuestión pudiese conllevar, normalmente en términos de eficiencia, confrontados con los hipotéticos efectos negativos: la reducción de la competencia en el mercado afectado.

Finalmente, el control de ayudas públicas constituye una parte especial de la política de competencia en tanto en cuanto atañe a las acciones de los entes públicos. Se trata de evitar que la política de ayudas y subvenciones de los gobiernos distorsionen la libre competencia beneficiando discrecionalmente a determinados agentes. Normalmente se ha identificado el fundamento de este control con la integración de los mercados nacionales en un ámbito supranacional como la UE; sin embargo, otro motivo que justifica esta intervención se

encuentra en la tendencia de los políticos a utilizar recursos públicos en forma de subvenciones para aumentar la probabilidad de ser reelegidos.

PARTE II

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO IV

LOS ELEMENTOS HISTÓRICOS EN LA CONFIGURACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo recoge las claves históricas que han marcado la política de competencia en Europa. Se trata de comprender la situación actual a partir de un estudio de los hechos más significativos –leyes, debates, decisiones, sentencias, etc.- que conforman la historia de una de las políticas fundacionales de la UE.

Para ello, hemos dividido el capítulo en tres partes bien diferenciadas., con sus correspondientes epígrafes. Como no podía ser de otra manera, el primer epígrafe aborda los orígenes de la política de competencia en Europa. Para ello nos adentraremos en un escenario excepcional, tanto por su riqueza cultural como por el advenimiento de nuevas ideas en el terreno económico. Se trata de la Viena, o más ampliamente, de la parte austríaca del Imperio Austro-Húngaro, de finales del siglo XIX.

Es interesante estudiar los motivos e ideas que conformaron la iniciativa de establecer normas de competencia en un marco tan remoto y particular. Esto se debe a que las características esenciales del actual modelo europeo de defensa de la competencia ahondan sus raíces en las ideas en cuestión. Desde Austria, la “cultura” de la competencia se fue extendiendo hacia Alemania y, después, por el resto de Europa. Gerber (1992) considera que estas ideas, desarrolladas durante el final del siglo XIX, *“han influido profundamente en la subsecuente percepción europea del proceso de la competencia económica y del apropiado papel de ley para regular ese proceso”*.

Para una correcta comprensión del pasaje resulta imprescindible detenernos en el contexto político y económico -problemas, presiones, coyuntura- que envuelve este primer contacto europeo con la defensa de la competencia. También es reseñable la situación de Viena, un importante centro cultural de la época que daba cobijo a multitud de intelectuales y artistas. En economía, destacan las figuras de Menger y Böhm-Bawerk, cuya percepción del proceso competitivo ofrecieron la base intelectual necesaria para la aceptación de las leyes de competencia por parte de la opinión pública.

El grueso del capítulo se concentra en el segundo epígrafe. Partiendo del nuevo mundo que dejó tras de sí la II Guerra Mundial, se esbozan las claves que hicieron de la política de

competencia una de las políticas fundamentales en el proceso de reconstrucción, cooperación e integración europea. Para ello nos detendremos en el contenido sobre política de competencia de los primeros tratados europeos: Tratado de París o CECA (1951) y Tratado de Roma o TCEE (1957).

Posteriormente veremos alguno de los casos más significativos –Caso *Grundig* y Caso *Continental Can*– así como las distintas fases por las que ha pasado la política de competencia europea. Se apreciará con facilidad el giro fundamental que ésta ha experimentado, desde sus raíces ordoliberales hasta el actual modelo neoliberal. La política de competencia no fue ajena al viraje experimentado por el mundo occidental durante la década de 1980.

Además de comentar la transformación de la filosofía económica subyacente a la política de competencia, nos detendremos en las reformas más significativas que ésta ha experimentado a partir de los distintos reglamentos. Esto nos ayudará a comprender la evolución que han ido siguiendo las normas de competencia en la UE hasta el actual modelo, caracterizado por su solidez y coherencia.

Finalmente, y a modo de síntesis, reflexionaremos acerca del papel fundamental que ha jugado la política de competencia en el proceso de construcción europea. No solo ha sido una herramienta básica para la realización del mercado común, sino que hoy constituye una de las políticas clave para el fomento de la productividad europea y, en última instancia, del crecimiento económico.

1. La política de competencia en la vieja Europa. El caso de Austria

Para la elaboración del presente epígrafe nos hemos basado en el artículo de Gerber (1992) sobre los orígenes de las leyes de competencia en Europa. Resultan sorprendentes las pocas referencias¹ que se encuentran en la mayoría de trabajos dedicados a la historia de la política de competencia europea a este particular episodio que presencié la Viena de finales del siglo XIX. En ese tiempo, la capital del Imperio Austro-Húngaro de los Habsburgo era un importante centro cultural en el que sobresalían figuras del pensamiento económico de la trascendencia de C. Menger y E. Bohm-Bawerk. Fue precisamente allí donde las características centrales del modelo europeo de defensa de la competencia se articularon por vez primera.

El esquema que seguiremos consta de una introducción, en la que dibujaremos el contexto político-económico, detallando los problemas y presiones que subyacen a los debates e iniciativas de la época; posteriormente abordaremos las ideas de competencia de un modo más específico y relacionándolo con la eclosión de los cárteles; finalmente, reflexionaremos acerca de la confluencia de factores que engendraron la política de competencia en Austria y que provocaron su amplia aceptación, así como el legado que tal experiencia dejó en Europa.

1.1. El contexto político- económico

Como hemos indicado, el primer contacto entre las autoridades públicas europeas y la política de competencia se produjo en el Este del continente durante la prolija década, en la que a leyes de competencia se refiere, de 1890². A mediados del siglo XIX, Europa se encontraba inmersa en un proceso de intensa industrialización³, acompañado de la difusión de las ideas democráticas. El liberalismo se había asentado, proporcionando a los europeos un nivel de bienestar material sin precedentes. Sin embargo, este período de auge se vio

¹ Al menos, en una lengua distinta al alemán.

² Cabe recordar que en esos años, Canadá y EEUU promulgaron la *Canadian Combines Act* (1889) y la *Sherman Antitrust Act* (1890) respectivamente.

³ A este período se le conoce como Segunda Revolución Industrial, y se caracteriza por el advenimiento de las industrias de base: carbón, hierro y acero, fundamentales para la construcción de ferrocarriles y vías.

interrumpido en 1873, dando paso a la primera Gran Depresión de la historia de la economía política moderna.

La crisis afectó de un modo especialmente intenso al Imperio Austro-Húngaro. De hecho, uno de los detonantes de la crisis, junto con la quiebra de la entidad bancaria de Filadelfia *Jay Cooke and Company*, fue la caída de la Bolsa de Viena el 9 de mayo de 1873. El escenario político y social del Imperio tampoco ayudó a asimilar las penurias económicas que se precipitaron.

La población se encontraba claramente estratificada, con diferentes líneas ideológicas, lo que daba lugar a tensiones y conflictos. Sin embargo, la principal escisión social se encontraba en la nacionalidad. Tradicionalmente, los germano-parlantes habían dominado Austria con el apoyo del capital judío, quienes constituían otra importante fracción de la sociedad austríaca. Por otro lado se encontraban los checos, polacos, moravos y eslovenos, que conformaban la “segunda clase” y demandaban mejoras ante su precaria situación.

A este cosmos de identidades se le unió la complicada situación de la economía austríaca. Orientada hacia el sector agrícola, ésta se caracterizaba por sus bajos niveles de productividad, la existencia de vastos latifundios estatales, una industrialización desigual, un extendido proteccionismo arancelario y una fuerte dependencia de los bancos (judíos). Los extranjeros y los austríacos germano-parlantes manejaban los negocios, al tiempo que el Estado se encargaba de mantener el *status quo*. Esto no impidió que en algunas regiones los artesanos y algo parecido a la clase media jugasen un papel protagonista.

Por otro lado, la monarquía de los Habsburgo no pasaba por su mejor momento. Tras la derrota militar ante Prusia en 1860, la pérdida de confianza en la aristocracia se hizo insostenible. Esto llevó al emperador a crear la primera democracia parlamentaria, quedando el poder en manos de los liberales, producto, no de su propia fortaleza, sino del declive del Antiguo Régimen. Se inicia así un período de liberalismo.

Tras la adopción de reformas liberalizadoras, la economía del Imperio experimentó una fase expansiva que abarca el período 1866-1873. Sin embargo, tras el derrumbe de la bolsa de Viena se produjo un profundo derrumbe económico que se tradujo en bancarrotas y

ruina. El desempleo conquistó el país, y la sociedad señaló al liberalismo con el dedo acusador. La competencia sin regulación había demostrado ser destructiva.

Los fallos de la política económica liberal hicieron que la sociedad percibiese la competencia excesiva como un enemigo. El paradigma había cambiado en solo unos pocos años: de la libertad y la autonomía se pasó a la acción colectiva y la estabilidad. Sin embargo, el liberalismo aun mantenía cierto encanto entre la población, pues no dejaba de ser una ideología de resistencia al Antiguo Régimen⁴.

En 1879, el Emperador reemplaza a los liberales por una coalición heterogénea formada por sus principales opositores: artesanos, trabajadores y conservadores. Este grupo permanecería en el poder hasta 1893. El escenario político había cambiado, de modo que las empresas reaccionaron a la depresión solicitando apoyo gubernamental y abriendo la vía de la cooperación anticompetitiva⁵. Las ayudas de estado abarcaban las subvenciones a empresas con problemas, un creciente apoyo financiero a los trabajadores vía seguros sociales, y, sobre todo, una sólida política arancelaria que protegía a la industria local frente a la competencia extranjera. Estas acciones gubernamentales –especialmente el establecimiento de tarifas que favorecían a los productores frente a los consumidores– levantaban resentimiento, pues eran percibidas por la población como una herramienta de los austro-alemanes para fortalecer su posición. Las ideas sobre competencia se desarrollaron precisamente cuando Austria empezó a salir de esta Gran Depresión.

Durante los últimos 20 años del siglo XIX, tres poderosas fuerzas sociales combinadas condenaron las posibilidades de la burguesía en las urnas y crearon una profunda ambivalencia hacia los valores liberales que se reflejan en las leyes de competencia austríacas.

- a. En 1882 se amplía la coalición para dar cabida a representantes de las clases media y baja en el poder con la idea de asegurarse más votos. Sin embargo, el efecto

⁴ En el Imperio Austro-Húngaro, los estratos sociales eran más rígidos que en el resto de Europa occidental, haciendo uso del linaje como único determinante de la posición social entre los estratos altos.

⁵ El énfasis de mitad de siglo en la libertad respecto a la interferencia del estado en la economía dio paso a un clamor empresarial que solicitaba que el gobierno acudiese al rescate de las compañías con problemas. Estos son hechos recurrentes en la historia del capitalismo.

principal de esta acción fue, en gran medida, acelerar el desarrollo de los partidos de masas basados en los antagonismos nacionales y de clases.

- b. La industrialización engendró un amplio proletariado, sobre todo en Viena, que se convirtió en un semillero de partidos marxistas. En la década de 1890 ocupaban un lugar significativo en el parlamento y su influencia parecía ir a más.
- c. Finalmente, el nacionalismo impregnó todo el sistema de partidos. Por un lado estaba el antisemitismo hacia los judíos que manejaban las finanzas del Imperio; por otro, el conflicto entre los austro-alemanes de clase media alta con los no alemanes. Este resentimiento hacia los austro-alemanes fue importante en el desarrollo de las ideas sobre competencia, pues se les identificaba con los valores liberales. Así, el liberalismo pasó a ser visto como una clase social causante de todos los males.

1.2. El cártel: reacciones y propuestas de regulación

Como se ha indicado, los cárteles surgieron en la década de 1870 como respuesta a la crisis que desacreditó las medidas liberales. Éstos fueron ganando poder hasta la primera década del siglo XX, abarcando inicialmente los sectores del carbón y el acero para posteriormente extenderse por el resto de industrias. Ya en 1880, el cártel era la fuerza dominante de la economía austríaca, controlando los precios y la producción de las industrias clave con objeto de evitar los peligros de la “competencia excesiva”.

El cártel se percibía como el representante del cambio hacia un capitalismo organizado. Al principio tendían a ser secretos, pero posteriormente pasaron a ser vistos como “hijos de la necesidad” (*Kinder der Not*). En definitiva, más que un problema, esta nueva forma de organización empresarial parecía una fase superior en el devenir natural del capitalismo.

La banca, con intereses en las principales industrias del Imperio, apoyó el rápido desarrollo de los cárteles⁶. El proteccionismo arancelario también colaboró con la cartelización. Al eliminar la competencia extranjera, los productos sujetos a cárteles alcanzaron unos precios que de otro modo hubiesen sido insostenibles.

⁶ La cartelización reducía las posibilidades de impago por parte de los miembros del cártel al tiempo que fomentaba los beneficios y la influencia de los bancos.

Hacia 1890, el cártel comenzó a observarse con mayor suspicacia en respuesta a su paulatino incremento en tamaño y poder. La población empezó a percibir el cártel como un instrumento de la denostada clase liberal para mantener el control económico del país. El odio hacia los liberales se extendió hasta los cárteles. Además, los nuevos partidos de masas que denunciaban la explotación de la “gran empresa” hicieron del cártel la diana de la mayoría de sus críticas.

La presión por regular los cárteles fue aumentando cuando, paradójicamente, la ley austríaca ya contemplaba sanciones contra éstos. Sin embargo se mostraban inefectivas. La ley de competencia, posiblemente la primera del mundo occidental de la que tenemos constancia, fue promulgada en 1803 al objeto de impedir que los comerciantes se beneficiasen de la escasez de bienes básicos provocado por las guerras napoleónicas.

En 1870 esta provisión fue trasladada de la ley criminal a un nuevo estatuto, el *koalitionsgesetz*⁷. A partir de su Sección 4, quedaban invalidados “los acuerdos entre empresarios que tengan por objeto aumentar el precio de un bien en desventaja del público”. La propuesta fue presentada sin prestarle demasiada importancia. La regulación resultó ser de nula eficacia ante la oleada de cárteles que sobrevino. Para ser aplicada, se exigía la demanda civil por parte de uno de los miembros del cártel. Este requisito hizo que la ley fuese esquivada con facilidad y que se buscasen nuevas soluciones.

Así, en una conferencia (1894) se articularon las respuestas a los acuerdos entre empresas. El protagonismo en esta conferencia bianual recayó sobre el influyente grupo de vanguardia en política económica y social encabezado por Adolf Menzel (*Verein für sozialpolitik*), y el tema escogido fue el cártel. Éste fue el entorno en el que reflexionaron las mentes más brillantes de la época sobre los acuerdos anticompetitivos entre empresas. Por tanto, y como apostilla Gerber (1992):

⁷ Este reglamento se creó para permitir que los trabajadores pudiesen asociarse, pero invalidaba los acuerdos de éstos para convocar huelgas.

“El modelo europeo de defensa de la competencia no se originó, como algunos han supuesto, como una irreflexiva y apolítica extensión de la burocracia jurisdiccional. Las ideas fueron generadas por un líder erudito, en un foro académico superior, y en respuesta a la presión política popular”.

Este grupo de expertos identificó el problema del cártel y encontró la justificación a su regulación en que éstos eliminaban la competencia, siendo susceptibles por tanto de dañar a la sociedad aumentando el precio o controlando la producción⁸. Sin embargo, también eran conscientes de que, en ocasiones, el cártel podía estar económicamente justificado. Ésta era, generalmente, la percepción que se tenía de ellos desde la perspectiva del pensamiento económico de la época. Lo novedoso de esta ocasión fue la firme propuesta de Menzel, quien argumentaba que era necesario emprender medidas legales para evitar los efectos dañinos de la cartelización.

Con tal propósito, Menzel revisó y evaluó las anteriores tentativas, tanto en Austria como en el resto del mundo, por regular los cárteles hasta llegar al convencimiento de que ninguna había funcionado. Había que desarrollar nuevas ideas. Menzel encontró poco práctico el derecho penal, así como las sanciones civiles -características del Estatuto de 1803 comentado con anterioridad- para regular el cártel. Del mismo modo, rechazó que el proceso competitivo funcionase sin necesidad de legislación alguna, credo de las contemporáneas Escuela de Chicago y Escuela Austríaca de Economía.

Finalmente, Menzel llegó al convencimiento que la única opción factible era que la ley administrativa, haciendo uso de mecanismos flexibles, evaluase el comportamiento de los cárteles. Así, se establecieron dos requisitos que ayudarían a diseñar una efectiva respuesta al cártel: en primer lugar, el Estado debería estar facultado para recabar la información necesaria sobre cárteles (transparencia); una segunda exigencia consistía en que todos los cárteles organizados fuesen catalogados como “asociaciones” públicas y se rigiesen por leyes específicas de competencia. Además, Menzel abogaba por autorizar a una agencia estatal independiente que invalidase los acuerdos perniciosos entre empresas.

⁸ Más de un siglo después, el argumento en la lucha anti-cártel es consistente con la teoría económica de la competencia, centrada en el daño económico causado por la interferencia en los procesos económicos.

Las conclusiones de Menzel y su grupo fueron de gran importancia, pues trasladaron a un primer plano un asunto que hasta ese momento se consideraba, de algún modo, secundario. La respuesta de los distintos grupos políticos no se hizo esperar. En esos momentos, y ante las dificultades financieras, el Estado se planteaba aumentar el impuesto de los bienes y servicios afectados por la cartelización, lo que aumentaría el resentimiento de las clases bajas contra la industria, al tiempo que alimentaría la popularidad de los Socialdemócratas y los Socialistas Cristianos. En las elecciones vienesas de 1895, los Socialistas Cristianos atacaron en su campaña electoral a la gran empresa, en general, y al cártel, en particular, por mantener oprimida a la población. Con dicho argumento ganaron los comicios, arrebatando a los liberales su bastión tradicional: Viena.

Apoiados en el informe de Menzel, el Gobierno lanzó una *Explicación Oficial* en la que se aseguraba que la Ley trataría de evitar que los competidores pactase precios o niveles de producción con objeto de reducir o eliminar la competencia. En definitiva, se reconocía la **libertad para competir**. Entre los principales valores de la libre competencia, la *Explicación Oficial* destacaba su labor en términos de asignación de recursos. Pero además, desde el punto de vista del ciudadano, se reconoció que el efecto del cártel era similar al de una tasa impositiva⁹. Esta especie de impuesto tenía además un impacto fiscal negativo. El gobierno confiaba en los impuestos al consumo para aumentar los ingresos, pero el aumento de precios consecuencia de la cartelización mermaba la capacidad de compra de la ciudadanía. En resumen, el cártel no solo transfería renta de los consumidores a los empresarios, sino que además perjudicaba las finanzas del Imperio.

Además de los motivos concernientes al análisis económico que acabamos de comentar, el gobierno identificó dos amenazas adicionales: en primer lugar, los cárteles implicaban la concentración del capital en unas pocas manos, lo que generaría tensiones sociales. Pero, además, la cartelización creaba un marco institucional propicio para la transición hacia una economía de planificación central en caso de victoria en las elecciones legislativas.

⁹ El Informe Oficial recoge textualmente: “[La Administración considera que es su obligación] cuidar que la capacidad de la población para producir no se cargue más allá del peso necesario de los impuestos a través de acuerdos privados cuyo objetivo consiste en gravar el consumo aplicando restricciones similares a los impuestos indirectos” (Gerber, 1992).

Sin embargo, la *Explicación Oficial* reconocía que, a pesar de ser todos potencialmente dañinos, determinados cárteles tenían efectos positivos, tales como la estabilización económica en tiempos de incertidumbre. Esto podía, de algún modo, justificar su existencia. Era necesario distinguir los cárteles “buenos” de los “malos”.

La solución propuesta por el gobierno consistió en crear una agencia integrada en el Ministerio de Finanzas al objeto de evaluar y difundir información sobre los cárteles, así como regular su conducta de acuerdo a una Ley general. Los cárteles quedarían sujetos a la obligación de redactar un documento con sus objetivos y demás información relevante¹⁰. Además, se dotaba al Ministerio de Finanzas con plenos poderes de investigación para inspeccionar los libros contables y documentos de los miembros del cártel.

La propuesta contenía una única ley sustantiva, cuya sección 8 autorizaba al Ministerio a prohibir decisiones de los cárteles cuando éstas pudiesen provocar *“un aumento en el precio de un bien o servicio en desventaja del comprador, o disminuir el precio para perjudicar al vendedor, sin que tales acciones queden justificadas por la objetiva situación económica (...)”*

La propuesta se presentó al poder legislativo en junio de 1897 y, nuevamente, con mínimas revisiones, en octubre de 1897 y marzo de 1898. Sin embargo, el caos político que caracterizó esos años imposibilitó que se aprobase la propuesta¹¹. Esto no impidió que la propuesta anti-cartel fuese ampliamente comentada y debatida en los círculos intelectuales de la época. Casi todos los analistas coincidían en los siguientes puntos:

- a. Había que tomar medidas gubernamentales contra los cárteles.
- b. La respuesta debía provenir del derecho administrativo, más que del civil o del penal.
- c. La ley debía permitir la acción directa del gobierno para aplicar las normas estatutarias.
- d. La necesidad de recabar información acerca de las actividades de los cárteles y hacerla pública.

¹⁰ Especialmente la información concerniente a los precios y niveles de producción, para la que se imponía un plazo de 24 horas.

¹¹ El Parlamento austríaco terminó de fracturarse cuando el gobierno de Badeni pretendía incluir lenguas distintas al alemán como oficiales.

Entre los más críticos con la propuesta se encontraban, lógicamente, empresarios e industriales, aunque también socialdemócratas y social-liberales. Los primeros se mostraban preocupados porque la ley permitiría al gobierno dañar, e incluso acabar con los cárteles. Por su parte, los socialdemócratas defendían el cártel de algún modo, ya que los veían como un paso intermedio hacia el estado socialista¹². Sin embargo, también abogaban por los derechos de los trabajadores respecto a los empresarios, lo que les hacía caer en contradicciones. Finalmente, los que podrían llamarse “social-liberales” también defendían la cartelización. Muchos líderes de la burocracia e intelectuales respetaban los valores liberales, pero abogaban por un capitalismo socialmente responsable. Creían que el cártel proporcionaba estabilidad social y consistía en una fase más del devenir capitalista.

Desde el pensamiento económico, el cártel también encontró una voz de apoyo, a pesar de los avances en el análisis económico de los procesos de mercado realizados por C. Menger¹³. Desde la Escuela Histórica Alemana, G. Schmoller defendía que el cártel proporcionaba los medios para realizar los ajustes necesarios ante los rápidos cambios económicos producto de la industrialización, reduciendo así los desequilibrios económicos y las consiguientes tensiones sociales.

Todos estos grupos no solo se dedicaron a atacar la propuesta anti-cártel, sino que manifestaron sus propias soluciones y enmiendas. Casi todos coincidían en que era necesaria una norma más precisa que limitase la discrecionalidad en la acción gubernamental. Además, abogaban por crear una agencia independiente al Ministerio de Finanzas, pues consideraban que gran parte del problema estaba en la localización del poder. Finalmente, muchos creían necesario limitar la facultad de la autoridad a intervenir.

1.3. La configuración del modelo austríaco y su legado

Como hemos indicado, la desintegración del proceso legislativo impidió que llegase a promulgarse alguna versión de la regulación anti-cártel propuesta. Sin embargo, esto no debe restar interés al pasaje que hemos esbozado, pues en el mismo se generaron ideas pioneras

¹² Esto se debe a que el cártel incrementa el componente planificado de la economía.

¹³ No podemos olvidar el cambio que la teoría económica experimentaba en esos años gracias a los trabajos casi paralelos de Jevons, Menger y Walras.

sobre leyes de competencia que a la postre conformarían el modelo europeo de política de competencia. Para concluir el epígrafe vamos a repasar los factores que explican la eclosión de dichas ideas de competencia en Austria.

➤ En primer lugar destaca el **clima intelectual** que reinaba en Viena. La capital del Imperio albergaba una educada clase intelectual dispuesta a buscar soluciones basándose en el razonamiento y la reflexión. Sin esta disposición hubiese sido complicado poner freno al poder económico que estaban adquiriendo los cárteles en ese tiempo.

➤ A este ambiente de erudición práctica hay que unirle los **ideales liberales** característicos de la época. Como apunta Gerber (1992), *“la configuración del modelo austriaco de competencia es el resultado de la interacción entre el pensamiento económico y legal de Europa occidental con las tradiciones, intereses y presiones de un sistema político centroeuropeo sometido a una rápida industrialización”*.

Además, los valores liberales experimentaron un fuerte impulso gracias a la emergencia de la Escuela Austríaca de economía. Los trabajos de C. Menger y Böhm-Bawerk, con su énfasis en el proceso competitivo, crearon el soporte intelectual necesario para regular los acuerdos empresariales anticompetitivos.

Finalmente, las ideas liberales fomentaron una fuerte confianza en la capacidad y eficiencia de las instituciones legales, produciéndose así la unión entre dos valores clave del siglo XIX: el liberalismo (competencia) y la ley.

➤ Sin las **presiones externas**, es poco probable que los liberales hubiesen motivado una regulación que permitiese al estado intervenir en la economía. La más importante de estas presiones fue sin duda la percepción, tras el crack de 1873, de que el exceso de libertad económica dañaba no solo a la competencia, sino también a la sociedad en su conjunto. Una comunidad, la austríaca, de fuerte tradición comunitaria y contraria a los valores propios del individualismo liberal, fue pueblo ideal para regular los poderosos cárteles que se estaban desarrollando en Europa.

El antagonismo de clases y nacionalidades, así como el creciente resentimiento contra la oligarquía liberal austro-alemana también colaboró con el desarrollo de las ideas sobre competencia en Austria, pues atacar la libertad económica equivalía a atacar la

piedra angular del credo liberal. La proliferación de partidos de masas de corte marxista y socialdemócrata también fomentó la propagación del sentimiento de rechazo hacia la gran empresa de la época.

Finalmente, debemos preguntarnos cuál es la contribución de la experiencia austríaca a la configuración de la política de competencia europea, medio siglo más tarde. Gerber (1992) opina que su influencia ha sido indirecta, mas no por ello desdeñable. Indirecta, porque la propagación de las ideas sobre competencia no se produjo desde Austria al resto de Europa, sino que hizo escala en Alemania¹⁴ en el período de entreguerras. Tras la II Guerra Mundial, el modelo austríaco que había conquistado Alemania fue penetrando por el resto de fronteras europeas hasta abarcar los Tratados comunitarios, como veremos en el siguiente epígrafe.

Además, el modelo austríaco también condicionó el modo en que las autoridades europeas respondieron al problema de los cárteles. En claro contraste con la tradición norteamericana, que recurre al derecho civil y penal para regular los cárteles, las autoridades europeas creen que la regulación de la competencia exige leyes específicas orientadas a dicho objetivo. Del mismo modo, la creencia en que la publicidad o difusión acerca de los comportamientos anticompetitivos y dañinos para la sociedad de las grandes empresas tendría el efecto de desincentivar tales prácticas tiene su origen en este particular episodio.

2. Fases de la política de competencia europea

Tras sumergirnos en la temprana experiencia del Imperio Austro-Húngaro con la política de competencia, damos un salto para situarnos ya en la Europa unida. En este apartado emprendemos un recorrido histórico para abordar, de un modo individualizado, las distintas fases que ha experimentado desde su concepción la política de competencia comunitaria. Para tal cometido resulta imprescindible repasar el contexto histórico de nuestro punto de partida.

¹⁴ Alemania fue el primer país europeo en dotarse con una ley de competencia en 1923 siguiendo la tradición austríaca.

El sistema económico que guiará la recuperación económica y social del mundo occidental tras la Gran Depresión y la guerra es conocido como *embedded liberalism*¹⁵. Se trataba de desarrollar un equilibrio de fuerzas entre capital y trabajo que garantizase la paz social y el crecimiento económico. Para ello se confió a partes iguales en la liberalización del comercio a nivel internacional, respaldado por el orden monetario establecido en *Bretton Woods*, y en economías mixtas a nivel doméstico que asegurasen la justicia social. Como bien resume Gilpin (1987: 355)¹⁶, esto permitía disponer de “*Keynes at home and Smith abroad*”¹⁷.

2.1. Orígenes de la Política de competencia en los Estados Unidos de Europa: 1950- 1962.

Tras la II Guerra Mundial, las hostilidades entre naciones estaban lejos de zanjarse. La amenaza de un conflicto Este- Oeste se agudizó en 1947 tras el fracaso de la Conferencia de Moscú, en la que debía resolverse la cuestión alemana. Tras la derrota del nazismo, los occidentales identificaron a la URSS como su nuevo enemigo, lo que les indujo a la firma del Pacto Atlántico con EEUU en 1949 para garantizar la seguridad colectiva.

La llamada *Pax Americana*¹⁸ entraba en juego. Los oficiales norteamericanos estaban convencidos de que una condición indispensable para la reconstrucción económica y social de Europa (y, dicho sea de paso, para aprovechar el mercado europeo) pasaba por instaurar un sistema de leyes de competencia similar al propio. Sin embargo, los europeos, ni estaban realmente convencidos de la pertinencia de un sistema de libre mercado, ni les entusiasmaba la política de competencia de EEUU. La planificación francesa, la nacionalización de la industria pesada en Inglaterra y la economía social de mercado alemana daban fe de la inclinación europea por otras formas de regulación colectiva, en las que el Estado interviniese de un modo complementario al mercado (Resch, 2005).

¹⁵ No existe traducción española para este término. Algunos toman la traducción literal, que sería liberalismo “enraizado” o “incrustado”. Nosotros preferimos definirlo como “liberalismo solidario”, más en consonancia con la naturaleza y resultados de dicho sistema. Otros autores, como David Anisi, se refieren a él como el *Pacto Keynesiano*.

¹⁶ Citado en Buch- Hunsen y Wigger, 2010.

¹⁷ En español, Keynes en casa y Smith fuera.

¹⁸ En alusión a la *Pax Romana*, se conoce como *Pax Americana* al período que se abre tras la II Guerra Mundial, en la que EEUU se consolida hegemónicamente como la gran potencia económica y militar del mundo.

Alemania se encontraba en el eje de la discordia. Si bien EEUU abogaba por acelerar la reconstrucción económica de un territorio clave, la opinión pública francesa se mostraba en un primer momento reacia a colaborar con el enemigo vencido. Finalmente, la presión norteamericana y la necesidad de cooperar se impuso, y en la primavera de 1950 vio la luz un documento absolutamente revolucionario: la Declaración del 9 de mayo de 1950 que suponía la primera piedra de una nueva Europa.

2.1.1. *El Tratado CECA y la política de competencia*

La iniciativa francesa paso a ser conocida como la Declaración Schuman, por ser éste el Ministro de asuntos exteriores francés encargado de las negociaciones con sus homónimos británicos y americanos. Sin embargo, tras las propuestas de R. Schuman se encontraban las ideas de J. Monnet, uno de los europeos más influyentes del mundo occidental.

Monnet consideraba que la Organización Europea de Cooperación Económica, creada en 1948 para asignar los fondos impulsados por el Plan Marshall, tenía competencias limitadas para colaborar con la reconstrucción de Europa más allá de los intereses nacionales. Además, la creación del Consejo de Europa en Mayo de 1949 mostró la reticencia de los gobiernos europeos a ceder autonomía. Este organismo no tenía como fin constituir una federación, sino fomentar la cooperación internacional y trabajar en favor de la solidaridad entre los países miembros¹⁹. En el Consejo, la Asamblea tenía funciones consultivas exclusivamente, residiendo todo el poder en el consejo de Ministros, y aun así, las propuestas presentadas y aprobadas por éstos tenían que ser ratificadas a posteriori por los Parlamentos Nacionales (Laguna, 1991: 31).

Estas tímidas tentativas hicieron que Monnet llegase a la conclusión que el edificio europeo había de ser construido paso a paso, y apuntó a objetivos concretos y a sectores clave: el carbón y el acero, ramas estratégicas del sistema productivo europeo. De este modo, la Declaración Schuman, además de subrayar la necesidad de eliminar las hostilidades entre Francia y Alemania, proponía la creación de una Alta Autoridad común de la que dependiese la producción y comercialización franco-alemana de carbón y acero.

¹⁹ Más específicamente, en los estatutos se afirma que el objetivo principal del Consejo de Europa consiste en establecer relaciones estrechas entre los Estados de Europa (el Consejo lo formaban 21 países) e impulsar su desarrollo económico y social.

No debe sorprendernos que Inglaterra se mantuviese al margen de la propuesta debido a la tradicional reticencia británica a ceder poderes propios en beneficio de entes supranacionales. Quienes sí acudieron a las negociaciones fueron representantes de los Países Bajos e Italia. De modo que “los Seis” –Francia, Alemania, Holanda Bélgica Luxemburgo e Italia- firmaron en París el 18 de abril de 1951 el Tratado Fundacional de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, que abre un nuevo período para un viejo continente. Atrás quedarían los intensos conflictos y desavenencias por la Cuenca del Ruhr, el Sarre, Alsacia y Lorena, ricas zonas mineras e industriales fronterizas (Laguna, 1991: 58-59).

El Tratado CECA, o Tratado de París, no solo es el primer documento de una Europa verdaderamente unida, sino que también es el primero en recoger leyes comunes de competencia. Se trata, por tanto, del primer acuerdo multilateral vinculante que incluye leyes de competencia. Como cabría esperar, en este trabajo nos detendremos únicamente en los aspectos del Tratado relacionados con las mismas.

Warlouzet (2010) identifica tres causas que motivaron a los negociadores europeos a incluir normas de competencia en el tratado en cuestión²⁰:

- a. En primer lugar, los franceses querían controlar la desconcentración de la industria pesada alemana con el fin de evitar la concentración industrial y la cartelización que reinó en Centroeuropa antes de la II Guerra Mundial.
- b. Los intereses empresariales franceses también presionaron durante las negociaciones. Los productores de acero de Francia querían acceder al mercado del carbón al mismo precio que sus homónimos alemanes. Además, consumidores a gran escala de acero como *Renault* ansiaban una vigorosa política de competencia para beneficiarse del descenso de precios (Kipping, 2002)²¹.

²⁰ Debido a que se trataba, en principio, de una iniciativa franco-alemana, eran los intereses de ambos países –especialmente del primero– los que determinaron la inclusión de leyes de competencia en el tratado CECA.

²¹ Citado en Warlouzet, 2010.

- c. Finalmente, J. Monnet y los alemanes de ideología ordoliberal querían usar la política de competencia para modernizar Europa, desde un punto de vista político y económico.

El Tratado CECA fue ratificado por los “Seis” en junio de 1952, y los mercados europeos comunes del carbón y el acero se abrieron en febrero y mayo, respectivamente, de 1953. De este modo, ambos sectores económicos quedaron bajo la regulación de una Alta Autoridad común al tiempo que la Comisión Europea fue dotada con competencias para regular, a grandes rasgos, las prácticas comerciales. Entre éstas se encontraban los cárteles, concentraciones económicas y otros tipos de conducta potencialmente dañina para la competencia, tales como la discriminación de precios. Pasamos a comentar las disposiciones de competencia a partir del análisis de Goyder y Albors-Llorens (2009: 27-30)

Los artículos 1 y 2 del Tratado CECA exponen la tarea de la Comunidad, mientras que el artículo 3 establece los objetivos de las instituciones²² que conforman la misma. Ya concerniente a nuestra investigación, el artículo 4 contiene una lista abierta en la que se enumeran las prácticas comerciales incompatibles con el nuevo mercado y, por tanto, destinadas a ser “suprimidas” y “prohibidas”:

- a. *Los derechos de entrada y salida, o exacciones de efecto equivalente, y las restricciones cuantitativas a la circulación de los productos.*
- b. *Las medidas o prácticas que discriminen entre productores, compradores, o usuarios, especialmente a lo que concierne a las condiciones de precios, o de entrega y a las tarifas de transporte, así como las medidas y prácticas que interfieran y obstaculicen la libre elección por el comprador de sus abastecedores.*
- c. *Las subvenciones o ayudas ofrecidas por los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma.*
- d. *Las prácticas restrictivas tendentes al reparto o a la explotación de los mercados²³.*

²² Las instituciones que conformaban esta primera Comunidad fueron, además de la **Alta Autoridad** asistida por un Consejo consultivo, una **Asamblea** común, un **Consejo** especial de Ministros y un **Tribunal** de Justicia.

²³ Artículo 4 del Tratado CECA.

A continuación, el artículo 5 mantiene la referencia a la protección de la competencia contenida en el artículo 4(d) emplazando la obligación a la Comunidad de asegurar “*el establecimiento, mantenimiento y observancia de condiciones normales de competencia...*”. Por tanto, es claro que uno de los objetivos más tempranos de la Comunidad fue que sus instituciones –la Asamblea Parlamentaria, el Consejo de Ministros y el Tribunal de Justicia- tomaran responsabilidad en la detección y eliminación de los acuerdos y prácticas comerciales que distorsionasen el proceso competitivo.

Los artículos 65 y 66 detallan provisiones que van en la misma dirección. En concreto, el artículo 65 incluye provisiones orientadas a preservar una estructura competitiva dentro de la Comunidad. Así, en el primer párrafo (artículo 65) se establece que los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas, y prácticas concertadas quedaban prohibidas si pretendían, directa o indirectamente, prevenir, restringir o distorsionar la “competencia normal” en el Mercado Común. La Alta Autoridad se ocuparía de una serie de acuerdos específicos como (a) la fijación de precios, (b) la restricción o el control de la producción, el desarrollo técnico o la inversión y (c) compartir mercados, productos, clientes o fuentes de aprovisionamiento.

Establecida la norma básica, el segundo párrafo del artículo 65 establece algunas excepciones: los acuerdos de especialización, compra conjunta o “*selling agencies*” podrían ser autorizadas por la comunidad si dicho acuerdo (a) provocase una mejora sustancial en las condiciones de producción o distribución, (b) fuese esencial para alcanzar dichos resultados y no impusiese más restricciones que las necesarias para tal propósito, y (c) no ofreciese la posibilidad a las empresas de determinar los precios o restringir la competencia respecto de una parte sustancial de los productos del Mercado Común, o los proteja de la competencia efectiva del mercado.

Las sanciones para los acuerdos que infrinjan el artículo 65 serían dobles: la primera consistía en que el acuerdo, decisión o práctica fuese declarada automáticamente nula e inaplicable en los Estados miembros (artículo 65, párrafo 4). La segunda sanción consistía en que la empresa en cuestión podía recibir una multa en el caso en que ésta tratase de aplicar las cláusulas anuladas.

El artículo 66 aborda las concentraciones económicas en los sectores del carbón y del acero. Cabe recordar que los casos de concentración excesiva y las subsecuentes estructuras oligopolistas eran problemas típicos de este tipo de mercados. Por tanto, y a diferencia de lo que ocurrirá con el Tratado de Roma, las fusiones y absorciones quedaron reguladas a partir de un artículo específico. En concreto, prohibía aquellas fusiones que diesen lugar a posiciones dominantes.

Vemos cómo la idea original contenida en el plan Schuman de unificar la producción del carbón y el acero pasó a convertirse, vía Tratado de París, en un conjunto de leyes operativas vinculantes bajo el derecho internacional de “los Seis” (Godyer’s, 2009: 30).

A pesar de las buenas intenciones, se observa un fuerte contraste entre las sólidas provisiones legales establecidas y las intervenciones emprendidas en la práctica por la Alta Autoridad de la CECA (Warlouziet, 2010). La timidez con la que fue implementada la política de competencia en estos primeros años responde fundamentalmente a la falta de independencia real de la Alta Autoridad con respecto a los Estados miembros²⁴.

A modo de conclusión, Warlouziet (2010) considera que la experiencia de la CECA deja tras de sí un legado para la política de competencia europea consistente en:

- a. La inclusión de leyes de competencia en un Tratado diseñado para iniciar un proceso de integración europea a través de la apertura de los mercados.
- b. Un sólido marco institucional
- c. Una débil implementación que no se corresponde con la legislación particular.

2.1.2. *El Tratado de Roma (1957) como marco de competencia flexible*

El Tratado CECA demostró a los europeos que la senda de la cooperación guardaba un importante potencial constructivo. Esto hizo que se plantease la posibilidad de extender por otros sectores la unión firmada en París. Sin embargo, el fracaso en las negociaciones

²⁴ Por citar un ejemplo, en 1959, el Ministro de Economía alemán, L. Erhard, envió una carta al Ministro de Industria francés, J-M. Jeanneney, para defender una concentración en el sector del acero alemán. El objetivo de Erhard era persuadir a los miembros franceses de la Alta Autoridad, a pesar de que la independencia de ésta queda subrayada por el artículo 9 del Tratado CECA.

sobre la Comunidad Europea de Defensa, rechazada por Francia en 1954 sembraba dudas acerca de ulteriores acercamientos.

En un clima de dificultades económicas, Monnet desarrolló un conjunto de propuestas que quedaron reflejadas en el *Benelux Memorandum*. Este documento estaba dirigido a transformar la vieja Europa a través un Mercado Común que abarcara todos los sectores económicos. La respuesta del gobierno alemán fue positiva, apoyando la necesidad de una mayor integración, liberalización de bienes y servicios, eliminación de aduanas y el libre movimiento de personas. Pero lo más reseñable quizá sea el énfasis germano en la necesidad de instaurar leyes de competencia al objeto de establecer condiciones normales en un mercado integrado y proteger la competencia de las distorsiones procedentes de los Estados y del poder de monopolio privado (Godyer y Albors-Llorens, 2009: 32).

La preparación del nuevo tratado se llevó a cabo en mayo de 1955 en Messina, bajo la presidencia de Spaak²⁵. Los Seis estaban representados por sus respectivos Ministros de Asuntos Exteriores, ya conscientes de la importancia que tenían las leyes de competencia para el desarrollo de un mercado común. En un extracto de la Resolución Final de la Conferencia de Messina puede apreciarse tal preocupación:

*Su aplicación (refiriéndose al Tratado) requiere un estudio de las siguientes cuestiones... La elaboración de normas que aseguren una competencia sin distorsiones dentro de la Comunidad... que excluirá en particular cualquier discriminación nacional.*²⁶

La gran mayoría de trabajos preparatorios para el Tratado de Roma se resumen en el llamado *Informe Spaak*. Lógicamente, este importante documento continúa refiriéndose a la política de competencia en los mismos términos que la Resolución Final de Messina. Así, el Informe comienza señalando el objetivo del Mercado Común europeo, que no es otro que crear una amplia zona de política económica común que permita a los Estados europeos disfrutar de estabilidad y de un continuo incremento de su nivel de vida. Seguidamente apunta que “*esas ventajas de un Mercado Común, sin embargo, no pueden ser alcanzadas a menos que se*

²⁵ Paul-Henri Spaak era un político belga que había sido nombrado Presidente del Consejo de Europa en 1950 y, dos años después, de la Asamblea parlamentaria de la CECA.

²⁶ Citado en Godyer y Albors-Llorens (2009: 33). Las cursivas son originales.

le dé el tiempo necesario y se apliquen colectivamente las medidas necesarias para que se efectúe el necesario ajuste, a menos que se erradiquen las prácticas que falsean la competencia entre productores, a menos que la cooperación entre estados sea establecida, se establezca la estabilidad monetaria, la expansión económica y el progreso social...”

En el párrafo 55 del citado Informe se encuentran los detalles de la política de competencia para un mercado de semejantes características y dimensión:

En los últimos tiempos, la eliminación de barreras al comercio llevará a la desaparición de las oportunidades de discriminación de las empresas. El problema solo persiste porque hay empresas que, debido a su tamaño, especialización o a los acuerdos suscritos, disfrutan de una posición de monopolio. La acción contra la discriminación, por tanto, enlaza con la acción que será necesario emprender para contrarrestar la formación de monopolios en el Mercado Común. El Tratado tendrá que establecer normas básicas sobre estos puntos...

Más generalmente, el Tratado tendrá que proveer de medios que aseguren que la situación de monopolio o las prácticas equivalentes no obstruyen el camino que lleva a uno de los objetivos fundamentales del Mercado Común: la continua reducción de precios y costes, y la subsecuente mejora del nivel de vida de los ciudadanos. Para este fin, será necesario evitar:

- *Una división de los mercados por medio de acuerdos entre empresas, ya que esto sería equivalente a restablecer la compartimentación del mercado.*
- *Acuerdos que limiten la producción o frenen el progreso técnico, porque serían contrarios al progreso y la productividad.*
- *La absorción o dominación del mercado de un producto por una única empresa, ya que esto eliminaría una de las ventajas esenciales de un vasto mercado, a saber, que concilia el uso de técnicas de producción en masa con el mantenimiento de la competencia.”*

Como bien apuntan Goyder y Albors-Llorens (2009: 33), es fácil darse cuenta de que estas líneas son un claro precedente de la redacción final de los artículos 81 y 82 del nuevo Tratado, donde se pretendía ir más allá de lo que denotaban los artículos 65 y 66 del Tratado CECA. Sin embargo, alcanzar un acuerdo no era una tarea fácil.

Las negociaciones revelan dos importantes dinámicas: por un lado, los ordoliberales alemanes querían una vigorosa política de competencia; por otro, la experiencia de la CECA despertaba dudas acerca de la efectividad de una política de competencia común (Warlouzet, 2010).

La traumática experiencia del nazismo inclinaba a los alemanes hacia un nuevo orden basado en el Estado de Derecho y el respeto a las libertades individuales. Todos los actores económicos (Estado y grandes empresas incluidas) debían someterse a la ley, al tiempo que los poderes públicos limitan su intervención en la economía para fomentar una dinámica de libre mercado. No es de extrañar que durante esos años se promulgase la Ley Alemana contra las Limitaciones a la Competencia.

Este ímpetu chocaba con la posición francesa. Para estos, las negociaciones acerca de las leyes de competencia eran secundarias, pues comprendían solo una parte de una iniciativa de mayor dimensión: la Comunidad Económica Europea. Una explicación a esta limitada visión se encuentra en la preocupación de los representantes franceses por otros asuntos tales como el equilibrio de fuerzas entre las instituciones de la comunidad, el mercado común, las posesiones francesas en ultramar o el sector agrícola (Warlouzet, 2010).

Además, los funcionarios alemanes abogaban por un sistema de notificación bajo el cual, los acuerdos que restringiesen la competencia quedasen automáticamente anulados a menos que hubiesen recibido la autorización previa del cuerpo administrativo receptor de la notificación. En contraste, los franceses preferían un sistema conocido como de “control de abuso”, mediante el que los acuerdos que contuviesen restricciones a la competencia permanecerían válidos hasta que se tomasen decisiones adversas contra aquéllos.

La redacción final del tratado demuestra un rechazo total a la propuesta francesa respecto a los acuerdos restrictivos, aunque tampoco satisfacía enteramente las aspiraciones de los alemanes. *“En lugar decidir cómo aplicar el principio de “prohibición”, se permitieron dos métodos de implementación. Uno era la autorización previa del cuerpo administrativo facultado para recibir la notificación; según el otro, menos riguroso, un contrato, o algunas cláusulas de un contrato en caso de poder ser separadas del resto del mismo, se clasificarían bajo un proceso de “exención legal” como legales o ilegales y, por tanto, como válidas o no válidas”.* (Godyer y Albors-Llorens, 2009: 35).

Finalmente, las normas de competencia se introdujeron en la Parte III del Tratado de Roma “Políticas de la Comunidad: Título I –Normas Comunes: Capítulo 1- Normas sobre competencia.” En ese Capítulo 1 se incluyen los artículos que van del 81 al 89. A pesar de disponer de un modelo -los artículos 65 y 66 del Tratado CECA- los negociadores no lo encontraban del todo apropiado para extenderlo por el resto de sectores de la economía.

Una de los primeros asuntos que se acordaron fue que el Tratado estableciese específicamente la prohibición, aplicable a todos los sectores económicos, de cualquier tipo de discriminación basada en la nacionalidad (artículo 12). Debido a que se trata de un principio fundamental, más allá de las normas de competencia, no se incluye en el ulterior capítulo dedicado a las mismas.

Las leyes de competencia pasaban a ser consideradas como uno de los ejes fundamentales de la integración. Su capacidad para limitar el trato discrecional en función de la nacionalidad del sujeto la convertían en una herramienta fundamental para el proyecto europeo.

Ya en el apartado dedicado a la competencia, son los artículos 81 y 82 los que contienen los principios sustantivos aplicables a las empresas; el artículo 83 prevé la creación de regulaciones y directivas subordinadas; y los artículos 84 y 85 versan sobre las responsabilidades tanto de los Estados miembros como de la Comisión durante el período transitorio hasta que tales regulaciones subordinadas fuesen promulgadas.

Por otro lado, los artículos 86- 89 abordan las distorsiones competitivas que pudiesen emanar del comportamiento de los Estados miembros. El artículo 86 limita la capacidad de los Estados miembros a mantener empresas públicas, mientras que los Artículos 87- 89 se refieren a la provisión de subvenciones y ayudas públicas a las empresas.

Las normas de competencia del Tratado de Roma son prácticamente iguales que las de su predecesor, el Tratado CECA. La principal diferencia entre ambos se encuentra en el modo de implementación de las mismas, algo que exige la colaboración de la Comisión con las

autoridades nacionales de los Estados miembros. El problema estaba en la escasa experiencia que tenían los países europeos en política de competencia²⁷.

La diferencia más significativa entre ambos sistemas estribaba en que, mientras que bajo el Tratado CECA la Alta Autoridad ostentaba la competencia exclusiva sobre las cuestiones de competencia contenidas en los artículos 65 y 66, el Tratado de Roma contenía provisiones para compartir la jurisdicción con la legislación equivalente de los Estados miembros. Mucho trabajo quedaba por hacer tras la firma del Tratado de Roma para esclarecer el modo en que se efectuarían estas relaciones (Godyer y Albors-Llorens 2009: 38).

2.1.3. El Reglamento 17/62

La aplicación de las normas de competencia contenidas en el Tratado de Roma exigía resolver dos importantes cuestiones: las competencias que serían asignadas a la Comisión y las prioridades de aplicación. El Reglamento 17/62 vino a rellenar ambos huecos (Warlouzet, 2010).

Hay autores como Seidel (2010) que destacan el éxito de las aspiraciones alemanas en las negociaciones del Reglamento en cuestión. Los ordoliberales alemanes -von der Groeben²⁸, Schumacher²⁹ y otros- apostaban por un proyecto económico global que abarcase los cárteles, las ayudas de Estado y la armonización legal. Este Reglamento establecía por fin el marco de aplicación legal para una política de competencia integral en Europa.

En virtud del Reglamento 17/62, la Comisión quedaba facultada para acometer las siguientes acciones (Russo *et al.*, 2010: 6):

- a. Adoptar decisiones al infringirse los artículos 81 u 82 del Tratado CEE.
- b. Conceder exenciones en la aplicación del artículo 81. 1 cuando las condiciones establecidas en el artículo 81. 3 sean satisfechas.

²⁷ Solo Alemania contaba con un sistema de defensa de la competencia integral y relativamente efectivo.

²⁸ Comisario de competencia del momento.

²⁹ Director de Unidad de Cartel de la DG IV.

- c. Declarar inaplicable las normas de competencia a determinados acuerdos.

Del mismo modo, el Reglamento 17/62 disponía el fundamento legal no solo para que la Comisión iniciase investigaciones³⁰, sino también permitía a los individuos elevar quejas a la propia Comisión alegando comportamientos empresariales anticompetitivos. Por su parte, las empresas podían presentar notificaciones sobre sus propios acuerdos y prácticas concertadas. La Comisión tenía el poder para imponer multas y remedios a las empresas que infringiesen los artículos 81 y 82.

El Reglamento 17/62 establecía un sistema de **notificación** que a la postre se mostraría poco operativo³¹. Prácticamente, todo acuerdo entre empresas que operasen en la CEE, en la medida en que restringiese el proceso competitivo –Artículo 81. 1 TCEE-, debía ser declarado a la Comisión. Ésta tenía la competencia exclusiva para declarar exenciones individuales según el Artículo 85. 3 TCEE. Por otro lado, ya que el Tratado no contenía normas para el control de concentraciones, las operaciones de fusión y absorción escaparon de la notificación obligatoria.

La Comisión tenía la opción de dirigir investigaciones en cooperación con las autoridades nacionales de competencia. Para ello se creó un comité consultivo compuesto por delegados de los Estados miembros, correspondiendo únicamente a la Comisión la decisión final de los casos. Esto suponía un monopolio virtual por parte de la Comisión, tanto en términos de acceso a la información como en el proceso de toma de decisiones.

A modo de conclusión, debemos resaltar que durante el período 1950- 1962 se sentaron las bases de la política de competencia europea en términos de ideología (ordoliberalismo) e instituciones, priorizando la lucha contra los acuerdos restrictivos de la competencia. El proyecto se sostenía sobre las bases establecidas en el Tratado CECA: la necesidad de esta política pública para alcanzar el objetivo del Mercado Común, una ambición incrustada en el corazón del proceso europeo de integración.

³⁰ Artículos 11, 12 ,13 y 19 del TCEE.

³¹ Solo en los primeros cuatro años de vida del Reglamento nº17/62 , la Comisión acumuló un total de 37.450 notificaciones (Garrido Ruiz, 2004)

Para Warlouzet (2010), las cuatro características mencionadas –ordoliberalismo, centralización de la información y del proceso de toma de decisiones, y el objetivo de crear un mercado común- marcaron profundamente el desarrollo de la política de competencia europea.

2.2. Primeros años de la política de competencia europea en la era del “*embedded liberalism*”: 1962- 1973.

Lógicamente, los primeros años de la política de competencia europea destacan por su poca actividad³². La escasa experiencia, junto con una legislación insuficiente, provocó que muchas prácticas y comportamientos anticompetitivos escapasen de la regulación. La interpretación de las normas de competencia no se percibía con claridad ni por los funcionarios ni por las empresas.

Como señalan Palma y Cantero (1994), la política de competencia comunitaria no sería aplicada sistemáticamente hasta mediados de la década de 1960, a partir de la publicación del “Memorandum Zijlstra” (1966).

La Comisión no había trasladado a otros sectores de la política de competencia su decidida lucha anti-cártel: concretamente, las concentraciones económicas –reguladas solo indirectamente a partir de los artículos 85 y 86 del TCEE³³-, las ayudas estatales –artículos 82³⁴ y 94³⁵- y los monopolios de estado –artículos 37 y 90- eran claramente áreas que demandaban no solo de una revisión para su aplicación efectiva, sino también de normativa adicional.

Hay que recordar que la política de competencia se encontraba enmarcada en la corriente intelectual que guió la recuperación europea: el *embedded liberalism*. Se trata del orden económico imperante en la posguerra, y, como hemos comentado, se caracterizaba por el

³² 1968 fue el primer año en el que se llegó a las 8 decisiones por parte de la Comisión.

³³ Relativos a los acuerdos anticompetitivos entre empresas y a los abusos de posiciones dominantes, respectivamente.

³⁴ Relativo a la excepción de las normas del Tratado en la R.F. de Alemania para compensarla económicamente de la división del país.

³⁵ Por el que el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, se reservaba el derecho de determinar las categorías de ayudas que quedarían excluidas de la prohibición general.

Fordismo, a nivel económico de producción; políticas macroeconómicas de inspiración keynesiana, a nivel de sociedad y Estado; y la *Pax Americana*, a nivel de organización conjunta del sistema capitalista mundial (Overbeek, 1990: 87).

Esto hizo que la política de competencia quedase subsumida a la consecución de otros objetivos. Esta orientación de la política de competencia contrasta, como veremos más adelante, con la última etapa de esta política comunitaria, donde la obsesión por la eficiencia y la defensa de la competencia *per se* condicionan la aplicación de las leyes particulares.

Otro error de estos primeros pasos de la política de competencia europea fue la gestión del excesivo volumen de notificación de acuerdos. En particular, y por preferencia francesa, la DG IV³⁶ se mostraba especialmente preocupada por los contratos de distribución. Los franceses habían trasladado su lucha por mejorar los canales de distribución en aras de controlar la inflación a nivel europeo, ya que éste era el núcleo central de su política de competencia en esos años³⁷. El proceso de notificación simplificada se introdujo con el Reglamento 153/62.

Ese mismo año se tomó conciencia del ingente volumen de información y revisiones que se derivarían del citado sistema de notificación. En noviembre de 1962, la Comisión lanzó una propuesta oficial con un doble objetivo (Warlouzet, 2010):

- a. Evitar recibir notificaciones de acuerdos que no fuesen susceptibles de ser perniciosos.
- b. Para aliviar la carga de declarar *ex post* que los acuerdos –como sucedía con la mayoría de los que ya habían sido notificados- eran inofensivos.

La propuesta contemplaba la posibilidad de establecer “exenciones por categorías”, en virtud de la cual, se eximiría a los acuerdos que cumpliesen determinadas condiciones de la

³⁶ Cabe mencionar que fue en ese mismo año, 1962, cuando la Dirección General de Competencia fue dividida en unidades centradas en sectores económicos específicos, tal y como funciona hoy día.

³⁷ Por ejemplo, la negativa a vender una mercancía por parte de un proveedor se castigaba duramente, pues se consideraba que podía frenar el desarrollo de nuevos tipos de comercio minorista, tales como los supermercados (Warlouzet, 2010).

prohibición contra los acuerdos restrictivos. Sin embargo, los Estados nacionales, reacios a otorgar más poderes a la Comisión, se negaron en un primer momento a que ésta pudiese adoptar dichas exenciones³⁸.

El acuerdo se demoró hasta 1965, año en que se promulga el Reglamento 19/65 que daba poderes a la Comisión para proponer al Consejo exenciones en bloque. Éstas no fueron una realidad hasta 1967. El desfase temporal con respecto al momento en que se exigió la notificación de los acuerdos (Reglamento 153/62) llevó a una situación insostenible, con más de 36.000 notificaciones por año. Esto, lógicamente, desbordaba la capacidad administrativa e intelectual de una joven DG IV (Warlouzet, 2010).

El Reglamento 67/67 fue el primero que impulsó la Comisión por sí misma, y establecía las condiciones por las que los acuerdos de distribución podían verse eximidos de las leyes de competencia. Para entender mejor la importancia que estos acuerdos guardaban para la Comisión, vamos a detenernos para comentar la primera decisión de la Comisión, que se refiere al conocido caso *Grundig*.

2.2.1. El caso Grundig y sus consecuencias.

Se trata sin duda del caso más importante llevado por la Comisión en 1964, su primer año de funcionamiento activo. Este asunto marcaría el ulterior desarrollo de la política de competencia europea (Goyder y Albors-Llorens, 2009: 54). Vamos a relatar los hechos³⁹.

En 1957, la empresa alemana *Grundig* -fabricante- y la empresa francesa *Consten* -distribuidora- firmaron un acuerdo de distribución exclusiva para ciertos productos⁴⁰ en El Sarre y Córcega. Para la distribución de sus productos, *Grundig* se servía de dos marcas: en la RFA lo hacía a través de distintos mayoristas bajo la marca “*Grundig*”; en cambio, a nivel internacional tenía registrada su marca como “*GINT*”, *Grundig International*. Sin embargo, había Estados miembros en los que la distribución correspondía a una sola empresa, que distribuiría en exclusiva los productos *Grundig*. El contrato en cuestión permitía a *Consten*

³⁸ Normalmente se aducía que la Comisión necesitaba de un sólido fundamento de jurisprudencia antes de acometer las exenciones en bloque.

³⁹ Consultar la Sentencia del Tribunal de 13 de junio de 1966, en los Asuntos Acumulados 56/64 y 58/64.

⁴⁰ Estos productos eran piezas de televisión, *wireless*, grabadoras y máquinas de dictado.

utilizar la marca *Grundig*, mas el registro internacional y el anagrama “*Grundig*” sería utilizado por la propia marca alemana.

En 1957, *Grundig* se registró en Francia a nombre de *Consten*, que firmó una declaración en 1959 por la que se comprometía a emplear la marca GINT solo para productos fabricados por *Grundig*. Igualmente, *Consten* se comprometía a no suministrar estos productos a otros territorios, asegurándole la propia *Grundig* que similares condiciones se habían impuesto a otros distribuidores para sus respectivos mercados.

En 1961, un competidor de *Consten*, *UNEF*, encontró rentable comprar en Alemania productos *Grundig* y revenderlos en Francia a un precio inferior al que lo hacía *Consten*. Ante tal situación, *Consten* llevó el caso a los tribunales franceses, denunciando a *UNEF* por competencia desleal y por no respetar un contrato de distribución exclusiva (Godyer’s, 2009: 54).

UNEF se defendió alegando, ante la Comisión, que *Grundig* y *Consten* habían infringido el artículo 85.1 del TCEE. En 1963, *Grundig* inscribió ante la Comisión los contratos de distribución exclusiva concluidos con *Consten* y demás distribuidores en otros Estados miembros, en virtud de lo establecido en la Regulación 17. La Comisión declaró incompatibles los contratos en cuestión con el artículo 85.1 del TCEE.

Consten y *Grundig* apelaron la decisión de la Comisión ante el Tribunal Europeo. Sin embargo, el Tribunal rechazó la reapertura del caso, confirmando la decisión de la Comisión excepto en dos importantes puntos que giraban en torno a una creencia de la Comisión: los contratos de distribución exclusiva son suficientes para levantar barreras artificiales entre Estados miembros (Godyer’s, 2009: 54). Así, el Tribunal establece, en primer lugar, que el hallazgo de la Comisión era demasiado radical y podría no estar justificado; y en segundo lugar aclara que la Comisión no debería haber dictaminado que las cláusulas del acuerdo que no provocasen restricciones a las importaciones paralelas fuesen anuladas.

El resto de conclusiones emitidas por el Tribunal apoyaban ampliamente la decisión de la Comisión y condicionaría los ulteriores casos de política de competencia en la UE. De este

modo, el Tribunal estableció que la expresión “que afecte al comercio” del artículo 81. 1 significaba que la Comisión debía considerar si el acuerdo en cuestión era capaz de amenazar –directa o indirectamente, de hecho o potencialmente- la libertad de comercio entre los Estados miembros de un modo que pudiese impedir o dificultar la realización del objetivo del mercado común. Por otro lado, la Comisión fue elogiada por tener en cuenta en sus decisiones todo el “sistema” establecido en Francia para la absoluta protección territorial de *Grundig*. Ésta había tratado de usar sus derechos de comercialización de su propia marca para esquivar la legislación de competencia.

La Comisión fue consciente de que las prohibiciones a la exportación era un arma peligrosa que podría poner en jaque la eliminación de aduanas en la Europa unida y volver a **segregar** el mercado europeo. Por ello, abogó por diseñar una norma clara para tales casos. Esta fue la primera de una serie de situaciones en las que una decisión firme y oportuna del Tribunal permite que la Comisión desarrolle su propia política, fortalecida por el apoyo del propio Tribunal en algún aspecto clave. En concreto, la interpretación abierta dada por el Tribunal a la expresión “que afecte al comercio entre Estados miembros” ha permitido a la Comisión extender su alcance en un grado que no hubiese sido posible, en el caso de que el Tribunal hubiese entendido esa sentencia de un modo más restrictivo.

Para cerrar este período, y a modo de conclusión, podemos subrayar la dificultad de dibujar una doctrina subyacente a la política de competencia europea durante sus primeros años. Los principales Estados europeos también se encontraban diseñando sus propios sistemas de competencia⁴¹, por lo que su experiencia tampoco nos revela tendencia alguna. Como señala Warlouzet (2010), definir la política de competencia a escala del Mercado Común “*era una tarea casi imposible, ya que la estructura económica, los datos estadísticos y las relaciones entre empresas eran muy diferentes entre los distintos países y sectores*”.

⁴¹ Las leyes más importantes, por su alcance, se implementaron en 1948 y 1956 en UK; en 1953, en Francia; y en 1957 en Alemania.

2.3. Crisis, neoliberalismo y madurez de la política de competencia comunitaria (1973- 2004).

La década de 1970 trajo consigo importantes transformaciones en los países occidentales industrializados. La crisis de 1971 puso fin a 25 años de crecimiento prácticamente ininterrumpido. La economía capitalista mostraba su cara más amarga a una generación que solo había conocido la prosperidad. El orden económico y social de la posguerra (*embedded liberalism*) agonizaba y preparaba su sitio para el advenimiento de un nuevo credo: el neoliberalismo. La política de competencia europea no fue ajena a estos cambios.

En ese mismo período se tomó conciencia de un asunto de vital importancia: la protección del consumidor. Prueba de ello es la creación en 1966 del *Institut National de la Consommation* en Francia, y el establecimiento en Inglaterra de la *Office of Fair Trading* en 1973. Este nuevo objetivo, junto con la crisis energética de 1973, hizo que la política de competencia comunitaria recibiese un nuevo impulso. Ésta pasaba a convertirse en una herramienta fundamental para combatir la inflación y velar por el interés del consumidor (Warlouzet, 2010).

Ante la penetrante crisis de las llamadas “viejas industrias” –acero, química y textil-, la política de competencia, tanto a nivel europeo, como nacional reaccionó permitiendo el fomento tanto de las ayudas de estado como de los acuerdos colusorios, al menos temporalmente (Resch, 2005). Además, la política de competencia fue utilizada como parte de una combinación de políticas que tenían por objeto relajar las tensiones inflacionistas y frenar la crisis económica (Comisión Europea, 2010f: 12)

Las grandes empresas reaccionaron a la crisis por medio de la internacionalización: se trataba de aprovechar las economías de escala y conquistar nuevos mercados. Esto trajo consigo la transnacionalización de los mercados y la producción. Al mismo tiempo, se fueron levantando críticas cada vez más feroces hacia las instituciones correctoras del mercado⁴². La Comunidad Europea acusó las dificultades del momento, viendo frenado su proceso de integración. El modelo europeo recibió no pocos ataques de distintos frentes,

⁴² El Comisario de competencia, Adriessen (1982: 6) llegaría a comparar la política industrial de los Estados miembros como “gusanos que se comen la cubierta del barco de la integración”.

siendo en ocasiones apodado de “*European disease*” o “*Eurosclerosis*”⁴³. Finalmente, la transición hacia el fundamentalismo liberal⁴⁴ se consolidaría con la victoria de R. Reagan y M. Thatcher en EEUU e Inglaterra respectivamente durante la década de 1980.

Entre las causas que propiciaron este cambio de paradigma rescatamos por su amplitud y trascendencia, las dos siguientes (Buch-Hansen y Wigger, 2010):

- a. El hecho de mayor relevancia social sería la ruptura del equilibrio de poderes trabajo/capital en favor del segundo, sobre todo del capital trasnacional. Esto es consecuencia de la transnacionalización de la producción, que hizo que cambiasen las preferencias regulatorias de los agentes con capital (*capital actors*). De este modo, los intereses corporativos trataban de potenciar su competitividad global a través del fomento de la desregulación de los mercados de capitales y de una mayor liberalización comercial.
- b. En 1983, la *European Roundtable of Industrialist* (ERI) buscaba despertar a Europa de su parálisis temporal al objeto de abandonar las penurias económicas. Esta mesa redonda albergaba a los ejecutivos de las mayores empresas europeas, para los que la salida de la crisis pasaba irremediabilmente por la consecución real del mercado común⁴⁵. Así, las demandas de estos empresarios a la Comisión de medidas que liberasen mercados y capitales fue en aumento, so pretexto de que, en caso contrario, serían incapaces de competir con las empresas de EEUU y Japón.

Fruto de tales presiones fue la firma del Acta Única Europea en 1992, dirigida a consolidar el mercado único. En un informe elaborado por la ERI –*Beating the crisis*–, los empresarios europeos volvieron defender que el único modo de dejar atrás las dificultades económicas

⁴³ Estas críticas hacían alusión tanto al estupor letárgico de la integración europea en la década de 1970 como a los estados de bienestar keynesianos, verdadera diana de todos los ataques de orientación liberal.

⁴⁴ Creemos que es más apropiado el término “fundamentalismo liberal” que “neoliberalismo”. Partiendo de que “los clásicos”, padres fundadores del liberalismo, abogaban en términos generales por que el Estado suministrase servicios básicos de interés general, estos nuevos defensores del credo liberal van más allá y anclan el crecimiento económico a la liberalización de la práctica totalidad de los servicios públicos.

⁴⁵ La comunidad empresarial percibía el mercado común como mucho más restrictivo que el norteamericano, lo que constituía un serio hándicap para las empresas europeas a la hora de competir con empresas estadounidenses.

era potenciar la competencia en el mercado común, pues solo así se levantarían compañías capaces de competir con el resto del mundo. El mismo informe atacaba los esfuerzos de las autoridades por crear “Campeones Europeos” por medio de ayudas discrecionales (ERT, 1993).

En términos de contenido, las reformas neoliberales buscaban liberar el capital que se encontraba acotado por la red social, política y regulatoria; en términos de forma, su objetivo consistía en separar las instituciones claves del mercado, de la contabilidad democrática; y en términos de alcance pretendían extender la regulación doméstica a escala global. El objetivo final era iniciar una nueva etapa de acumulación, acuñada por algunos con el nombre de post-Fordismo, y que implicaba el uso de técnicas de producción más flexibles y la transnacionalización de la producción.

A partir de entonces, el discurso neoliberal fue penetrando a través de las distintas áreas objeto de regulación con el objetivo de transformar distintos aspectos del modelo que entonces imperaba. No es casualidad que los últimos Comisarios de competencia –Karel van Miert (1995- 1999), Mario Monti (1999- 2004) y Neelie Kroes (2004- 2009)- fuesen firmes defensores del modelo económico neoliberal. Este cambio de paradigma propició que las subvenciones se redujesen y se fuesen redirigidas hacia la promoción de la I+D. Del mismo modo, se ha impulsado un proceso de privatización de empresas e infraestructuras públicas, que se ven ahora sometidas a la disciplina de la competencia⁴⁶. Las razones de interés general que salvaguardaban los servicios básicos parecen pertenecer hoy al pasado, y solo la educación y la sanidad se mantienen –de momento- como antiguos bastiones de una economía al servicio del hombre, y no al contrario.

En las últimas décadas, la política de competencia europea pasó a orientarse en mayor medida hacia un enfoque basado en los efectos de las prácticas empresariales. Esto permitió que la Comisión orientase sus limitados recursos hacia los acuerdos o prácticas que involucrasen a empresas con poder de mercado, susceptibles de obstaculizar la competencia efectiva (Comisión Europea, 2010f: 14).

⁴⁶ Como veremos en el siguiente epígrafe, la liberalización de los sectores estratégicos es una de las 5 grandes áreas que componen el sistema europeo de defensa de la competencia.

Una vez establecido el marco que envuelve a esta última etapa de la política de competencia europea, estamos en disposición de comentar las modificaciones más importantes que dichas leyes sufrieron. La regulación de las concentraciones económicas, las ayudas de Estado y las exenciones por categorías son sin duda las áreas que mayores impulsos recibieron. Nuestro recorrido llega hasta la reforma de 2004, año de la denominada modernización de las normas de defensa de la competencia de la UE. El modelo contemporáneo de defensa de la competencia comunitaria será objeto de un detallado análisis en el próximo capítulo.

2.3.1. *Las exenciones por categorías y las ayudas de Estado.*

Considerando que la realización del mercado común es uno de los objetivos fundamentales de la política de competencia, el control de las ayudas públicas discrecionales pasa a ser una de las áreas clave de aplicación. La Comisión no puede permitir que los distintos Estados miembros distorsionen la competencia en el mercado común favoreciendo a “sus” empresas a través de apoyo financiero. Correríamos el peligro de entrar en una espiral destructiva que no beneficiaría a nadie.

A pesar de que los fundamentos del concepto de ayuda estatal se establecieron ya en 1961⁴⁷, el Tribunal no reconoció hasta 1973 que la Comisión podía exigir legalmente a las empresas que devolviesen las ayudas estatales concedidas ilegalmente que no fuesen compatibles con el Tratado⁴⁸. Sin embargo, habría que esperar otros 10 años para que la Comisión decidiese aplicar este principio como cuestión política.

Por tanto, y en contra de lo que uno podría suponer, el control efectivo de las ayudas de Estado se desarrolla en esta última etapa de la política de competencia comunitaria. A partir del Reglamento 659/1999, el Consejo codifica la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal, estableciendo por vez primera un conjunto de normas de procedimiento claras y transparentes. Esta nueva regulación otorgaba al control de las ayudas de Estado la importancia que merece. Como señala la Comisión Europea (2010f: 18):

⁴⁷ Asunto 30-59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad de la CECA, Rec. 1961, p.3

⁴⁸ Asunto C-70/72, Comisión/Alemania, Rec. 1973, p. 813.

“Para 2005, el control de las ayudas estatales estaba ya en primera línea de la política de competencia de la UE, tal como demostraba el hecho de que el Plan de Acción de Ayudas Estatales fuese una de las dos prioridades fundamentales de la política de competencia de la UE durante ese mandato, junto con la aplicación de la normativa sobre cárteles.”

Pasamos a comentar las novedades en torno a las exenciones por categorías. Ya hemos visto cómo la Comisión introdujo ciertas exenciones en categorías, especialmente en las licencias de patentes y los acuerdos de distribución, durante la década de 1960. Además, ciertos sectores como el transporte, la distribución de vehículos a motor, la banca y la energía recibían un trato especial.

A pesar de esto, el número de notificaciones y la subsecuente exigencia de la información remitida obligaron a que la Comisión se plantease impulsar nuevos paquetes de exenciones. El número de casos pendientes de revisión era excesivo, y no cesaba de crecer. Esto obligó a la Comisión a introducir un nuevo paquete de exenciones por categorías. En consonancia con la evolución que estaba sufriendo la política de competencia, las exenciones fueron dirigidas a conductas económicas concretas, en lugar de a determinados sectores económicos (Russo *et al.*, 2010: 8).

La primera mitad de la década de 1980 presenció cómo la Comisión adoptaba más de 10 exenciones por categorías. Entre éstas destaca por su trascendencia la exención de acuerdos de especialización en I+D en *joint ventures* y los acuerdos de cesión de conocimiento y patentes. Además, a finales de la década de 1990, la Comisión adoptó un nuevo reglamento de exención general relativo a todo tipo de acuerdos verticales, por considerar que su impacto sobre la competencia no reviste importancia (Russo *et al.*, 2010: 9).

De un modo más general, en 1997 la Comisión adoptó la doctrina “*de minimis*”. Ésta establecía que, dejando a un lado las restricciones especialmente graves, los acuerdos entre competidores con menos de un 5% de cuota de mercado, o entre no competidores con menos de un 10% de cuota de mercado, serían considerados de menor importancia, y por tanto, incapaces de obstruir la competencia efectiva. Cuatro años más tarde, los umbrales se elevaron hasta el 10 y el 15%, respectivamente (Comisión Europea, 2001b).

Estas medidas iban encaminadas a liberar recursos de la Comisión. Con la ampliación de la UE, la Comisión se vio en la necesidad de centrarse en los asuntos más importantes, declarando compatibles con el mercado común los asuntos de menor importancia o trascendencia. Éstos, lógicamente, tienen una limitada capacidad para distorsionar la competencia en la UE. En el próximo capítulo analizaremos detenidamente este tipo de iniciativas en la última reforma de la política de competencia de la UE.

2.3.2. El debate en torno al control de concentraciones. El caso de Continental Can.

El control de concentraciones, en el ámbito de la UE, se sustenta en la idea de que, las concentraciones entre empresas –naturales en un proceso de integración de mercados y de unión monetaria- pueden mejorar el bienestar, en la medida en que responden a las exigencias del mercado y aumenten la competitividad de la industria europea. Sin embargo, la Comisión Europea también considera el posible perjuicio duradero de la competencia efectiva en el mercado común (Pascual y Vicente, 2004). En definitiva, se trata de evaluar los posibles beneficios y daños potenciales de las operaciones de concentración, para lo que el análisis económico se presenta como la herramienta clave.

El control de concentraciones fue uno de los asuntos que sin duda más interés suscitó durante este período en el terreno de las leyes de competencia. El establecimiento de una regulación para tal cometido se venía discutiendo desde mediados de la década de 1960. Se trataba de permitir que las empresas europeas fuesen competitivas en el mercado internacional al tiempo que se mantuviese la competencia efectiva dentro de las fronteras comunitarias. Esta preocupación se vio reflejada en la promulgación de leyes nacionales para el control de concentraciones en Inglaterra y Alemania, en 1965 y 1973 respectivamente (Buch- Hansen y Wigger, 2008).

A pesar de los intensos debates, la falta de motivación de los Estados miembros obstaculizaba la adopción de un reglamento para el control de concentraciones. Algunos dudaban de la compatibilidad de dicho reglamento con otros objetivos comunes de política industrial, regional y social. Esto, unido a las dificultades económicas generadas por la crisis, no ayudó a que se consumase el acuerdo.

Como se ha señalado con anterioridad, el Tratado de Roma no contiene ninguna disposición referida al control de las concentraciones. De hecho, la Comisión aplicó hasta 1989⁴⁹ el artículo 82 –que concierne al abuso de la posición de dominio– para prohibir las concentraciones que consideraba más problemáticas con el fin mantener una competencia efectiva en el mercado en cuestión. El problema radica en que la aplicación de dicho artículo exige la existencia previa de una posición de dominio, por lo que un gran número de fusiones potencialmente dañinas para la competencia (especialmente aquéllas que buscan precisamente ocupar una posición dominante) podían escapar a las normas de competencia. Por ello, y dada la importancia del control de concentraciones como medio para modificar la estructura de los mercados (y en última instancia en las condiciones competitivas), resultaba imprescindible contar con un instrumento que permitiese realizar un control *ex ante* de los acuerdos de fusión. El caso de *Continental can*⁵⁰, fabricante de latas de conserva, es sin duda el que mejor ilustra la necesidad de un instrumento jurídico específico para el control de concentraciones.

Esta compañía norteamericana había adquirido más del 80% de las acciones de la compañía alemana SLW⁵¹. Así nació *Europemballage Corporation*, con oficina en Bruselas. Posteriormente, con el apoyo financiero de sus “padres”, se hizo con el 91.7% de las acciones de la holandesa TNV⁵². Ya que ambas empresas eran líderes de sus respectivos mercados de envases de cierres ligeros y de tapas de metal para tarros de vidrio, la Comisión frenó esta última adquisición con el fin de impedir que el grupo *Continental Can* lesionase la competencia efectiva a partir de una posición de dominio.

La Comisión tuvo en cuenta, no solo la cuota de mercado que resultaría de la absorción para el grupo *Continental Can*, sino también las ventajas provenientes de su tamaño, importancia económica, financiera y tecnológica, con respecto al resto de competidores. Esto permitiría a *Continental Can* operar de un modo independiente, confiriéndole, al menos en el mercado alemán de envases ligeros, una posición de dominio.

⁴⁹ Aparición del primer Reglamento comunitario en materia de control de concentraciones: Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

⁵⁰ Consultar Asunto 6/72 *Europemballage Corporation y Continental Can Company/ Comisión*.

⁵¹ Schmalbach Lubeca-Werke AG.

⁵² Thomassen & Drijfer Verblifa NV.

Sin embargo, el Tribunal anuló la decisión de la Comisión, sosteniendo que ésta no había tenido en cuenta la posibilidad de que los fabricantes de otro tipo de envases pudiesen pasar a fabricar envases ligeros. En otras palabras, es como si la Comisión hubiese considerado los mercados de latas para carne, y los mercados de latas para pescado como mercados separados, de modo que si se observaba una aglutinante cuota de mercado en uno de ellos, esto implicaría automáticamente poder de mercado.

Tampoco estaba la Comisión preparada para evaluar la posibilidad de que entrasen nuevos competidores en el mercado en caso de que *Continental Can* estableciese unos precios excesivos; o que otro tipo de embalaje se adaptase al contenido en cuestión. Su análisis de los mercados era clamorosamente insuficiente.

A pesar de esto, el Tribunal decidió interpretar el artículo 82 del Tratado de Roma de una forma flexible y, haciendo referencia a los artículos 2⁵³ y 3 (g)⁵⁴ del mismo, decidió anular la absorción. La sentencia enfatizaba a que la operación en cuestión obstaculizaría la competencia efectiva dentro del mercado común. De este modo, los artículos 81 y 82 pasaban a ser interpretados de un modo que los encaminaba hacia los mismos fines, aquellos establecidos en los artículos 2 y 3 (g) (Goyder y Albors-Llorens, 2009: 386).

Así pues, el Tribunal reconoció el riesgo que entrañaba que una empresa obtuviese una posición de claro liderazgo en distintos mercados, ya que el resto de competidores se verían obligados a condicionar sus acciones al comportamiento de la empresa dominante. Ya no era necesario demostrar una conexión causal entre posición dominante y explotación abusiva. El mero incremento en la cuota de mercado constituía un abuso. Esto puso nuevamente de manifiesto la necesidad de una regulación específica para el control de concentraciones.

Pocos meses después de la decisión del Tribunal, y a petición de los Estados miembros, vio la luz el primer proyecto para el reglamento relativo a las concentraciones. Este

⁵³ Por el que la Comunidad se compromete a promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad.

⁵⁴ Según el cual, se establece que la acción de la Comunidad establecerá un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común.

instrumento jurídico se antojaba imprescindible, pues la simple base jurídica que emanaba de la Sentencia del caso *Continental Can* no era suficiente para establecer un control efectivo de las estructuras de mercado. Sin embargo, las sucesivas propuestas o proyectos de regulación que fueron presentadas a la Comisión en 1982, 1984 y 1986 se encontraron con el mismo rechazo. La explicación a esta falta de apoyo político se debe a que tales propuestas eran excesivamente amplias en términos de alcance. Pretendían controlar un excesivo número de operaciones, a partir de unos umbrales de cuota de mercado manifiestamente bajos.

En 1988 se presentó el último proyecto, que ya sí incluía las principales características de la versión final del Reglamento de control de concentraciones que a la postre sería adoptado. En consonancia con los artículos 81 y 82, ninguna fusión que levantase o fortaleciese una posición de dominio sería declarada compatible con el mercado común. El escollo final se encontraba en las distintas preferencias de los Estados miembros, pues mientras que unos pedían que se atendiese a criterios estrictamente competitivos –Alemania e Inglaterra-, había otros –como Francia- que pretendían que se tuviese en consideración criterios de política social e industrial para el control de concentraciones.

Finalmente, el Reglamento 4064/89 fue aprobado. El problema consistía ahora en dotar a la Comisión con los recursos necesarios para aplicarlo, pues la tarea de ejercer un control efectivo y consistente de las operaciones de fusión en los plazos previstos es compleja. Con el fin de simplificar y agilizar el proceso, la Comisión tomó una serie de medidas (Goyder y Albors-Llorens, 2010: 390):

- a. Un nuevo proceso simplificado para los casos rutinarios
- b. Un énfasis adicional en los procesos de pre-notificación, incluyendo la publicación de códigos de “Buenas Prácticas”
- c. La tendencia a declarar incompletas algunas notificaciones, a menudo como táctica para disponer de más tiempo para considerar los casos más complejos.

Sin embargo, la Comisión siguió viéndose desbordada y el Reglamento nunca llegó a ser realmente efectivo. Desde finales de la década de 1990 se fue haciendo cada vez más latente la necesidad de modificar el Reglamento 4064/89; prueba de ello es el Libro Verde

publicado por la Comisión en 2001. Tras un nuevo período de negociaciones, en las que se debatió incluso si el test sustantivo debía ser sustituido, vio la luz el nuevo Reglamento de Concentraciones 139/2004, del que nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

Para Calvo y Goñi (1999), la adopción del Reglamento 4064/89 estuvo básicamente motivada por la concurrencia de tres factores:

- I. En primer lugar, la tendencia a la concentración empresarial. No cabe duda que, a partir del último cuarto del siglo XX, el fenómeno de la globalización se ha acelerado sobremanera, lo que lleva a las empresas a buscar la organización más adecuada para tales retos. Así, la unión entre empresas en aras de una mayor competitividad que les permita competir en el mercado mundial es a todas luces deseable, siempre y cuando la competencia no se vea eliminada o amenazada en el mercado interior. Esto último es, precisamente, el objetivo declarado de la Comisión a la hora de examinar los proyectos de concentración.
- II. La aplicabilidad de las diversas legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Comunidad a las operaciones de concentración nacionales e internacionales enturbiaba el proceso de control de las mismas. La homogeneización normativa se antojaba imprescindible.
- III. Por último, el Derecho europeo originario era inadecuado para regular estos fenómenos. Ya se han comentado los problemas que conlleva la regulación de las operaciones de concentración en base a artículos destinados a otros fines.

Por otro lado, siguiendo a Palma (2008), *“la profundización en el proceso de construcción del Mercado Único exigía la existencia de un instrumento con el que la Comisión pudiera controlar las operaciones que traspasaban las fronteras nacionales de los Estados miembros. Se buscaba, fundamentalmente, homogeneizar las condiciones que debían regir las operaciones de concentración en todo el ámbito comunitario”*.

A través del Reglamento 4064/89, basado en el principio de “ventanilla única”, la Comisión quedaba facultada para realizar un control exclusivo sobre todas las fusiones transfronterizas importantes. De nuevo, la excesiva carga de trabajo a la que se veía sometida la Comisión propició la reforma del sistema europeo de control de

concentraciones, a pesar del buen funcionamiento del mismo. Los aspectos más relevantes de dicha reforma serán abordados en el siguiente capítulo.

3. Síntesis. La competencia como valor fundamental en el proceso de construcción europea

Una vez recorrido el camino que ha seguido la política de competencia en la UE, estamos en condiciones de valorar, en su justa medida, la contribución de esta forma de intervención pública al proyecto europeo. Como recoge la Comisión (2010f: 13), *“una prioridad fundamental durante las primeras décadas de existencia de la CEE consistía en suprimir progresivamente los obstáculos de origen estatal existente entre los Estados miembros”*. A lo largo del capítulo hemos visto cómo las normas de competencia se configuraban con tal cometido y se convertían en una herramienta fundamental para la construcción del “sueño” europeo.

Retrospectivamente, un observador afirmaría que la política de competencia ha tenido un razonable éxito. Sin embargo, el compromiso con el mercado común ha de ser permanente, lo que exige que la política de competencia comunitaria se mantenga firme y se adapte a los nuevos desafíos que suponga la consolidación del mercado común europeo.

Hoy, la política de competencia también tiene un papel fundamental para el fomento de la competitividad y la productividad⁵⁵, factores clave para dejar atrás el estancamiento del último lustro y mantener la posición económica que ha mantenido la UE hasta nuestros días. Así, el Consejo Europeo afirma, en la página 4 de sus Conclusiones de los días 24 y 25 de marzo de 2011, que *“El Mercado Único tiene un papel fundamental que desempeñar a la hora de generar crecimiento y empleo y fomentar la competitividad (...)”*. Por su parte, la Comisión Europea (2004a: 3) señalaba a la competencia como un factor clave:

Una competencia vigorosa, propiciada y protegida por la política de competencia de la UE, se considera, justamente, como un elemento indispensable para alcanzar el objetivo de competitividad de la Unión Europea y para la Estrategia de Lisboa.

⁵⁵ Es el llamado enfoque proactivo de la política de competencia

La Comisión Europea (2004a: 3) entiende la competencia como *“un proceso de mercado vital que recompensa a las empresas que ofrecen precios más bajos, mayor calidad, productos nuevos y una oferta de productos más amplia”*. Esta aproximación dinámica de la competencia recuerda a la concepción asentada entre los seguidores de la Escuela Austriaca, frente a otras aproximaciones de carácter estático o estructuralista que se han comentado en el primer capítulo. Sin embargo, al contrario que el pensamiento austriaco, desde las autoridades europeas se considera que la política de competencia es indispensable para el mantenimiento de una competencia efectiva que impulse la innovación.

En particular, la Comisión Europea (2004a: 4) considera que *“el régimen de derechos de propiedad intelectual e industrial induce a las empresas a competir vigorosamente por innovar, al conferir temporalmente a los innovadores poder de mercado sobre sus invenciones. Al término de esta protección temporal, una competencia intensa garantizará la rápida adopción de las innovaciones por los competidores. La competencia también fomenta la difusión de innovaciones”*.

La UE se ha impuesto desde sus inicios el objetivo de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos a partir de una continua y equilibrada expansión económica sustentada por el mercado común. Así viene recogido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), donde se subraya la necesidad de garantizar la libre circulación de personas y mercancías en el interior de la UE. Este objetivo no tendría sentido sin la existencia de algún mecanismo que impidiese al poder económico privado levantar barreras entre los Estados miembros por medio de alguna forma de colusión. Y es precisamente aquí donde la política de competencia comunitaria encuentra su fundamento principal. Junto a éste, considerado como primordial por Prieto Kessler (2005), el mismo autor apunta otros que no deberían ser obviados:

- a. En primer lugar, un mercado interno dinámico y pujante mejora la competitividad de las empresas europeas, lo que les permite competir con mayores garantías en el mercado global. La innovación, la productividad y otros factores se ven tensados por el proceso competitivo, donde las empresas menos eficientes van siendo expulsadas. Así, en la línea de la Cumbre de Lisboa de 2000, se pretende avanzar hacia el objetivo de hacer de la UE la economía más dinámica y competitiva del mundo.

- b.** El segundo fundamento está relacionado con el primero. Si, como parece claro, las ganancias en competitividad de la economía europea no pueden cimentarse en una estrategia de producción a bajo coste (o liderazgo en costes), la innovación y el conocimiento pasan a ser los factores clave del crecimiento. El problema reside en que, para incentivar las inversiones en I+D, se debe establecer un marco que proteja la propiedad intelectual y asegure la rentabilidad de dichas inversiones. En este ámbito, la política de competencia deberá moverse en el pantanoso terreno de, por un lado, asegurar la competencia efectiva por medio de la difusión del conocimiento; y por otro, fomentar el crecimiento económico (a través de las inversiones en innovación) por medio de la creación de “monopolios temporales”, o, lo que es lo mismo, la concesión de patentes.
- c.** Del mismo modo, la necesidad de las empresas europeas de alcanzar un tamaño óptimo que les permita competir más allá del Mercado Único lleva necesariamente a la concentración de los mercados interiores por medio de la cooperación o unión con otros competidores. De hecho, como apunta Muñoz de Bustillo (2009: 303), *“desde la Comisión se ha favorecido la creación de grupos industriales o alianzas entre empresas con la finalidad de alcanzar el tamaño suficiente para operar en igualdad de condiciones con las grandes empresas mundiales”*. De nuevo, la DGC se encuentran ante un *trade-off* entre eficiencia (impulsada por la concentración) y competencia que hace más compleja la toma de decisiones.
- d.** Por último, el carácter internacional de algunos casos supone un nuevo reto para la política de competencia comunitaria, que se ve en la necesidad de cooperar con otras autoridades de competencia en busca de normalización. Si bien la Comisión tiene competencias para tratar los casos de ámbito comunitario, las legislaciones nacionales de competencia son distintas entre los Estados miembros. Con el objetivo de coordinar los esfuerzos de las distintas autoridades se creó la Red de Autoridades de Competencia, herramienta clave para la aplicación de la política de competencia comunitaria.

Sin embargo, el problema se agudiza en los asuntos que trascienden las fronteras comunitarias. Como señala Palma (2008), resulta inexplicable, en este mundo económicamente global, la inexistencia de reglas de competencia que ordenen el ingente comercio mundial. Incluso con EEUU, las diferencias son sustanciales, por lo que se exigen nuevos frentes de coordinación para la aplicación de la política de competencia desde la DGC.

De todo lo anterior se desprende la importancia que se le atribuye a la competencia como pilar esencial en la construcción del Mercado Único europeo, lo que equivale a la construcción económica de la UE (Palma, 2008). Tal consideración se mantiene en nuestros días, lo que puede comprobarse fácilmente consultando cualquier Comunicación de índole económica emitida por la Comisión, tales como el Acta del Mercado Único o la Estrategia Europa 2020.

CAPÍTULO V

EL NUEVO MARCO ECONÓMICO, POLÍTICO E INSTITUCIONAL DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SIGLO XXI

INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior realizamos un recorrido por las distintas fases que ha experimentado la política de competencia en la UE hasta el año 2004. La intención era enlazar el contenido histórico con la actual etapa, no solo vigente, sino recién abierta, de la política en cuestión. Por tanto, el presente capítulo pretende abarcar el nuevo sistema europeo para la defensa de la competencia. Sin duda, se trata de un capítulo clave de la presente obra.

Ya sabemos que la política de competencia ha sido una de las políticas más activas y relevantes desde el inicio de las Comunidades Europeas. El artículo 3 g) del Tratado de Roma establece la necesidad de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interior como medio para la consecución de los objetivos y fines comunitarios (recogidos en el artículo 2 TCE). Por tanto, y como hemos comentado, la política de competencia ha jugado un papel protagonista en la configuración de un entorno empresarial competitivo y dinámico dentro de las fronteras de la UE que ha permitido a las empresas europeas competir con argumentos sólidos en el mercado global.

El TFUE en su Título VII, denominado “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”, en su capítulo I, titulado “Normas sobre competencia” regula en lo fundamental el derecho comunitario a la libre competencia. En un segundo nivel, la Comisión y el Consejo Europeo publican con cierta regularidad Reglamentos y Directivas que completan el marco europeo para la política de competencia. Por último, cada vez son más las Comunicaciones y Directrices emitidas por la Comisión, formalmente no vinculantes, pero que arrojan valiosa información acerca de las pautas que adoptará la propia Comisión al aplicar las leyes comunitarias sobre competencia (Sauter, 2004).

Por su parte, la Comisión Europea afirma en la página web de la Dirección General de Competencia¹ (DGC) que aplicará, junto con las correspondientes autoridades nacionales, las normas de competencia -artículos 101-109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)- para garantizar el buen funcionamiento de los mercados, lo que beneficia a consumidores, a empresas y al conjunto de la sociedad europea.

¹ http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm, consultada el 12/05/2011.

En consecuencia, la DGC y las ANCs serán los encargados promover el correcto funcionamiento de los mercados en la UE. Entre las actividades que realizará para alcanzar su cometido, la Comisión destaca las siguientes:

- a. Actuar contra los acuerdos anticompetitivos y el abuso de posición dominante.
- b. Control de operaciones de concentración.
- c. Control de ayudas estatales.
- d. Supervisión de los mercados liberalizados.
- e. Cooperación internacional con otras agencias de competencia.

Dedicaremos un epígrafe a cada una de ellas, con excepción del último punto. Esto se debe a que el resto del trabajo aborda en profundidad el ámbito internacional de la política de competencia de la UE. Conviene aclarar que el TFUE no los recoge todos, pues asuntos como el control de concentraciones y los movimientos en aras de la cooperación y la coordinación internacional escapan al texto. Las concentraciones se regulan a través del Reglamento nº139/2004, mientras que el asunto de la cooperación internacional se encuentra en pleno desarrollo. Prueba de ello son los avances que en los últimos años se están produciendo a través de la ICN, donde, como veremos en la tercera parte de la obra, la UE juega un papel protagonista.

Con respecto al mercado interior, ya se ha comentado en el capítulo anterior que la política de competencia de la UE tiene la misión de velar por que la eliminación de aduanas y barreras al comercio sea una realidad. La Comisión Europea (2004: 2) señala que la mejor garantía para el aumento de la eficiencia y del potencial innovador de las empresas europeas es que el mercado interior sea competitivo y abierto, por lo que una competencia vigorosa se constituye como un factor clave para la actividad y el crecimiento económico.

Para el análisis de este nuevo marco proactivo de la política de competencia de la UE tomaremos como referencia ineludible el llamado “paquete de modernización”, en el que destacamos los siguientes documentos:

- El Reglamento nº 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE².
- El Reglamento nº 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 CE.
- Reglamento nº139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- La Comunicación sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (RAC).

El capítulo se cierra con un último epígrafe dedicado a la crisis económica y al papel de la política de competencia en las estrategias marcadas por la Comisión: la Agenda (o Estrategia) de Lisboa, ya extinta, y la nueva Estrategia Europa 2020, para el horizonte temporal 2010-2020. Ahondaremos en las inconsistencias de la Agenda de Lisboa para posteriormente analizar de un modo crítico la nueva Estrategia.

La crisis económica ha supuesto todo un reto para la política de competencia de la UE. El colapso del mercado financiero ha exigido una rápida reacción por parte de las autoridades europeas que evitase la congelación del crédito y asegurase los depósitos de los ciudadanos. En ofrecer tales soluciones, el control de ayudas estatales ha sido sin lugar a dudas el ámbito de la política de competencia más afectado y que ha demandado mayores dosis de renovación.

Finalmente, reflexionaremos acerca del papel de la Estrategia Europa 2020 como faro de guía de los gobiernos de los Estados miembros en sus reformas estructurales. El cambio en el modelo productivo europeo, ya declarado abiertamente en la Estrategia de Lisboa, hacia una economía basada en el conocimiento y en sectores de alto valor añadido, se ha convertido en una prioridad absoluta, agudizada más si cabe por la difícil situación económica que impera en la actualidad en la UE.

Como tendremos ocasión de analizar, las autoridades europeas confían ciegamente en el incremento de la competitividad como la mejor estrategia para volver a la senda del crecimiento. Para alcanzar esta meta, no hay mejor herramienta que una vigorosa política

² Actuales 101 y 102 TFUE.

de competencia que se complemente con las líneas directrices que emanan de la Estrategia en cuestión. El capítulo concluye con algunos ejemplos concretos de cómo se produce esta simbiosis.

1. Colusión y abuso de posición dominante. La modernización de la política de competencia comunitaria en los artículos 101 y 102 TFUE.

Las normas que regulan los acuerdos anticompetitivos y el abuso de posiciones de dominio están recogidas en los artículos 101 y 102 del TFUE, respectivamente. La aplicación de las mismas queda sujeta al Reglamento nº1/2003, que viene a sustituir el antiguo Reglamento nº17/62, objeto de análisis en el capítulo anterior. El nuevo Reglamento introduce importantes modificaciones en el sistema europeo de defensa de la competencia, que ha de responder a los nuevos retos de una economía cada vez más globalizada y amenazada por las prácticas anticompetitivas.

Recordamos que el Reglamento nº17/62 establecía un sistema de control centralizado a partir del cual, los acuerdos susceptibles de distorsionar la competencia entre Estados miembros de la UE debían ser notificados a la Comisión para optar a la exención. Este sistema de notificación, junto con el “monopolio” de la Comisión para conceder tal exención, suponía una excesiva carga de trabajo para la propia Comisión. Por ello, en los últimos años, se han ido adoptando una serie de medidas para aligerar la enorme carga administrativa y liberar recursos que permitan a la Comisión centrarse en los acuerdos y prácticas que suscitasen más problemas³. Éstas se resumen en (Garrido Ruiz, 2004):

- a. La inclusión de la noción de **afectación sensible de la competencia**, que supone la no aplicación del apartado 1 del artículo 101 del TFUE⁴ a los acuerdos de menor importancia⁵.
- b. La adopción de Comunicaciones de carácter general.
- c. La adopción de nuevos Reglamentos de **exención** por categorías⁶.
- d. La puesta en práctica de la técnica de las cartas administrativas (*comfort letters*).

³ A pesar de estas medidas, y de su eficacia, la Comisión sigue sin contar con los recursos suficientes para abordar de manera eficaz todas las notificaciones que recibe.

⁴ Apartado 1 del antiguo artículo 81 del TCE.

⁵ Consultar la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del TCE (*de minimis*).

⁶ Consultar, por ejemplo, los Reglamentos nº2658/2000 y nº2659/2000 de exención por categorías de acuerdos de especialización y de investigación y desarrollo, respectivamente.

En consecuencia, el nuevo Reglamento nº1/2003 supone un cambio desde el tradicional sistema de notificación hacia un sistema de **exención legal**. A partir de éste, cualquier particular puede invocar las disposiciones contenidas en el apartado 3 del artículo 101 TFUE ante las jurisdicciones nacionales y las ANCs, quedando éstas habilitadas y obligadas a aplicarlas. Se acaba así con la competencia exclusiva de la Comisión⁷ para declarar inaplicables las disposiciones del apartado 1 del artículo 101 del TFUE.

La diferencia fundamental de este giro se encuentra en el momento en que la autoridad competente –antes la Comisión y, ahora, también las autoridades nacionales- realiza el control de la práctica o acuerdo en cuestión. Con el antiguo sistema de notificación se realizaba una evaluación *ex ante*, de manera que un acuerdo prohibido era considerado automáticamente nulo de pleno derecho hasta que no fuese autorizado por la Comisión en virtud del apartado 3 del mismo artículo. Por otro lado, el sistema de excepción legal que se impone con la reforma supone el ejercicio de un control *ex post*, es decir, los acuerdos que cumplan ciertas condiciones son válidos desde el momento de su conclusión (Garrido Ruiz, 2004).

Bajo este nuevo sistema, cabe la posibilidad de que las empresas, ante acuerdos que revistan gran complejidad, no tengan clara la validez de los mismos. Consciente de esta realidad, la Comisión ha previsto la publicación de Comunicaciones⁸ que recojan directrices informales que ayuden a las empresas a valorar adecuadamente los acuerdos suscritos.

Esto conlleva que las ANCs apliquen, de forma cumulativa, el derecho nacional de competencia y los artículos 101 y 102 del TFUE a los acuerdos y prácticas empresariales que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros⁹ o ante una práctica abusiva¹⁰. No obstante, tal aplicación cumulativa queda matizada por el apartado 2 del artículo 101 TFUE, que recuerda la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional (Garrido Ruiz, 2004).

⁷ Apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº17/62.

⁸ Ver la “Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)”.

⁹ Apartado 1 del artículo 101 TFUE.

¹⁰ Artículo 102 TFUE

Este nuevo sistema exige una cooperación más estrecha entre las autoridades nacionales y la Comisión, que se encauza a través de la Comunicación sobre la cooperación en la REC¹¹, citada con anterioridad. Esto se traduce en la obligación de información de la Comisión a las ANCs y viceversa a partir del artículo 11 del Reglamento nº1/2003¹². Además, la Comunicación en cuestión establece los criterios de base para una asignación efectiva de expedientes que garantice tanto la uniformidad del Derecho comunitario, como la seguridad jurídica para las empresas.

1.1. Los acuerdos colusorios en la UE. La batalla contra el cártel.

El primer párrafo del artículo 101 TFUE contiene una prohibición explícita de aquellos acuerdos entre empresas que afecten significativamente al comercio entre Estados miembros y tengan por **objeto** o por **efecto** restringir, falsear o impedir la competencia en el mercado interior. El objetivo es que las empresas tomen sus decisiones de manera independiente con respecto a sus competidores. El mismo artículo contiene una lista no cerrada con cinco formas típicas de colusión corporativa, que son:

- a. Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

La regla general prohíbe tanto los acuerdos entre empresas competidoras –acuerdos horizontales- como los celebrados entre empresas de distintos eslabones de la cadena productiva –acuerdos verticales-.

¹¹ La comisión utiliza indistintamente las denominaciones de “Red de Autoridades de Competencia” y “Red Europea de Competencia”

¹² Cabe apuntar que el artículo 10 del Reglamento nº17/62 establecía la obligación de información de la Comisión a favor de las ANCs sin que estas tuviesen una obligación parecida a favor de la primera.

Es importante subrayar que, para la aplicación del Derecho comunitario a los acuerdos en cuestión, se requiere que estos afecten **sensible** o **significativamente** al comercio entre los Estados miembros. Esto significa que los acuerdos de menor importancia o trascendencia escaparían de la normativa comunitaria. Es el denominado criterio “*de minimis*”, y se aplica en diferentes áreas de la política de competencia europea, como veremos con posterioridad en el caso de las ayudas otorgadas por los Estados.

Como Prieto Kessler (2005) apunta, la mera intención de limitar la competencia es suficiente para que se aplique la prohibición, provoque o no el efecto buscado; en cambio, la ausencia de intencionalidad exige valorar el impacto que tales acuerdos tienen sobre el mercado, considerando todos los aspectos que conforman su estructura. Se trata de analizar en qué medida la competencia se relaja o debilita como consecuencia del acuerdo objeto de evaluación. Dicho impacto sobre el entorno competitivo ha de ser significativo, pues en caso contrario se podría caer en la sobre-aplicación de la norma.

Sin embargo, el artículo 101 declara inaplicable, en su tercer apartado, la prohibición general a los acuerdos, prácticas o decisiones que “*contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante*”. Eso sí, siempre y cuando estos acuerdos no impongan a las empresas interesadas más restricciones de las imprescindibles para la consecución de sus objetivos y no se elimine la competencia en una parte sustancial de los productos implicados en el acuerdo.

Como venimos comentando, serán las ANCs y los tribunales de los Estados miembros, además de la Comisión Europea, los actores encargados de aplicar esta norma regulatoria de las prácticas restrictivas. Se acaba así con el “monopolio” que ostentaba la Comisión para la aplicación del antiguo artículo 81 TCE, lo que supone una liberalización de recursos que le permite centrarse en los acuerdos más potencialmente perniciosos.

A esto hay que añadir el cambio de orientación hacia un **enfoque más económico** de la política de competencia europea que se ha venido impulsando en los últimos años. Los Reglamentos de exención por categorías existentes, que analizaremos a continuación,

establecen las condiciones bajo las cuales, grupos de acuerdos similares¹³ se consideran compatibles con el derecho de competencia comunitario en virtud del artículo 101.3 TFUE. Los beneficios que dichas prácticas generan desde el punto de vista económico, superan al daño que en las condiciones de competencia puedan causar.

Además, como señala Prieto Kessler (2005), *“se ha pasado de un sistema de control de prácticas esencialmente formalista –conforme al cual los acuerdos entre empresas que se ciñesen a la letra de la ley se consideraban conformes a ésta- a uno en el que prima el análisis económico de los efectos de los acuerdos en el contexto de mercado en el que los mismos se firman”*.

En este sentido, el poder de mercado pasa a ser considerado un factor clave en la evaluación de acuerdos. En la medida en que las empresas ostenten un mayor poder de mercado, menor probabilidad habrá de que sus estrategias dirigidas a mantener o reforzar su posición se consideren lícitas, y viceversa.

Con la adopción de este enfoque, caracterizado por otorgar un mayor peso a criterios económicos, la Comisión parece virar desde su política inicial, más intervencionista, hacia un nuevo sistema en el que el bienestar del consumidor se erige como el punto de referencia. Sin embargo, y a pesar de que muchos han aplaudido este cambio de orientación, hay dificultades que persisten (Jones, 2010).

Un primer problema consiste en que ni la visión de la Comisión sobre cómo deberían evolucionar los objetivos del artículo 101.1 del TFUE, ni el marco analítico establecido por las Directrices sobre las exenciones en virtud del Artículo 101.3 del TFUE son conciliables con la jurisprudencia del TJUE¹⁴. Este desfase en la evolución de las decisiones del TJUE

¹³ Ver cita a pie de página nº 8.

¹⁴ Consultar por ejemplo, el caso *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission* [2009] de los asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, donde en el párrafo 6, el TJUE reitera que las normas de competencia no solo estaban destinadas a alcanzar el objetivo de la integración europea a través del mercado común, sino que *“el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. Por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de términos de abastecimiento o de precios”*.

genera tensiones que no favorecen la transparencia en la aplicación de las normas de competencia.

Por otro lado, la reforma no contempla cambio alguno en el tratamiento de los acuerdos que tengan por objeto restringir la competencia, identificados por la Comisión como restricciones “especialmente graves”. Esto contrasta con los acuerdos que tienen por efecto la limitación de la competencia, que se han beneficiado de una mayor tolerancia y pueden acogerse, como veremos a continuación, a la exención automática cumpliendo determinadas condiciones.

1.1.1. Las exenciones por categorías

Comenzamos analizando el nuevo sistema de gobernanza de los acuerdos de cooperación horizontales relativos a la especialización, así como los acuerdos de transferencia de tecnología, que fueron objeto de reforma en 2000 y 2004 respectivamente.

En el primer caso, la Comisión abre la vía de la exención a los acuerdos de especialización¹⁵ de la producción, siempre que las partes contratantes no superen una determinada cuota de mercado conjunta (20%). Esta exención abarca los acuerdos de especialización unilateral¹⁶, acuerdos de especialización recíproca¹⁷, y, finalmente, los de producción común¹⁸. Del mismo modo, los acuerdos de investigación y desarrollo¹⁹ quedan sujetos a la posible exención del artículo 101.1. La Comisión prevé que tanto las empresas como los consumidores se verán beneficiados por la cooperación en materia de investigación y desarrollo y por la explotación común de los resultados.

Por el lado de la oferta, estos acuerdos contribuyen, en general, a promover el progreso técnico y económico difundiendo más ampliamente los conocimientos técnicos entre las partes, evitando las duplicidades en los trabajos de investigación y desarrollo, estimulando

¹⁵ Reglamento (CE) nº 2658/2000.

¹⁶ acuerdos en virtud de los cuales uno de los participantes renuncia en favor de otro a fabricar determinados productos o prestar determinados servicios

¹⁷ acuerdos en virtud de los cuales cada uno de los participantes renuncia en favor de otro a fabricar determinados productos o prestar determinados servicios

¹⁸ acuerdos en virtud de los cuales los participantes se comprometen a fabricar determinados productos o prestar determinados servicios en común

¹⁹ Comisión Europea, 2000c.

los nuevos progresos gracias al intercambio de conocimientos técnicos complementarios y permitiendo una mejor racionalización en la fabricación de los productos o en la utilización de los procedimientos derivados de la investigación y desarrollo. Por el lado de la demanda, los consumidores se verán beneficiados por el crecimiento en volumen y eficacia de la investigación y desarrollo a través de la introducción de productos o servicios nuevos o mejorados o la reducción de precios resultante de los procedimientos nuevos o mejorados.

Además, la Comisión contempla que los acuerdos de transferencia de tecnología – consistentes en la concesión de licencias de tecnología- sean susceptibles de acogerse a la exención, siempre considerando el grado de poder de mercado de las empresas interesadas y el posible perjuicio para la competencia efectiva. Estos acuerdos mejoran, por lo general, la eficiencia económica (además de favorecer la competencia) al reducir la duplicación de la investigación y desarrollo, reforzar el incentivo para la investigación y desarrollo iniciales, fomentar la innovación y facilitar la difusión del conocimiento (Comisión Europea, 2004h).

Por otro lado, el control de los **acuerdos verticales** se modificó de un modo integral a finales del siglo pasado a través de dos cauces:

- a. La adopción de un nuevo y flexible Reglamento n°2790/1999²⁰ de exención por categorías que permite que, en términos generales, todo acuerdo vertical en el que las partes no superen un determinado umbral de cuota de mercado (30%), y que no contenga restricciones especialmente graves, sea considerado compatible con el mercado interior.
- b. La publicación de unas Directrices²¹ que explican tanto el funcionamiento de la exención como los acuerdos que caen fuera de la misma y deben ser analizados de un modo independiente.

Sin embargo, durante el primer semestre de 2010 expiró el Reglamento n°2790/1999, junto con el n°1400/2002, relativo a los acuerdos verticales en el sector de los vehículos a

²⁰ Comisión Europea, 1999b.

²¹ Directrices relativas a las restricciones verticales (Comisión Europea, 2000a)

motor²². Tras un período de consulta, la Comisión adoptó dos nuevos reglamentos de exención que sustituyen a los anteriores:

- a. El Reglamento n°330/2010²³ relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.
- b. El Reglamento n°461/2010²⁴ relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales en el sector de vehículos a motor.

Los nuevos Reglamentos de exención establecen las condiciones que deben reunir estas categorías de acuerdos para poder beneficiarse de una autorización *ex ante* de la normativa de competencia, al amparo del artículo 101.3 TFUE. Con respecto a su aplicación, y al igual que sucedía con los anteriores, no se contempla la exención automática de los acuerdos que contengan determinadas restricciones especialmente graves de la competencia. Sin embargo, los nuevos Reglamentos introducen ciertos requisitos adicionales para obtener la exención.

➤ Con respecto al Reglamento n°330/2010, su adopción responde a las exigencias de las nuevas prácticas empresariales en el ámbito de la distribución comercial, especialmente la explosión de las ventas por internet. En términos generales, la modificación afecta a cuatro ámbitos (Vidal, 2010):

- i. El **umbral de cuota de mercado** aplicable a la exención. Se trata de la principal novedad del nuevo Reglamento. Si bien el anterior Reglamento n°2790 establecía un umbral de cuota de mercado del 30% aplicable únicamente al proveedor, el nuevo Reglamento solo autoriza automáticamente los acuerdos en los que, además de reunir determinadas condiciones, tanto el proveedor como el distribuidor se sitúen por debajo de dicho umbral de cuota de mercado. Éste debe calcularse no en el mercado del detallista, sino en el mercado de aprovisionamiento o compra de insumos o servicios. Este cambio responde a la paulatina adquisición de poder de mercado por parte de determinados distribuidores, que se ven capacitados para imponer ciertas restricciones verticales que

²² Cabe señalar que el sector de los vehículos a motor ha estado sujeto a reglamentos específicos de exención por categorías desde 1985.

²³ Comisión Europea, 2010c.

²⁴ Comisión Europea, 2010d.

reducen la competencia intra-marca e inter-marca para perjuicio de consumidores y PYMES.

ii. La **fijación de precios de reventa**, que continúan siendo considerados como restricciones a la competencia especialmente graves, lo que limita la aplicación de la exención. No obstante, en respuesta a la evolución doctrinal y jurisprudencial²⁵, las nuevas Directrices relativas a las restricciones verticales²⁶ suavizan la postura tradicional de la Comisión en este ámbito, reconociendo que en ocasiones este tipo de restricción es susceptible de generar eficiencias y cumplir los requisitos del artículo 101.3 TFUE. En concreto, y a título de ejemplo, las Directrices contemplan este tipo de prácticas de forma transitoria en el caso de introducción de un nuevo producto o servicio en el mercado o en el marco de acuerdos de franquicia o sistemas de distribución similar en los que sea necesario aplicar durante un período de tiempo limitado – de 2 a 6 semanas- precios promocionales con formato uniforme. Del mismo modo, puede considerarse admisible la fijación del precio de reventa en determinados supuestos al objeto de evitar el “parasitismo” de distribuidores que no presten los servicios preventa necesarios para introducir un nuevo producto o servicio complejo en el mercado.

iii. El tratamiento de las **ventas por internet** constituye el área de modificación más polémica. Si bien el nuevo Reglamento no concreta nada, las Directrices clarifican los supuestos en los que se considera que la prohibición de ventas por internet constituye una restricción especialmente grave que impide extender la exención automática a dichos acuerdos. Las Directrices parten de que la venta por internet se trata de una forma de venta pasiva, en tanto en cuanto es el cliente el que “llega” al distribuidor; esto lleva a la prohibición de las restricciones en este tipo de ventas²⁷. Por tanto, el fabricante no puede

²⁵ Consultar el caso *Leegin* del Tribunal Supremo de los EE.UU (2007).

²⁶ Comisión Europea, 2010g).

²⁷ Las Directrices recogen, en las páginas 13 y 14, una serie de comportamientos que, a título de ejemplo, serían consideradas restricciones especialmente graves de la venta pasiva. Entre otros, “(a) acordar que el distribuidor (exclusivo) de un determinado territorio impida el acceso a su página web a clientes de otros territorios (exclusivos); (b) obligar al distribuidor (exclusivo) a rescindir las transacciones de los consumidores cuando los datos de la tarjeta de crédito u otro dato identificativo revelen que este último se encuentra fuera del territorio asignado en exclusiva al distribuidor; (c) fijar un porcentaje máximo de ventas online, si bien se podrá exigir que el distribuidor realice un mínimo de ventas (determinadas en volumen o unidades, pero no en porcentajes) se lleven a cabo en establecimientos físicos u otros canales distintos de Internet; o (d) aplicar distintos precios de venta a los distribuidores en

reservarse para sí las ventas por internet, al tiempo que los distribuidores deben establecer su propia página web. Sin embargo, el fabricante puede exigir a los distribuidores un establecimiento físico, de modo que queden excluidos los distribuidores *online* puros.

En cuanto a los sistemas de distribución selectiva, el fabricante puede incluso establecer unos criterios determinados para las ventas por internet –unos plazos de entrega mínimos, por ejemplo- siempre que estos criterios no sean más exigentes que los establecidos para los puntos de venta físicos ni desincentiven las ventas por internet.

iv. Novedades relativas a determinadas **prácticas de la distribución**. Las nuevas Directrices abordan por vez primera ciertas prácticas relativamente comunes en algunos ámbitos de la distribución, tales como los acuerdos por los que un proveedor o fabricante se ocupa del marketing de determinados productos; y los “pagos por categoría” de los proveedores a determinados distribuidores para poder acceder a su red de distribución. En ambos casos se podría recurrir a la exención por medio del nuevo Reglamento siempre y cuando no se superen los umbrales de cuota de mercado.

➤ Por otro lado, el Reglamento n°461/2010 regula las exenciones de acuerdos verticales en el sector de los vehículos a motor. La Comisión considera que este tipo de acuerdos satisfacen, en general, las condiciones establecidas por el artículo 101.3 del TFUE, ya que pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes²⁸. El nuevo marco distingue claramente entre los acuerdos relativos a la distribución de vehículos nuevos y los acuerdos relativos a los servicios postventa, que abarcan los servicios de reparación y suministro de recambios.

Con respecto al primer caso, el nuevo Reglamento somete las actividades de venta de vehículos nuevos al régimen general de exención previsto en el Reglamento n°330/2010²⁹. Con ello se espera lograr unos modelos de distribución más flexibles, hasta el punto de permitir sistemas de distribución de marca única por debajo del umbral del 30% de cuota

función de que éste revenda el producto a través de Internet o en establecimiento físico, salvo que los costes que asuma el fabricante en uno y otro caso sean distintos”.

²⁸ En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión (Comisión Europea, 2010e).

²⁹ Debemos aclarar que el anterior Reglamento establecía un régimen de exención específico más estricto que el régimen general aplicable a los restantes acuerdos verticales.

de mercado del fabricante y de su red de distribución. También dejará de ser un requisito de la exención incluir en los acuerdos de distribución determinadas cláusulas de protección contractual de los concesionarios en lo concerniente a los plazos de preaviso de resolución del contrato o de sometimiento de las disputas a fórmulas de mediación o arbitraje. Sin embargo, y como afirma Vidal (2010), esta aparente flexibilización queda matizada por las Directrices que acompañan al Reglamento en cuestión; *“especialmente en los casos de obligaciones de marca única y obligaciones de compra mínima”*.

En cuanto a los acuerdos en el sector de post venta, la Comisión reconoce que el grado de competencia es mucho más reducido que en el ámbito de venta de vehículos. Esto implica un incremento sustancial en los precios de reparación que contrasta con el descenso generalizada de los precios de venta. Esta divergencia en precios, junto con el hecho de que los servicios postventa durante la vida útil del vehículo representan casi el mismo coste para el consumidor que la adquisición del vehículo, ha llevado a la Comisión a estimar que podrían existir tantos mercados de reparación y piezas como marcas de vehículos. De tal modo que los fabricantes y reparadores autorizados estarían disfrutando de un poder de mercado considerable, mostrándose la competencia intra-marca insuficiente para provocar un descenso de precios. En este contexto, *“la principal fuente de competencia procedería de reparadores independientes no integrados en las redes de distribución selectiva de los fabricantes, así como de fabricantes de piezas de recambio de calidad equivalente”* (Vidal, 2010).

Por todo ello, el Reglamento 461/2010 somete la exención automática a un régimen más estricto que el general aplicable a los acuerdos verticales. Así, para este tipo de acuerdos se considera que las condiciones establecidas en el Reglamento 330/2010 son necesarias pero no suficientes para beneficiarse de exención. Los requisitos adicionales tratan de impedir restricciones graves de la competencia que pueden limitar el suministro de piezas de recambio e información técnica a talleres que no forman parte de la red autorizada³⁰.

³⁰ En concreto, se consideran restricciones especialmente graves *“(a) las restricciones de ventas de recambios a talleres que no forman parte de la red selectiva; (b) la restricción entre un proveedor de recambios, herramientas de reparación o equipos de diagnóstico o de otro tipo y un fabricante de vehículos, que limite la capacidad del primero para vender las piezas a otros distribuidores, talleres o usuarios finales; y (c) la restricción entre un fabricante de vehículos y su proveedor de componentes que limite la capacidad de este último para poner su marca o logotipo de manera efectiva y visible, facilitando así la posibilidad de recibir pedidos directamente de los talleres independientes”* (Comisión Europea, 2010d).

En la práctica, la mayoría de estos acuerdos quedan excluidos de la exención automática debido a que, como hemos comentado, la cuota de mercado de los fabricantes y las redes autorizadas de reparadores normalmente superará el umbral del 30% de la cuota de mercado prevista en el Reglamento en cuestión.

1.1.2. La política de clemencia

Los programas de clemencia se han convertido en una de las piedras angulares de la política de competencia comunitaria desde su adopción en 1996³¹. Diez años más tarde, y nuevamente mediante una Comunicación³², la Comisión modernizó el sistema por el cual se recompensa la cooperación de las empresas que han formado o forman parte de un cártel.

La política de clemencia es un mecanismo que permite eximir del pago de multas a aquéllas empresas que colaboren con las autoridades aportando pruebas que permitan descubrir y sancionar cárteles que operen en la UE (Prieto Kessler, 2005). Desde una perspectiva económica, los programas de clemencia actúan fortaleciendo el bienestar al permitir que un mayor número de casos sean detectados a un menor coste. Como resultado, los incentivos de pertenecer a un cártel disminuyen para las empresas al desestabilizarse el equilibrio colusorio (Caruso, 2010).

Por su parte, Varela González (2008) afirma que la política de clemencia constituye una estrategia orientada a superar la situación de impotencia de las autoridades responsables de defender la competencia en los mercados. Asimismo, los programas de clemencia están sujetos a una objeción moral, ya que las autoridades de competencia tienen la obligación de sancionar todas las infracciones de la norma correspondiente. Sin embargo, los resultados que arroja la aplicación de esta política, junto con el apoyo a la misma por parte de organismos internacionales como la OCDE han hecho que el programa de clemencia se incorpore al conjunto de herramientas para la defensa de la competencia de la UE.

³¹Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas.

³²Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel.

La política de clemencia europea se sustenta sobre los fundamentos del modelo norteamericano en este ámbito, impulsado por el DoJ. El funcionamiento del programa consiste en premiar con la inmunidad, o la reducción de las multas, a aquellas empresas que cooperen con la Comisión en función de dos variables: la temporal y la extensión-calidad de la información suministrada (Caruso, 2010).

Así, la Comisión (2006a) precisa el tipo de pruebas requerido tanto para poder beneficiarse de una dispensa del pago de la multa, como para poder optar a una reducción de la misma. En el primer caso, la empresa en cuestión debe ser la primera que revele a la Comisión su participación en un presunto cártel, aportando información y elementos de prueba relevantes y consistentes.

En el segundo caso se establece un sistema de reducción de multas por franjas, siempre y cuando la información suministrada por el resto de empresas pertenecientes al cártel aporte valor añadido³³ a la investigación. Así, se contemplan reducciones de entre un 30 y un 50% para la primera empresa que aporte valor añadido significativo; una reducción de entre un 20 y un 30% para la segunda; y, finalmente, reducciones de hasta un 20% para las siguientes empresas que aporten valor añadido significativo.

El establecimiento de este programa ha acabado por configurar un eficaz sistema cuyos frutos ya se están recogiendo. Así, como señala Prieto Kessler (2005), de las 66 decisiones tomadas sobre cárteles entre 1969 y 2003, cerca de la mitad se adoptaron a partir de 1998. Este avance en la detección de cárteles se achacan a tres factores fundamentalmente: en primer lugar, los mayores recursos empleados por la Comisión para el desmantelamiento de cárteles no ha hecho sino intensificar dicha actividad; en segundo lugar, al rotundo éxito de la política de clemencia; y, por último, a la creación en 1998 de una unidad específicamente

³³ la Comisión Europea (2006a) especifica en el párrafo 25 qué se entiende por valor añadido: *“la medida en que los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos. En esta evaluación, la Comisión, en general, concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las pruebas establecidas posteriormente. Del mismo modo, los elementos de prueba incriminatorios directamente relacionados con los hechos en cuestión se considerarán, en general, de mayor valor que los que sólo guarden relación indirecta con los mismos. Asimismo, el grado de corroboración de otras fuentes necesario para poder utilizar las pruebas presentadas contra otras empresas involucradas en el caso repercutirá en el valor conferido a dichas pruebas, de tal modo que se atribuirá un mayor valor a las pruebas concluyentes que a pruebas tales como las declaraciones que exigen corroboración en caso de ser contradichas”.*

dedicada a la combatir los cárteles, reforzada con uno segundo grupo de trabajo –ambas unidades se adjuntan a la DGC- en 2002.

De aquí se desprende que, si no hubiese fuertes sanciones y un vigoroso programa de lucha por parte de las autoridades de competencia, los incentivos para que las empresas se acogiesen a estos programas serían nulos. Es lógico pensar que ninguna política de clemencia, por muy bien diseñada que esté, sería efectiva sin la amenaza de una posible detección y procesamiento.

1.2. El abuso de posición dominante en la UE

El artículo 102 del TFUE y el Reglamento 139/2004, relativo a las concentraciones económicas, prohíben a las empresas con una posición dominante en el mercado común, o en una parte sustancial del mismo, todo abuso que pueda afectar al comercio entre Estados miembros. Se trata de evitar que las empresas que ostenten una posición dominante se aprovechen de ella para crear distorsiones de la competencia que afecten al comercio intracomunitario. Además, la Comisión impulsará intervenciones de carácter preventivo para investigar las concentraciones con el fin de evitar que resulten posiciones dominantes. Esto último será objeto de análisis en el ulterior epígrafe.

El problema es que estas prácticas suelen ser habituales en el mercado y tener elementos pro-competitivos, de forma que resulta difícil diferenciar entre las que favorecen la competencia de aquéllas que la restringen. Tampoco se trata de impedir que haya empresas que dominen los mercados, pues es lógico que aquéllas que operen de un modo más eficiente, innovador o flexible obtengan mejores resultados y acaben reinando en sus mercados relevantes. El objetivo es evitar que dichas corporaciones utilicen su posición de liderazgo para obtener ventajas que le permitan mantener su privilegiada situación, ya no fruto de su buen hacer como oferente, sino de la explotación abusiva de una posición de dominio previa.

Ya vimos en el Capítulo III que una operación clave para la aplicación de esta norma consiste en la delimitación del mercado relevante³⁴ sobre el que la empresa objeto de estudio ejerce su poder. Acotado éste, habrá que dirimir si dicha compañía está abusando de una posición de dominio, lo que plantea problemas tanto prácticos como conceptuales. Por increíble que parezca, ni en la legislación española ni en la comunitaria, ni en la teoría microeconómica³⁵, encontramos una definición explícita de “posición de dominio”; hemos de recurrir, por tanto, a la jurisprudencia (Gutiérrez y Padilla, 2006).

Cabe subrayar, siguiendo a Palma (2008), las dificultades inherentes a la aplicación del artículo 102 del TFUE, pues tanto los conceptos de “posición de dominio” y “conducta abusiva”, como el de “mercado relevante”, están sujetos a permanente debate en términos teóricos y prácticos³⁶. A pesar de que en dicho artículo 102 no se aclara el término posición de dominio, de la práctica del Tribunal de Justicia europeo en el caso *United Brands* en 1978 se puede obtener la definición de dominancia, entendida como:

*(Una) posición de fortaleza económica de la que goza una empresa y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de actuar con suficiente independencia con respecto a sus competidores, clientes y, en última instancia, consumidores.*³⁷

Por “comportarse con independencia” entendemos la capacidad de ofertar al mercado un producto o servicio en condiciones tales que permitan a la empresa en cuestión ganar un beneficio superior al que obtendría en condiciones de competencia. Traducido al análisis económico, el término se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de “poder de mercado” (Gutiérrez y Padilla, 2006).

Esta visión ha sido ratificada y completada en posteriores sentencias, como sucedió en el conocido cártel de las vitaminas: *Hoffman-LaRoche*³⁸, donde se delimita el concepto de “explotación abusiva”. Concretamente, el párrafo 91 de la sentencia establece que:

³⁴ Ver Capítulo III, pp. 6-13.

³⁵ Sin embargo, esto no es óbice para que la teoría microeconómica proporcione una serie de instrumentos útiles que ayudan a identificar cuándo un operador puede calificarse de dominante e, incluso, a reunir evidencia empírica al respecto, en particular a través del concepto poder de mercado.

³⁶ Véase Cabral (1997: 15-18) y Comisión Europea (2009a).

³⁷ *United Brands Vs Commission of European Communities* (1978) ECR 2007 (párrafo 65).

El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.

Sin embargo, en esta sentencia y en otras posteriores, la Comisión ha matizado el papel de las cuotas de mercado en la determinación de la existencia de dominancia. Como señala Cani Fernández (2005)³⁹, puede hablarse en estas sentencias de una presunción de dominancia basada en las cuotas de mercado.

Siguiendo a Jiménez Latorre (2009), podemos sintetizar los criterios en que se basa la Comisión para determinar si una empresa es o no dominante.

i. En primer lugar, como venimos apuntando, se acude a la **posición en el mercado** de una empresa y de sus competidores. De modo que el análisis estructural constituye la primera aproximación para determinar si una empresa tiene o no poder de mercado. La Comisión (2009a) apunta que, normalmente, es difícil encontrar empresas que disfruten de poder de mercado con una cuota inferior al 40%⁴⁰. Asimismo, cuanto mayor sea la cuota de mercado, y más largo el período de tiempo durante el cual se mantiene dicho elevado nivel, mayor será la probabilidad de que dicha empresa tenga una posición de dominio.

ii. En segundo lugar se encuentran los obstáculos o **barreras de entrada**. El análisis estructural preliminar ha de ser completado con este componente dinámico, concerniente a la capacidad de disciplina de competidores potenciales. Éstas pueden ser de tipo legal, como subrayan los seguidores de la escuela austríaca; o de tipo económico, tales como las economías de escala o alcance, el acceso privilegiado a insumos esenciales, a tecnologías

³⁸ Asunto 85/76 *Hoffman la-Roche v Commission of European communities* [1979] ECR 461.

³⁹ Citado en Gutierrez y Padilla, 2006.

⁴⁰ Esto no quita que, en determinadas situaciones con una cuota por debajo de dicho umbral también pudieran encontrarse empresas con poder de mercado, cuando los rivales no tienen capacidad de replicar al operador en cuestión

importantes, o a la red de distribución. Asimismo, se considera que puede haber barreras de entrada en el caso de que en la industria haya efectos de red⁴¹.

iii. Finalmente, se considera que una empresa no ostenta poder de mercado —a pesar de que disfrute de elevadas cuotas de mercado y/o existan barreras de entrada- si existe **poder de negociación de la demanda**. Una empresa se enfrenta a dicho poder compensador cuando sus ventas se concentran de forma apreciable en un número reducido de clientes y éstos tienen, o bien la capacidad de cambiar de suministrador en un breve plazo de tiempo, o bien existe la posibilidad de integrarse verticalmente con relativa rapidez.

Los abusos de la posición de dominio pueden ser clasificados en dos grandes categorías, dependiendo de las pretensiones de la empresa sujeto del abuso (Prieto Kessler, 2005). Por un lado, estarían los denominados **explotativos**, en los que la empresa dominante aprovecharía su poder de mercado para fijar precios muy por encima del coste marginal, discriminar clientes sin basarse en ningún criterio objetivo, o pagar suministros a precios anormalmente bajos. En definitiva, la compañía estaría aprovechando su poder para apropiarse de parte del excedente de los consumidores. Por otro lado estarían los abusos **anticompetitivos**, en los que la firma dominante pretende de limitar o falsear la competencia, tratando de conservar o aumentar su poder de mercado. Las prácticas más comunes de abusos anticompetitivos son la discriminación, los acuerdos en exclusividad, la vinculación de productos, la negativa injustificada de suministro y la fijación de precios predatorios.

Es importante destacar que sólo se incluyen en el ámbito del artículo 102 TFUE aquellas prácticas abusivas de empresas dominantes en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. El resto de abusos recaen sobre las distintas jurisdicciones de los Estados miembros. Por tanto, dirimir si una empresa se encuentra en una posición dominante en una parte sustancial del mercado interior equivale a decidir si dicha empresa, y su

⁴¹ Por economías de red se entiende el beneficio derivado de la mayor concurrencia o participación de usuarios o compradores en el mercado (<http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=4&def=712>, página consultada el 13 de marzo de 2013).

correspondiente práctica, se rige por el artículo 102 TFUE. Esto implica que la noción de **parte sustancial del mercado interior** actúa como límite o test de subsidiariedad.

Para saber qué se entiende por parte sustancial del mercado interior hemos de acudir a la jurisprudencia del TJUE. Davison y Johnson (2011) encuentran dos enfoques distintos, unas veces enfrentados, y otras veces complementarios: el enfoque territorial y el del relativismo económico. La decisión de cuál usar, y el modo en que se emplean, corresponden al TJUE, al que se le exige una mayor transparencia en este ámbito.

Según el enfoque territorial, cualquier Estado miembro constituye, en su totalidad, una parte sustancial del mercado interior. Para prevenir tensiones diplomáticas entre los Estados⁴², la dimensión de los mismos no se considera relevante. El Caso SABAM (1974)⁴³ ofrece el respaldo legal para este primer enfoque, además de originar la interpretación legal de la noción de parte sustancial del mercado común. El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas estableció que SABAM constituía un cuasi-monopolio en el territorio belga, por lo que ocupaba una posición dominante dentro de una parte sustancial del mercado común. En consecuencia, en relación con una supuesta infracción del artículo 102 TFUE, cuando una posición dominante, individual o colectiva, cubra la totalidad de un territorio nacional, dicho territorio constituirá parte sustancial del mercado común. A pesar de esto, el TJUE ha recurrido en alguna ocasión⁴⁴ al enfoque del relativismo económico para determinar que todo un territorio nacional supone parte sustancial del mercado común, lo que no ayuda a esclarecer la aplicación de la norma⁴⁵ (Davison y Johnson, 2011).

Por otro lado, el enfoque del relativismo económico fue desarrollado por vez primera por el abogado M. H. Mayras en el mencionado Caso SABAM, aunque en la sentencia del TJUE prevaleciese el enfoque territorial. El enfoque económico proporciona la flexibilidad

⁴² Se podrían producir agravios comparativos concernientes a por qué unos estados constituyen parte sustancial del mercado común y otros no.

⁴³ *Belgische Radio en Televisie v SABAM (Societe Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs)*. Esta disputa, que enfrentaba a los propietarios de los derechos de autor en el sector de la música en Bélgica y al Tribunal de Primera Instancia belga, suscitó dudas acerca de la Ley Comunitaria. Por ello, el Tribunal belga solicitó al TJUE una resolución preliminar.

⁴⁴ Ver Caso T-310/01 *Schneider Electric v Comisión de las Comunidades Europeas* (2002), párrafos 415-419.

⁴⁵ Esto parece un poco absurdo, pues sólo con que la posición dominante se produzca en la totalidad de un estado miembro, automáticamente se considera parte sustancial del mercado interior.

necesaria para decidir si un territorio sub-nacional constituye o no parte sustancial del mercado común. El mejor ejemplo de este enfoque lo encontramos en el caso del puerto de Génova⁴⁶. Éste constituye el típico caso de aplicación de leyes comunitarias a un monopolio estatal con derechos exclusivos. En este caso, el TJUE evaluó por vez primera si un puerto, como el de Génova, constituía o no parte sustancial del mercado común. La sentencia pasó a ser un fallo histórico. Al declarar al puerto una parte sustancial del mercado común, el TJUE señaló que, del mismo modo, otros centros de actividad comercial recibirían la misma consideración.

Asimismo, en relación con el enfoque del relativismo económico, el TJUE afirmó que era perfectamente aplicable en estos casos, pues el peso económico de tales centros justificaba y satisfacía la noción de “parte sustancial del mercado común”. Este enfoque proporciona la flexibilidad necesaria para evaluar si un mercado distinto al territorio nacional de un Estado miembro constituye parte sustancial del mercado común (Davison y Johnson, 2011).

1.2.1. Prácticas comerciales abusivas prohibidas explícita e implícitamente

El mismo artículo 102 TFUE contiene una relación de prácticas abusivas que la dinámica del mercado ha demostrado que suelen ser lesivas para la competencia. Se trata de abusos particularmente tipificados; sin embargo, los casos deben ser abordados individualmente y las decisiones respaldadas por el análisis económico. A continuación enumeramos dichas prácticas abusivas:

- a. Imponer, directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b. limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

⁴⁶ Caso C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderugica Gabrielli SpA* (1991), párrafo 15.

A pesar de que, como venimos comentando, el bienestar de los consumidores ha pasado a ser el estandarte de la política de competencia europea, sólo el apartado b. exige explícitamente tal perjuicio. No obstante, el apartado a. implica igualmente un daño para los consumidores. A pesar del listado, el análisis económico nos dice que, en ausencia de poder de mercado, es improbable que una empresa tenga la capacidad de restringir la competencia.

El “Grupo asesor económico en materia de política de competencia” defiende un enfoque del artículo 102 basado en la identificación de los perjuicios competitivos de las prácticas y confrontarlas con las posibles eficiencias que emanen de dichas prácticas. En un principio podría parecer que compete a la Comisión identificar y establecer dichas eficiencias; sin embargo, la Comisión ya ha expresado que la carga de valorar las eficiencias corresponde a quien está cometiendo el abuso⁴⁷ (Korah, 2007).

Por otro lado, las empresas en posición de dominio pueden limitar la competencia a través de muchos otros cauces, la mayoría de ellos teniendo como cometido la **exclusión** de competidores en el mercado. Muchos de ellos son similares a la depredación o la negativa a comercial, tipificados en el párrafo b. cuando dichas prácticas conllevan un perjuicio para los consumidores (Korah, 2007). La exclusión puede consumarse a partir de dos cauces: forzando a una empresa rival a abandonar el mercado, o bien impidiendo la entrada en el mismo a nuevas empresas. Además, en este tipo de prácticas se incluye el caso en el que una empresa rival adopta un comportamiento pasivo como respuesta a las estrategias competitivas de una empresa establecida, evitando competir intensamente (Rey et al., 2010). Por otro lado, la exclusión puede producirse no solo en un mismo mercado, sino que puede estar orientada para expulsar competidores en mercados adyacentes y verticales.

Siguiendo el enfoque económico, lo determinante serían los efectos de la práctica empresarial sobre el bienestar del consumidor, independientemente de la forma que tome dicha práctica. Así, diferentes acciones empresariales que tengan el mismo fin –excluir a los

⁴⁷ Asunto 53/03 *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros v. GlaxoSmithKline pic y GlaxoSmithKline AEVE*, anteriormente *Glaxowellcome AEVE* (2005).

competidores, por ejemplo- recibirán el mismo trato, indistintamente de la forma que tomen⁴⁸.

La Comisión ha emitido recientemente una Comunicación⁴⁹ con orientaciones para la evaluación de los **abusos por exclusión**. Estas prácticas de las empresas en posición de dominio -también denominadas acuerdos eliminatorios- tratan de provocar un efecto de cierre del mercado⁵⁰, eliminando la competencia potencial, o evitando la expansión de los actuales competidores.

El documento recoge una serie de factores clave para el control de dichos comportamientos anticompetitivos que establecen pautas más económicas al análisis en cuestión.

- a. **La posición de la empresa dominante.** Cabe pensar que cuanto más sólida sea una posición de dominio, mayor probabilidad habrá de que sus estrategias conduzcan a un cierre competitivo del mercado.
- b. **Las condiciones del mercado de referencia.** Se refiere al grado de dificultad de acceso al mercado, es decir, a las barreras de entrada: economías de escala, de alcance, efectos de red, etc.
- c. **La posición de los competidores de la empresa dominante.** La capacidad del resto de empresas para mantener una competencia efectiva será de vital importancia en el análisis en cuestión.
- d. **La posición de los clientes o de los proveedores de insumos.** Aquí se incluye la evaluación de un posible comportamiento selectivo por parte de la empresa dominante que puede ser de especial perjuicio para la entrada o expansión de sus

⁴⁸ Por ejemplo, la fijación de precios predatorios puede tomar la forma de descuentos selectivos dirigidos a los clientes potenciales de la empresa rival; también puede ocurrir que la empresa predatoria ofrezca condiciones más atractivas a dichos clientes (discriminación explícita); o que tal empresa fije descuentos por fidelidad o por volumen que, aunque formalmente sean aplicables a todos, en realidad están hechos a la medida de las necesidades específicas de los clientes a los que se dirigen (discriminación implícita). La adopción del enfoque económico garantiza que todas estas prácticas reciban el mismo trato cuando se emplean con idéntica finalidad (Rey et al., 2010).

⁴⁹ 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 (Comisión Europea, 2009a)

⁵⁰ Por "cierre anticompetitivo del mercado" la Comisión (2009a: 3) entiende aquella "situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante".

principales competidores. En ese caso, el mercado se estaría aproximando a su cierre.

- e. ***El alcance de la conducta presuntamente abusiva.*** Normalmente, cuanto mayor sea el porcentaje de ventas totales afectadas por la conducta, mayor será su duración.
- f. ***Las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado.*** Si la conducta se ha prolongado en el tiempo, las consecuencias de ésta se verán reflejadas en los resultados de las empresas competidoras y dominante.
- g. ***Las pruebas directas de una estrategia de cierre.*** Se refiere a los documentos internos que contengan pruebas directas de una estrategia para excluir competidores en el mercado.

Aun es pronto para juzgar sus resultados en la aplicación del artículo 102, pero no cabe duda que supone un paso adelante hacia la tendencia de otorgar mayor peso al análisis económico en la política de competencia.

En resumen, las prácticas abusivas no se limitan a la relación de acciones contenidas en el artículo 102 TFUE, a pesar de que éstas proporcionan una guía para autoridades y empresas. Los casos han de ser analizados individualmente y en función de los efectos económicos que aquéllos ocasionen sobre los consumidores.

2. El control de concentraciones económicas en la UE tras la reforma de 2004

El Reglamento 139/2004 culminó un proceso de reformas en el control de concentraciones que se inició con la publicación de un Libro Verde en diciembre de 2001⁵¹ y se aceleró tras tres sentencias del Tribunal de Primera Instancia en 2002, que anularon ciertas decisiones de la Comisión en ese ámbito. A pesar del buen funcionamiento del sistema europeo de control de concentraciones, la necesidad de modernización ya se había puesto de manifiesto a finales de la década de los 90, debido a la excesiva carga de trabajo a la que se veía sometida la Comisión. Ésta y otras necesarias enmiendas hicieron que el texto original

⁵¹ La publicación del Libro Verde en 2001 respondía a la necesidad de dotar a la UE ampliada de una legislación más moderna y flexible, capaz de asegurar un sistema más eficiente, justo y transparente.

del Reglamento de 1989 tuviera que ser modificado en 1997⁵² para adaptarlo a la nueva realidad económica europea.

El Reglamento 139/2004 del Consejo⁵³, sobre el control de concentraciones, constituye un instrumento jurídico específico para el control efectivo de todas las concentraciones, y tiene como fin determinar su compatibilidad con el mercado interior por medio de la evaluación de su efecto sobre la estructura de la competencia efectiva en la Comunidad (Pascual y Vicente, 2004). El nuevo Reglamento vino acompañado de dos documentos complementarios: unas “Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones de empresas”⁵⁴ (en adelante, “Directrices Horizontales”) y unas “Buenas Prácticas para la tramitación de los procedimientos de concentración”⁵⁵.

2.1. **Ámbito de aplicación**

El ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004 viene determinado por la **dimensión comunitaria** de la operación de concentración, tal y como recoge el artículo 1.1 del mismo. En este punto, resulta preciso conocer: en primer lugar, qué se entiende por concentración a los efectos de la aplicación del Reglamento; y, en segundo lugar, cuándo una operación de concentración adquiere dimensión comunitaria.

El artículo 3 del Reglamento define la concentración distinguiendo las dos formas en que ésta se puede presentar. Por un lado, un mercado puede concentrarse (o aumentar su concentración) tras la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes; y por otro, mediante la adquisición del control por parte de una o varias empresas sobre parte de una o varias compañías.

Además, para que el Reglamento 139/2004 pueda ser aplicado, es necesario que los efectos de la operación de concentración traspasen las fronteras de un Estado miembro. Así, puede decirse que una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

⁵² Reglamento 1310/97, de 9 de julio de 1997.

⁵³ Consejo Europeo, 2004.

⁵⁴ Comisión Europea, 2004i.

⁵⁵ Comisión Europea 2004j.

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y*
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros,*
*salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.*⁵⁶

Aun sin superar dichos umbrales, una concentración tendrá también dimensión comunitaria siempre y cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros;*
- b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;*
- c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y*
- d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros,*
*salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.*⁵⁷

Igualmente, las concentraciones que reúnan ciertas características pueden ser abordadas por la Comisión por medio del Reglamento en cuestión. Así, las concentraciones que deban ser notificadas en al menos tres Estados miembros, pero que no cumplan los requisitos para ser de dimensión comunitaria, pueden informar a la Comisión advirtiendo que debería ser la propia Comisión la que evaluase el caso⁵⁸.

Por último, la Comisión queda facultada para examinar una concentración que, sin ser de dimensión comunitaria, al menos un Estado miembro considere –y así se lo haga saber a la

⁵⁶ Artículo 1.2 del Reglamento 139/2004.

⁵⁷ Artículo 1.3 del Reglamento 139/2004.

⁵⁸ Artículo 4.5 del Reglamento 139/2004.

Comisión- que va a afectar al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar significativamente a la competencia en su territorio⁵⁹.

Siguiendo a Prieto Kessler (2005), vamos a analizar con cierto detalle los cambios más importantes que este nuevo Reglamento ha supuesto agrupándolos en cuatro categorías: cambios en la organización interna, aspectos jurisdiccionales, aspectos procedimentales y aspectos sustantivos.

2.2. Cambios en la organización interna

La experiencia ha demostrado a la Comisión la complejidad que entraña el control de determinadas operaciones, pues requiere un conocimiento minucioso del mercado y la aplicación de un riguroso análisis económico que advierta los posibles efectos que aquélla pueda tener sobre el funcionamiento del mercado. Para abordar semejante tarea se ha creado la figura del Economista Jefe⁶⁰, que estará apoyado por un equipo formado por diez economistas especializados. Cada uno de estos economistas tendrá a un estudiante de doctorado en economía industrial a su cargo, y juntos aplicarán modelos económicos y econométricos a las investigaciones (Röller y Buiges, 2005). Con esto se pretende reforzar el rigor y la solidez de las decisiones. Una vez más, queda patente la creciente importancia del análisis económico para la política de competencia, en esta ocasión, en el ámbito del control de concentraciones.

Además, se ha reorganizado la DGC, suprimiéndose el sistema de control centralizado que suponía la *Merger Task Force*, y dando protagonismo a las direcciones sectoriales. Se pretende aprovechar el conocimiento específico sobre los diferentes sectores a la hora de evaluar las operaciones de concentración. De este modo, “*el reparto y asignación de asuntos en materia de concentraciones (como ya venía ocurriendo en materia antimonopolio) se realizará en el futuro en función del sector en el que se encuadre la operación*” (Navarro y Baches, 2004).

⁵⁹ Artículo 22 del Reglamento 139/2004.

⁶⁰ El nombramiento se realiza por un período de tres años no renovables, a fin de mantener la necesaria independencia de criterio.

2.3. Aspectos jurisdiccionales

El control de concentraciones en la UE se enmarca en un sistema de control *ex ante* según el cual, las concentraciones que reúnan ciertos requisitos –establecidos en el Reglamento 139/2004– deben ser notificados a la Comisión con carácter previo a su ejecución. El objetivo es que sea la propia Comisión la que analice y evalúe en esos casos los efectos que tales operaciones puedan suponer para los mercados afectados (Engra y Rodríguez, 2006).

Uno de los problemas a los que se enfrentaban las empresas con las normas del 89 era el tener que notificar en diferentes jurisdicciones sus operaciones de concentración, siempre y cuando éstas afectasen a varios Estados miembros. Esto generaba costes y retrasos para las empresas que participasen en tales operaciones. En el nuevo marco, las ANC(s) y el Reglamento 139/2004 constituyen sistemas excluyentes, correspondiendo a la Comisión la evaluación de toda concentración de dimensión comunitaria. El resto será objeto de análisis por parte de la(s) ANC(s) afectadas.

Con ello se ha conseguido reducir el número de casos a notificar de forma obligatoria en diferentes países, así como lograr una mejor asignación de los casos entre estos y la Comisión. Además, el nuevo Reglamento introduce un novedoso sistema de reenvíos entre la Comisión y las autoridades de competencia nacionales, y viceversa, que pretende reforzar el principio de autoridad única (Prieto Kessler, 2005). Vamos a analizar los dos casos posibles de este nuevo sistema de remisión:

I. Remisión de la Comisión a las ANC(s)

La Comisión puede remitir, a petición de las empresas interesadas, una concentración a un Estado miembro en dos casos:

- a. Una concentración de dimensión comunitaria cuyos interesados consideren que afecta significativamente a la competencia de un Estado miembro que presenta todos los rasgos de un mercado definido y que, por ello, le corresponde a éste examinarla. La Comisión remitirá el caso total o parcialmente a no ser que el Estado en cuestión manifieste su desacuerdo en un plazo de 15 días.

- b. Una concentración que, careciendo de dimensión comunitaria, afecte al menos a tres Estados miembros, y que las empresas responsables consideren que debe ser analizada por la Comisión⁶¹.

Además, cualquier Estado miembro podrá solicitar a la Comisión la remisión de una operación cuando considere que va a afectar de forma significativa a la competencia en un mercado nacional. Se exige que éste presente las características de un mercado definido, independientemente de que sea o no una parte sustancial del mercado común⁶². Si la Comisión concluye que se trata de un mercado definido, o que la competencia se puede ver amenazada en el mismo, podrá tramitar por sí misma la concentración con arreglo al Reglamento, o bien remitirla total o parcialmente a las autoridades del Estado miembro afectado (Pascual y Vicente, 2004).

II. Remisión de las ANCs a la Comisión.

Los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión la evaluación de cualquier operación de concentración que, aun sin ser de dimensión comunitaria, consideren que afecta significativamente a la competencia en el Estado o Estados miembros solicitantes. Así, cualquier examen de concentración realizado por la Comisión a petición de los Estados interesados se regirá por el Reglamento 139/2004, quedando las autoridades nacionales –y su normativa- al margen de la evaluación.

2.3.1. La cooperación entre las Autoridades Nacionales de Competencia

La cooperación entre las distintas ANCs es un aspecto clave en el control de concentraciones; pero además, dicha cooperación constituye un asunto de especial interés para el cometido de este trabajo: la configuración de un régimen global de competencia. Considerando que las ANCs responsables del control de las operaciones de concentración están sujetas a diferentes sistemas legales, resulta imprescindible establecer mecanismos de

⁶¹ Artículo 4 del Reglamento 139/2004

⁶² A esta disposición se la conoce con el nombre de “cláusula alemana”.

colaboración entre aquéllas cuando se produzcan concentraciones que afecten a más de una jurisdicción.

Acabamos de ver que, ante las operaciones de concentración para las que concurren los requisitos de notificación o investigación en más de un Estado miembro (**concentraciones multi-jurisdiccionales**), la cooperación entre las ANCs se hace efectiva mediante un sistema de intercambio de información básica que engloba a todas las autoridades de competencia europeas. Según dicho sistema, las ANCs de la UE intercambian información básica no confidencial sobre los casos tras haber recibido la notificación de una operación de concentración⁶³.

Recientemente, la Comisión –concretamente, el Grupo de Trabajo sobre operaciones de concentración de la UE- ha decidido dar un paso más en esta cooperación que se ha materializado en la publicación, en noviembre de 2011, de unas “Buenas Prácticas”⁶⁴. en materia de cooperación entre las autoridades nacionales de competencia de la UE en el control de concentraciones”.

Este nuevo documento establece las pautas que deben guiar a las ANCs al examinar una misma operación de concentración⁶⁵. Ahora, si el caso en cuestión entra en la segunda fase (es investigado en profundidad⁶⁶), las ANCs afectadas deben recibir otra noticia. Esto debe servir para identificar más fácilmente los casos que presenten problemas de competencia en más de un Estado miembro. Dicha cooperación beneficia tanto a las propias ANCs como a las partes de la concentración y a terceros (Bardong, 2011).

⁶³ Este sistema de notificación, conocido como “ECA” (Por sus siglas en inglés, *European Competition Authorities*), es un sistema de información entre las ANCs de la UE y los Estados del EEE (Espacio Económico Europeo) y AELC (Asociación Europea de Libre Comercio). Una Notificación ECA es distribuida a **todas** las demás ECAs por la primera ANC a la que se notifica una operación de concentración multijurisdiccional. Indica los nombres de las partes de la operación de concentración, el sector/industria afectado y/o los productos afectados, la fecha de la notificación, el nombre del encargado del caso y los demás Estados miembros afectados. Consultar la Guía ECA: “The exchange of information between members on multijurisdictional mergers. Procedures guide” (ECA, 2001).

⁶⁴ Buenas Prácticas en materia de cooperación entre las autoridades nacionales de competencia de la UE en el control de concentraciones (Comisión Europea, 2011c).

⁶⁵ Cabe señalar que la cooperación impulsada por las “Buenas Prácticas” no siempre será necesaria y eficiente. Pensemos, por ejemplo, el caso en que queda claro en los primeros pasos de la investigación que una operación de concentración no plantea problemas significativos de competencia.

⁶⁶ Ver páginas 36-37, donde se recogen las distintas fases que sigue la Comisión al enfrentarse con una concentración de dimensión comunitaria.

Como se recoge en el párrafo 2.1. de las “Buenas Prácticas”, *“cuando las partes de la concentración ofrecen información completa y coherente a las ANCs afectadas, la cooperación puede reducir las cargas que pesan sobre las partes y los terceros facilitando, en lo posible, la sincronización de los plazos y la eficiencia global, transparencia, efectividad y ajuste a los tiempos del proceso de examen de la concentración”*.

Al mismo tiempo, la cooperación garantizará que las ANCs estén en mejores condiciones para intercambiar información y opiniones sobre diferentes aspectos concernientes a la concentración objeto de evaluación. Asimismo, la cooperación ayudará a que las medidas correctoras propuestas gocen de consistencia y coherencia. Dichas medidas pueden variar en función del impacto que la operación en cuestión genere sobre las distintas jurisdicciones. Considerando que una misma operación puede tener efectos distintos sobre la competencia en los diferentes Estados miembros, no será raro que las medidas correctoras impuestas difieran entre las jurisdicciones. Es más, una medida correctora de una jurisdicción puede tener efectos negativos en otras que también se vean afectadas por la operación de concentración. Se considera que la cooperación puede evitar tales inconsistencias fomentando la coherencia en las medidas correctoras.

El apartado 4, siempre del mismo documento, establece que, con el fin de facilitar la cooperación, las ANCs afectadas por la operación multijurisdiccional se proponen suministrar información actualizada sobre cualquier decisión antes de iniciar un procedimiento de segunda fase o investigación en profundidad⁶⁷, así como cualquier decisión final, incluyendo las medidas correctoras. Como apunta Bardong (2011), esta novedad es importante en los casos en los que dos o más ANCs inicien una investigación en profundidad. Así, ante operaciones que generen problemas de competencia en más de un Estado miembro, la cooperación fomentará la transparencia y puede suponer un ahorro de coste y tiempo.

Además, cuando sea necesaria una cooperación más estrecha, las ANCs se proponen, respetando siempre la confidencialidad, cooperar del siguiente modo:

⁶⁷ Ver el siguiente apartado, 2.4.

- a. Las ANCs afectadas se mantendrán informadas sobre las novedades concernientes a las fases clave de sus respectivas investigaciones, así como de las medidas correctoras.
- b. Siempre que se considere de utilidad, las ANCs afectadas podrán discutir sus respectivos análisis en materia de jurisdicción o sustantivas. Las cuestiones más relevantes serán la definición del mercado, las eficiencias, la valoración de los efectos sobre la competencia, las pruebas empíricas que respalden tales efectos y, cuando sea necesario, las medidas correctoras que se contemplen.

Por otro lado, en la sección 6 se contempla que ciertas operaciones exijan una cooperación más estrecha, para lo que se insta, tanto a las partes como a terceros, a que sean proactivas y adopten renunciaciones de confidencialidad⁶⁸ incluso antes de la fase de notificación. Esto puede permitir una cooperación más efectiva entre las ANCs afectadas. Corresponde a las propias ANCs proteger la información confidencial⁶⁹, que no podrá ser usada para fines distintos al examen de la correspondiente operación de concentración.

Como señala Bardong (2011), este área guarda un amplio margen de mejora. En una encuesta elaborada por el Grupo de trabajo sobre operaciones de concentración, solo seis ANCs declararon haber intercambiado información confidencial con otra ANC. Por ejemplo, Alemania tan solo ha compartido información confidencial con Austria, España y Reino Unido. Sin embargo, es curioso que algunas ANCs, como sucede en la propia Alemania, hayan establecido canales de comunicación más fluidos para tal cometido con otras jurisdicciones tales como EEUU, externas a la UE.

2.4. Aspectos procedimentales

Con objeto de mejorar la transparencia y la flexibilidad en el proceso de control de concentraciones, el nuevo Reglamento incorpora una serie de novedades en los procedimientos que se abordan a continuación.

⁶⁸ En el Anexo de las “Buenas Prácticas” que venimos desgranando se incluye el modelo de renuncia de la ICN.

⁶⁹ Cabe recordar que la información confidencial así como los secretos comerciales están protegidos por la ley nacional en todos los Estados miembros.

En primer lugar, se ha suprimido el plazo obligatorio de notificación de la operación particular, que el antiguo Reglamento de 1989 fijaba en una semana. Esta flexibilidad resulta muy beneficiosa para las empresas, pues ahora pueden notificar la operación en función de sus intereses; eso sí, siempre con anterioridad a la ejecución de la operación (Navarro y Baches, 2004).

En segundo lugar, se han ampliado los plazos para la tramitación de expedientes y adoptar decisiones. De este modo, la Comisión dispone de 25 días laborables (ampliables a 35) para examinar la concentración y decidir si es compatible con el mercado común o, en caso contrario, incoar procedimiento. Esto supone una ampliación de casi una semana con respecto a la anterior norma.

La segunda fase se extenderá por un plazo de 90 días, ampliables a 105 en el caso de que las empresas propongan compromisos para hacer compatible la operación con el mercado común, salvo que se hubieran propuesto en un plazo inferior a 55 días desde la incoación. Además, la Comisión podría extender los plazos hasta un máximo de 125 días laborables en el caso de previa solicitud por los interesados en los primeros 15 días del procedimiento (Pascual y Vicente, 2004). Esto supone una ampliación aproximada de nueve semanas.

Una tercera novedad, que pretende proporcionar tanto una guía para la Comisión, como seguridad a las empresas, se desprende de las disposiciones que el artículo 2 el Reglamento 139/2004 recoge. Éstas señalan los factores que la Comisión considera más determinantes en su evaluación, entre los que destacan:

- a. La estructura de los mercados afectados y de la competencia real o potencial, dentro y fuera de la Comunidad,
- b. la posición de mercado de las empresas afectadas,
- c. las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, el acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- d. las barreras de entrada,
- e. la evolución de la oferta y la demanda,
- f. el desarrollo técnico o económico,

- g. los intereses de los consumidores, etc.

Además, como ya se ha señalado, la Comisión publicó unas “Buenas Prácticas” junto al Reglamento para mejorar la transparencia en los procesos. Dicho documento ofrece una descripción de los instrumentos informales que han demostrado su eficacia en el ámbito del control de concentraciones. Prieto Kessler (2005) recoge los tres más importantes:

- a. Reuniones con las partes para ponerlas al día de la situación del proceso,
- b. Las reuniones triangulares entre la Comisión, los notificantes y terceros afectados, y
- c. Las condiciones bajo las cuales la Comisión permitirá a las partes realizar sus alegaciones respecto de documentos importantes o quejas recibidas durante el curso de la investigación.

Como contrapartida a la mayor descentralización que el nuevo Reglamento aporta a las partes, se han ampliado sustancialmente los poderes de investigación de la Comisión. Del mismo modo, las multas que puede imponer la Comisión han visto incrementada su cuantía, tanto las de carácter sancionador⁷⁰ como las multas coercitivas⁷¹.

Finalmente, vamos a describir el procedimiento que sigue la Comisión a la hora de revisar las concentraciones de dimensión comunitaria. Dicho proceso se puede dividir en tres etapas claramente definidas (Prieto Kessler, 2005):

- a. En la primera fase, de un mes de duración, se analizan los efectos de la concentración sobre el mercado. Si dicha operación de concentración crease o reforzase una posición dominante, obstaculizando como consecuencia la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, la operación se consideraría incompatible con el mercado común⁷².
- b. Bajo esa premisa, se determina qué operaciones pueden plantear problemas. En tal caso, se enviaría un “pliego de cargos”⁷³ que abre una segunda fase de cuatro meses

⁷⁰ Ver artículo 14 del Reglamento 139/2004.

⁷¹ Ver artículo 15 del Reglamento 139/2004.

⁷² Artículo 2.3 del Reglamento 139/2004.

⁷³ En el procedimiento de control de las operaciones de concentración, “*el pliego de cargos es un acto preparatorio del procedimiento que, con el fin de garantizar el ejercicio eficaz del derecho de defensa,*

de duración, durante la que se analiza detalladamente el impacto de la operación sobre el mercado y se discuten posibles soluciones con las partes implicadas.

- c. Por último, para aprobar la concentración, las partes pueden ofrecer compromisos diversos tales como la venta de activos, su cesión a competidores, etc.

En la práctica, tan sólo un 10% de las operaciones de concentración notificadas pasan a la segunda fase. Además, el número de casos en los que la Comisión decide vetar la fusión es muy bajo (1% entre 1990 y 2007); en otros casos (7%), la intervención de las autoridades comunitarias se ha limitado a establecer modificaciones obligatorias en las operaciones de fusión, mitigando así su impacto negativo sobre la competencia.

2.5. Aspectos sustantivos

La modificación del criterio sustantivo de análisis en el control de concentraciones ha sido una de las claves de la reforma. El anterior reglamento 4064/89 se basaba en el llamado “criterio de dominancia”, por el que se atendía fundamentalmente a la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado o mercados afectados por la concentración, al objeto de valorar su compatibilidad con el mercado común. Se trata de un criterio estructuralista, en la medida en que se centra en el perjuicio que podría causar la concentración en la estructura competitiva del mercado (Palma, 2008).

El nuevo Reglamento dispone⁷⁴ como finalidad del control de concentraciones de dimensión europea la determinación de su compatibilidad con el mercado común. Para ello define como criterio clave la **obstaculización significativa de la competencia efectiva** en dicho mercado, que viene a sustituir el anterior test de dominancia. (Pascual y Vicente, 2004). Por tanto, ya no es una condición necesaria que la fusión cree o refuerce una posición de dominio para ser declarada incompatible con el mercado común.

Este nuevo enfoque -que supone una aproximación a la normativa norteamericana- ofrece una mayor flexibilidad a la Comisión, lo que le permite centrarse en los efectos que la

circumscribe el objeto del procedimiento administrativo incoado por la Comisión, impidiendo así a esta última formular otras imputaciones en la decisión que pone fin al procedimiento de que se trate” (TJCE, 2008a).

⁷⁴ Artículo 2 del Reglamento 139/2004.

operación de concentración en cuestión produce en los mercados afectados (Palma, 2008). En realidad, el nuevo criterio tiene un carácter híbrido, pues mantiene la relevancia de la posición dominante⁷⁵ (anterior criterio europeo) pero se aproxima al test de reducción significativa de la competencia (criterio sustantivo de la práctica estadounidense).

Maudes (2004: 9)⁷⁶ identifica una serie de ventajas asociadas a esta hibridación de criterios establecida por el nuevo Reglamento que se perderían en caso de haberse producido un cambio total de criterio:

- a. mejorar el análisis teórico,
- b. flexibilizar las evaluaciones de las concentraciones por parte de la Comisión,
- c. incrementar la seguridad jurídica al clarificar el criterio sustantivo, y
- d. facilitar la colaboración internacional.

Sin embargo, hay autores que reniegan de tales ventajas. En concreto, Martínez Lage (2004: 10) advierte que el cambio de criterio tendrá grandes repercusiones, pues amplía excesivamente las facultades de la Comisión para oponerse a una concentración más allá de lo justificado. En un entorno como el actual, que exige constantemente reestructuraciones y flexibilidad, la Comisión no debe obstaculizar el necesario proceso de concentración que permitirá a las empresas europeas competir con éxito en tan dinámico escenario.

Por otro lado, las Directrices Horizontales recogen los eventuales efectos anticompetitivos que una operación de concentración puede producir, distinguiendo entre efectos anticompetitivos no coordinados (unilaterales) y efectos anticompetitivos coordinados. La diferencia radica en que, en el primer caso, la operación de concentración incrementa el poder individual de una empresa, mientras que en el segundo aumentan las posibilidades de una colusión tácita entre la entidad resultante de la concentración y el resto de empresas presentes en el mercado afectado por la operación (Engra y Rodríguez, 2006).

⁷⁵ El propio artículo 2 del Reglamento precisa que serán declaradas incompatibles aquellas concentraciones susceptibles de obstaculizar significativamente la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante.

⁷⁶ Citado en Pascual y Vicente (2004).

i. El caso de los **efectos no coordinados** equivale a la posición de dominio individual del anterior Reglamento. La novedad consiste en que se amplía el ámbito de actuación de la Comisión al permitírsele sancionar los efectos anticompetitivos aun cuando no exista una posición de dominio individual de la entidad resultante de la concentración.

Según el párrafo 24 de las Directrices Horizontales, los efectos no coordinados suponen la obstaculización de la competencia efectiva en la medida en que libera de importantes presiones competitivas a uno o varios actores, que ven incrementado su poder de mercado sin necesidad de coludir. De este modo, el efecto más directo de la concentración consiste en la desaparición de la competencia entre las empresas que van a fusionarse⁷⁷.

Asimismo, las empresas ajenas a la concentración pertenecientes al mismo mercado también se beneficiarían de la misma debido a la reducción de la presión competitiva. Esto es especialmente preocupante en los mercados oligopolísticos, donde estas operaciones pueden conducir a un importante aumento de los precios.

ii. Por otro lado, los **efectos anticompetitivos coordinados** es lo que se denominaba posición de dominio colectiva en el anterior Reglamento. De acuerdo con el párrafo 39 de las Directrices Horizontales, las fusiones en mercados concentrados pueden restringir la competencia efectiva, creando o reforzando una posición dominante colectiva debido a que aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento para aumentar los precios sin necesidad de llegar a acuerdo explícito alguno. Además, la concentración puede facilitar o estabilizar la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la operación.

Como novedad, cabe destacar la inclusión positiva de esta categoría en la legislación europea. De este modo, como señalan Engra y Rodríguez (2006), la Comisión admite el concepto y los parámetros ya establecidos por la jurisprudencia comunitaria para determinar la existencia de efectos coordinados, que incluyen (TPI, 2002):

a. la posibilidad de establecer mecanismos de coordinación en el mercado relevante,

⁷⁷ Pensemos en el caso en que una de las empresas participantes en la operación hubiese subido sus precios antes de la fusión; esto hubiese desviado parte de la demanda hacia la otra empresa participante de la fusión. La concentración suprime esta presión competitiva.

- b. *la posibilidad de controlar las desviaciones de ciertos operadores respecto de los mecanismos de coordinación;*
- c. *la existencia de sistemas efectivos de disuasión y penalización para aquellas empresas que se separen de la política marcada por el oligopolio; y*
- d. *que el resultado de dicha coordinación no sea fácilmente neutralizable por las empresas que no participen en ella, los competidores potenciales o los clientes.*

2.5.1. La consideración de las eficiencias y los factores de contrapeso

Las Directrices Horizontales hacen referencia en los párrafos 64-75 a los diversos factores de contrapeso que se han de considerar a la hora de evaluar si una concentración puede obstaculizar de forma significativa la competencia. Entre estos factores, el documento destaca:

I. El **poder de negociación de la demanda**, entendida en este contexto como la capacidad de negociación comercial que tiene el comprador frente al vendedor gracias a su tamaño, a su importancia comercial desde la óptica del vendedor y a su capacidad para cambiar de proveedor.

II. La **entrada de nuevos competidores en el mercado**, para lo que ha de demostrarse que las barreras de entrada no impiden que la competencia potencial discipline el mercado afectado. Para ello se exige una capacidad de acceso al mercado en un período de tiempo razonable: dos años.

III. Por otro lado, en el tratamiento de las **eficiencias** se han producido importantes novedades con la reforma del primero de mayo de 2004. Si bien el Reglamento 4064/89 no contemplaba las posibles ganancias en eficiencia derivadas de una operación de concentración como un factor relevante en su evaluación⁷⁸, en las Directrices Horizontales, se afirma en el párrafo 78 que se tendrán en cuenta las eficiencias resultantes de la operación siempre y cuando concurren cuatro condiciones acumulativas, que son:

⁷⁸ No así en la práctica, donde la Comisión ha venido considerando los efectos favorables que una concentración puede generar para los consumidores en el análisis de la posible creación o reforzamiento de una posición de dominio

- a. que las eficiencias generen beneficios para los consumidores (el denominado *pass-on requirement*⁷⁹),
- b. que resulten inherentes a la operación de concentración,
- c. que sean susceptibles de verificación, y
- d. que se materialicen en un período de tiempo breve, con posterioridad a la operación.

El reconocimiento de que las eficiencias puedan actuar como contrapesos sobre los efectos anticompetitivos que se deriven de una concentración está en línea con el nuevo punto de referencia de la política de competencia europea: el bienestar de los consumidores⁸⁰.

En consonancia, el párrafo 79 de las Directrices Horizontales señala que se valorarán todas las eficiencias que produzcan efectos beneficiosos para el mercado, siempre y cuando no resulten perjudiciales para los consumidores. Así, *“las eficiencias deben ser sustanciales y producirse con prontitud, y han de beneficiar, en principio, a los consumidores de aquellos mercados de referencia en los que, de lo contrario, probablemente surgirían problemas de competencia”*.

Röller (2011) reflexiona acerca de las diferencias entre el valor de las **eficiencias estáticas y dinámicas**. Las eficiencias estáticas se asocian con el ahorro en los costes marginal y variable, mientras que las eficiencias dinámicas están relacionadas con el ahorro en costes fijos, el fomento a la inversión, y la innovación.

La importancia de esta distinción estriba en que ambas afectan de un modo distinto al bienestar de los consumidores. Concretamente, en la nota 107 de las Directrices Horizontales se establece que *“en general, no se otorga una importancia similar a los ahorros de costes fijos, dado que la relación entre costes fijos y precios al consumo es por lo común menos directa, al menos a corto plazo”*. De este modo, parece que las eficiencias estáticas benefician de un modo más inmediato a los consumidores.

⁷⁹ En español, requisito de transferencia.

⁸⁰ Esto supone la adopción del modelo denominado “modelo del beneficio para el consumidor (*Consumer welfare model*), que se opone a un modelo basado en los beneficios totales generados por una operación (*Total surplus model*). Tanto EEUU como UK se decantan por el mismo modelo que la Dirección General de Competencia de la UE, orientado por el efecto en los consumidores, y en el que se obvian los posibles beneficios de una operación que no sean trasladables a aquéllos (Engra y Rodríguez, 2006).

Cabe recordar que el uso del bienestar del consumidor como punto de referencia implica que las eficiencias o beneficios para las empresas no son importantes en la decisión, pues tales eficiencias solo se tendrán en consideración cuando (a) beneficien a los consumidores, (b) sean inherentes a la operación de concentración, (c) sean verificables, y (d) se materialicen en un período de tiempo breve. Para corroborar el nuevo enfoque, Rölller (2011) acude a la evidencia empírica.

A partir de las 37 sentencias publicadas desde la adopción del nuevo Reglamento 139/2004, en sólo 5 de ellas las partes recurrieron a las eficiencias estáticas en la segunda fase de la investigación⁸¹. Esto significa que, en contra de lo que pudiera parecer por el contenido de los nuevos documentos, las eficiencias estáticas no han jugado un papel importante en la evaluación de las operaciones de concentración. En 2 de los 5 casos se consideró que concurrieron los cuatro requisitos, lo que supone un 40% de las operaciones.

Por otro lado, las partes alegaron eficiencias dinámicas en 6 de los 37 casos. Sin embargo en ninguno de los casos la DGC aceptó tales eficiencias, pues no encontró que se cumpliesen los criterios que venimos comentando. Esto no significa que se esté siguiendo un enfoque de negación *per se* con respecto a las eficiencias dinámicas.

En conclusión, puede afirmarse que las eficiencias no han desempeñado un papel especialmente importante desde la adopción del nuevo enfoque, que sitúa al bienestar del consumidor como punto de referencia. Si bien las eficiencias estáticas fueron aceptadas en un 40% de los casos en los que fueron alegadas, la DGC nunca ha aceptado hasta el momento la concurrencia de eficiencias dinámicas en las operaciones de concentración.

IV. Finalmente, en el párrafo 89 de las Directrices Horizontales se contempla la posibilidad de permitir una operación de concentración condicionada por que una de las empresas fusionadas se encuentre en situación de crisis⁸². A pesar de que la fusión pueda plantear problemas de competencia, la Comisión puede concluir que dicha operación es

⁸¹ Es curioso que la DGC encontrase eficiencias pro-competitivas en otros 2 casos en los que las partes no las habían declarado, de modo que no fueron tenidas en consideración. Se trata de los asuntos *DONG/Elsam/Energi E2* (2006) y *Holdings/Barcovision Division* (2008).

⁸² En el quinto y último epígrafe de este capítulo se abordan con mayor profundidad los efectos de la crisis en la aplicación de las leyes de competencia.

compatible con el mercado interior. El requisito esencial es que el deterioro de la estructura competitiva en ese mercado no se deba a aquélla. Además, se establecen tres condiciones adicionales para que las firmas puedan acogerse a esta “excepción de empresas en crisis”:

- a. la empresa presuntamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus dificultades económicas, a abandonar el mercado en un corto espacio de tiempo si no es absorbida por otra empresa,
- b. no debe haber ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada, y
- c. finalmente, de no mediar una concentración, la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable.

3. El control de ayudas estatales

Una vez analizadas las particularidades de la normativa de competencia comunitaria concerniente a las empresas, pasamos a abordar el segundo conjunto de disposiciones: la legislación que regula el comportamiento de los Estados miembros. El TFUE separa ambos bloques, titulando a esta “Sección II” como “Ayudas otorgadas por los Estados”, que abarca los artículos 107, 108 y 109.

En este frente descansa una de las particularidades de la política de defensa de la competencia de la UE, pues se trata de evitar que los estados desvirtúen la competencia a través de ayudas que favorezcan a “sus” empresas nacionales. Esto implica, necesariamente, una pérdida de autonomía por parte de los Estados miembros a la hora de desarrollar una política industrial nacional (Muñoz de Bustillo, 2009: 306).

Por tanto, además de distorsionar potencialmente la competencia en el mercado interior, estas prácticas albergan un peligro adicional: si los Estados miembros favoreciesen a sus empresas con vistas a dominar el mercado interior, correríamos el riesgo de entrar en una espiral de ayudas estatales cuyos resultados perjudicarían gravemente a todos los participantes.

A pesar de su relevancia, y en contra de lo que pudiese parecer, el control de las ayudas estatales fue el pilar que menor efecto tuvo en el proceso de construcción del modelo comunitario de defensa de la competencia. No obstante, como apunta Martínez Fons (2006), *“desde hace ya algunos años las ayudas de Estado han dejado su lugar marginal en el Derecho de la Competencia hasta devenir en la actualidad pieza clave de la integración del mercado económico”*.

Los motivos que mejor pueden explicar la evolución de la relevancia de la materia deben buscarse en las siguientes (Bacon, 2006)⁸³: primero, en la ausencia de previsiones explícitas sobre este asunto en el articulado del Tratado más allá de la formulación genérica de su prohibición general contenida en el artículo 87 del TCE⁸⁴; en segundo lugar está la labor de la Comisión, que tras décadas de fiscalización de las ayudas financieras directas a las empresas, a partir de la última década del siglo XX centra su interés en los beneficios indirectos asignados por los Estados, entre los que destaca la reducción de las cargas sociales o tributarias por las empresas.

3.1. El concepto de ayudas de Estado

Antes de continuar, conviene acotar el concepto de “ayuda de Estado”. Desde el punto de vista económico, se entiende por ayuda toda medida que suponga un beneficio – cuantificable o evaluable, por tanto- para una empresa. Empero, la perspectiva jurídica nos obliga a ser más precisos.

Si bien el artículo 107 del TFUE no ofrece definición alguna, sí que enumera las condiciones de compatibilidad de las ayudas con el mercado interior. Siguiendo la discusión propuesta por Quijano (2012), encontramos tres elementos esenciales:

a. La existencia de una **ventaja o beneficio económico** en sentido amplio. No siempre es fácil constatar la mejora de la posición relativa del beneficiario. Para ello se recurre al “criterio del mercado” o del “inversor privado”. Este método consiste en evaluar si la empresa beneficiaria hubiese obtenido la prestación en cuestión en las mismas condiciones en caso de requerirla de un inversor privado.

⁸³ Citado en Martínez Fons, 2006b.

⁸⁴ Actual artículo 107 del TFUE

Es importante cuantificar la ayuda para evaluar el alcance de la distorsión de la competencia, la posible aplicación “*de minimis*” y, en caso de ser declarada ilegal, para fijar la cantidad a restituir por parte de la empresa. Lo relevante en este punto es el valor del beneficio recibido por la empresa, y no el coste que la ayuda implique para la autoridad pública. Dicho beneficio puede definirse como la ventaja o diferencia de coste que suponga la medida estatal respecto a las condiciones en que la empresa hubiese recibido la prestación de un inversor privado en el mercado.

b. La ayuda debe haber sido **otorgada o financiada por parte del Estado**. El sujeto otorgante es el Estado, entendido éste en sentido amplio, abarcando las diversas instituciones en que se organice cada Estado miembro: las del Estado central, las territoriales en sus distintas modalidades (CCAA, Regiones, Länder,...), las provincias, las municipales, etc. Se incluyen también las entidades o personas –frecuentemente compañías mercantiles- constituidas bajo el derecho privado, pero en las que el Estado ejerce una influencia dominante que hace que la empresa actúe bajo poder estatal⁸⁵. En este sentido, lo relevante sería la imputación en última instancia a una autoridad pública de la decisión, aun cuando el acto concreto de concesión haya sido efectuado por un ente o una persona privada.

En este punto, es digna de mención una importante exclusión: por no proceder del Estado ni financiarse con fondos estatales, no son ayudas sometidas al Tratado las propias ayudas comunitarias, aun cuando sean distribuidas por un Estado miembro.

Por otro lado, existe la duda acerca de la legalidad de las ayudas concedidas por el Estado sin cargo a fondos públicos y aquéllas financiadas con fondos públicos pero no decididas por el Estado. Desde el asunto *Van Tiggele* de 1978, la orientación mayoritaria se inclina a seguir el criterio de la financiación con fondos estatales. Empero, emerge aquí una duda: ¿qué tratamiento merecen las medidas que favorecen a ciertas empresas sin afectar a los fondos públicos? Para mantener el citado criterio de financiación con cargo a fondos públicos, la Comisión ha recurrido como remedio extremo a catalogar dichas ayudas como

⁸⁵ Consultar el Caso 213/ 85, Sentencia de 2 de febrero de 1988, contra los Países Bajos y la compañía holandesa distribuidora de gas natural.

“medidas de efecto equivalente a una ayuda de Estado”. Esto le permite extender el concepto de ayudas estatales sin alterar el criterio en cuestión.

c. El tercer y último elemento hace alusión al **sujeto destinatario** de la ayuda. El artículo 107 TFUE hace referencia al beneficiario atribuyéndole la característica esencial de selectividad o discrecionalidad como requisito esencial para la integración de este elemento. Se incluyen en este sentido tanto los sujetos –empresas- como los sectores de actividad –producciones- como destinatarios de las ayudas estatales.

Conviene precisar que, en este punto, lo relevante será el destinatario final de la ayuda, no el intermedio. Hay situaciones en las que ambos sujetos no coinciden, pudiéndose establecer una distinción entre el receptor directo e inmediato, y el beneficiario indirecto y mediato. De este modo, si una entidad bancaria recibiese bonificaciones fiscales con el fin de conceder créditos ventajosos a determinadas empresas, éstas serían las beneficiarias de la ayuda⁸⁶.

Para completar la delimitación de este último elemento (la naturaleza económico-empresarial del beneficiario) debemos insistir en el requisito de selectividad; la ayuda no es tal sólo por dirigirse a empresas o producciones, sino por favorecer a determinadas empresas o producciones. Esto excluye a las medidas generales del sometimiento de control, toda vez que no implican ventajas competitivas ni mejoran la posición relativa de alguna(s) empresa(s) con respecto a las demás.

No obstante, se podría objetar que las medidas generales adoptadas por un Estado miembro para beneficiar al conjunto de las empresas pueden generar distorsiones en la competencia respecto de las empresas del resto de Estados miembros por crear condiciones desiguales en el mercado único. Estas situaciones se regulan a través de los artículos 116 y 117 del TFUE, estableciendo procedimientos para eliminar la distorsión causada por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros, mientras que el régimen de ayudas de los artículos 107-109 sólo sería de aplicación a las medidas específicas o selectivas.

⁸⁶ Del mismo modo, si ciertos consumidores recibiesen subvención para adquirir la producción de determinadas empresas, éstas serían también las beneficiarias, ya que el supuesto no cae dentro de la compatibilidad al implicar discriminación.

Una vez delimitadas las características esenciales de las ayudas de Estado estamos en disposición de ofrecer una definición consistente de las mismas: la Comisión entiende por “ayudas de Estado” cualquier ventaja o beneficio económico otorgado o financiado por el estado en cualquier forma y dirigido a empresas o producciones en concreto (Quijano, 2012).

3.2. Los presupuestos de incompatibilidad de la ayuda con el mercado interior

El artículo 107 del TFUE⁸⁷ regula estas transferencias de los Estados miembros hacia empresas o producciones, declarándolas incompatibles con el mercado interior en la medida en que, afectando al comercio entre Estados miembros, falseen o amenacen con falsear la competencia en el mercado interior, salvo que los tratados dispongan otra cosa.

La prohibición o declaración de incompatibilidad conecta con dos elementos: que las ayudas **afecten** a los intercambios comerciales entre Estados miembros, y que **falseen** o amenacen con falsear la competencia en el mercado interior. Siempre que la ayuda no cumpla con determinadas salvedades, han de cumplirse ambos requisitos: la “afectación del comercio entre Estados miembros” y “la distorsión de la competencia”. Pasamos a analizar ambos preceptos.

➤ En primer lugar, sin el alcance interestatal, la ayuda escaparía del control comunitario. Las ayudas que sólo afecten a los intercambios intra-estatales o al comercio interno serán materia de las correspondientes legislaciones nacionales. Para que la ayuda afecte al comercio entre Estados miembros debe alterar el flujo de intercambios entre aquéllos, sin que sea estrictamente necesario que además se produzca una alteración de la estructura competitiva preexistente⁸⁸. Para determinar esta situación, se considerarán tanto los intercambios existentes como la evolución previsible de los mismos (Quijano, 2012).

➤ En segundo lugar, con respecto a la distorsión de la competencia, se desprende una tendencia al automatismo de las decisiones y sentencias de los organismos comunitarios: si

⁸⁷ antiguo artículo 87 TCE

⁸⁸ Ello se desprende del conocido caso de *Philip Morris* de 1979.

hay ayuda significa que hay favorecimiento selectivo a determinadas empresas, lo que necesariamente implica distorsión a la competencia. Se entiende así que la distorsión a la competencia es casi un efecto natural de la ayuda.

A modo de síntesis de estos presupuestos de incompatibilidad rescatamos una reflexión de Quijano (2012): “*una interpretación tan amplia de su alcance ha conducido indudablemente a configurar un ámbito igualmente amplio de aplicación del control previo y, en última instancia, de la prohibición de las ayudas. Por este motivo, (...), la Comisión ha cedido también en una amplia interpretación de los supuestos de excepción que incluyen ayudas compatibles y, sobre todo, compatibilizables*”. Estos supuestos serán objeto de análisis en el siguiente apartado.

Esta flexibilización en la interpretación ha permitido que determinados grupos de ayudas (a las PYMES, investigación y desarrollo o medioambiente) hayan terminado siendo objeto de tratamiento horizontal basado en criterios generales para sectores y regiones. Asimismo, el criterio cuantitativo denominado “*de minimis*” permite una notable flexibilización procedimental para tratar de un modo simplificado las ayudas de menor importancia⁸⁹.

➤ Al igual que sucedía con los casos anteriores -prácticas restrictivas de la competencia y concentraciones económicas- existen determinadas ayudas que se consideran compatibles con el mercado interior común. Hay situaciones, que se enumeran a continuación, en las que es conveniente y, en algunos casos necesaria, la intervención gubernamental en forma de transferencia.

Dichas excepciones, reflejadas en los párrafos 2 y 3 del citado artículo 107 TFUE, incluyen las ayudas de carácter social, las destinadas a paliar los perjuicios causados por desastres naturales y las concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de Alemania, afectadas por su anterior división.

⁸⁹ La cláusula “*de minimis*” se articula a partir del Reglamento 1998/2006 de la Comisión de 15 de diciembre de 2006. Éste recoge los umbrales para la aplicación de la cláusula en cuestión en el artículo 2 (200.000 €), además de desarrollar el sistema de control (artículo 3) y delimitar la extensión su ámbito de aplicación (artículo 1), extendido a las ayudas concedidas a las empresas de todos los sectores, pero restringido a la vez por un amplio listado de excepciones en supuestos que disponen de régimen propio (pesca, producción primaria de productos agrarios y su transformación y comercialización en ciertos casos, exportación, carbón, empresas en crisis, etc.).

Asimismo, *podrán* considerarse compatibles con el mercado común las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo de regiones deprimidas o con altos niveles de desempleo; las destinadas a la realización de proyectos de interés común europeo o las destinadas a remediar una grave perturbación en la economía de un Estados miembros; las destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones; las ayudas dirigidas a promover la cultura y la conservación del patrimonio; y aquéllas que así considere el Consejo, a propuesta de la Comisión, con mayoría cualificada. Pasamos a analizar cada una de ellas.

3.3. Excepciones a la incompatibilidad de la ayuda con el mercado interior

Como venimos comentando, el artículo 107 del TFUE contiene supuestos de excepción de ciertas ayudas con respecto a la prohibición general. La regulación se basa en la distinción entre ayudas autorizadas (párrafo 2) y ayudas autorizables (párrafo 3), que abordaremos de un modo separado.

3.3.1. Ayudas compatibles de iure

En primer lugar, la legislación comunitaria recoge tres tipos de ayudas compatibles de pleno derecho con el mercado interior:

a. “*Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos*”. Cabe preguntarse en este punto si se trata de ayudas en sentido técnico, pues como ya hemos visto, el concepto de ayuda exige que éstas se concedan a empresas o a producciones, no a los consumidores. Sin embargo, cabría la posibilidad que indirectamente favorezcan a ciertas empresas a través de una discriminación por el origen. La sentencia subordinada del precepto evita que se produzca tal beneficio a determinadas empresas o producciones.

b. “*Ayudas destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales u otros casos excepcionales*”. De esta segunda categoría se desprenden dos cuestiones interpretativas, una referida al ámbito objetivo y otra a la finalidad de la ayuda (Quijano, 2012).

Con respecto a la primera cuestión, se distinguen, por un lado, los fenómenos causados por la naturaleza en las que no interviene el ser humano. Éstos abarcan terremotos, inundaciones, sequías, huracanes, etc. Por otro lado, los acontecimientos de carácter excepcional permiten un mayor margen de interpretación valorativa. Pueden dividirse entre aquéllos independientes del sistema productivo: guerras, terrorismo, sabotajes, etc.; y los riesgos propios de la actividad económica, entre los que se encuentran las huelgas, distorsiones bruscas del mercado, incendios, robos, etc.

En segundo lugar, con respecto a la finalidad de la ayuda, sólo se contemplan aquéllas destinadas a “reparar perjuicios”. En este sentido, cobra importancia el lapso de tiempo transcurrido entre el perjudicial suceso y la ayuda destinada a repararlo, pues solo serían compatibles aquellas ayudas dirigidas a reparar estrictamente los daños en cuestión⁹⁰.

c. El último supuesto de ayudas compatibles se refiere a las “*ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división*”. Se trata de una categoría con fecha de caducidad; de hecho, la versión consolidada del TFUE ya contempla su desaparición⁹¹.

3.3.2. Las ayudas compatibilizables

El apartado tercero del artículo 107 del TFUE dispone una serie de supuestos que pueden considerarse compatibles con el mercado común. Como veremos a continuación, en esta categoría se amplía el margen de apreciación y discrecionalidad por parte de las autoridades europeas.

Siguiendo a Quijano (2012), se observa cómo se trasladan al control de las ayudas estatales los principios de la política de competencia. De este modo, las hipótesis requieren que se persigan objetivos valorados en el llamado “contexto comunitario”; que haya proporción

⁹⁰ Un caso paradigmático es la negativa de la Comisión a declarar compatibles las ayudas solicitadas por el estado italiano para la reparación de los daños del terremoto del 25 de julio de 1990.

⁹¹ Se ha añadido un inciso en este apartado c. del artículo 107.2 que establece que “*cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (LA LEY 12533/2007), el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se deroga la presente letra*”

entre medios y fines, es decir, la ayuda ha de estar justificada en el sentido de que la intervención emprendida se vea compensada por los fines perseguidos; que la ayuda no tenga un efecto discriminatorio añadido; y, finalmente, que se proteja el interés común a la no alteración de las condiciones de los intercambios, especialmente en los supuestos que el precepto exige.

Tanto el Consejo, como la Comisión, con la correspondiente supervisión del Tribunal de Justicia, serán los encargados de desarrollar el esquema de las ayudas compatibles a través de reglamentos, directrices, comunicaciones, directivas, etc. Bajo la responsabilidad de las autoridades comunitarias, y a partir de los criterios señalados con anterioridad, podrán considerarse compatibles con el mercado interior los siguientes supuestos concretos de ayuda (artículo 103.2 del TFUE):

a. En primer lugar se contemplan las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones con un nivel de vida anormalmente bajo o con tasas de desempleo especialmente elevadas, así como las regiones ultra periféricas⁹² (entre las que se encuentran las Islas Canarias). En este caso, se considera que los beneficios en términos de desarrollo regional compensan las eventuales distorsiones sobre la libre competencia intracomunitaria (Martínez Fons, 2006).

Se trata de una de las dos modalidades de las “ayudas regionales” –la otra la vimos en el apartado anterior, artículo 107.3 (c)- cuyo fundamento radica en la corrección de los desequilibrios regionales. Esta segunda modalidad se diferencia de la primera en que está destinada a paliar desequilibrios especialmente graves.

En la actualidad, estas ayudas se regulan a partir de las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013, que actualiza las Directrices de 10 de marzo de 1998. De ambos documentos pueden extraerse tres aspectos fundamentales que comentaremos sintéticamente:

⁹² esta última sentencia ha sido añadida en el nuevo TFUE.

- i. En cuanto al **ámbito de aplicación**, puede abarcar todos los sectores económicos, excepto los que mantienen un régimen específico⁹³.
 - ii. Posteriormente, se delimitan los **criterios** que hacen a las regiones⁹⁴ susceptibles de acogerse al régimen de excepción: un PIB per cápita, medido en paridad de poder de compra, un 75% inferior al de la media comunitaria, tomando como referencia la media de los 3 últimos años.
 - iii. Para finalizar, se establece el **objeto**, la **modalidad** y el **nivel** que las ayudas pueden tener: se contemplan la inversión inicial, con un tope máximo del 50% sobre el total; y la creación de empleo, consistente en el aumento neto del número de puestos de trabajo en la misma intensidad que en la inversión inicial y con una duración mínima de 5 años. Además, el TFUE ha añadido a esta categoría de ayudas regionales las “pequeñas empresas de reciente creación”.
- b.** El segundo supuesto de excepción alude a las ayudas para fomentar un proyecto de interés común europeo o a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro. Podemos identificar dos elementos en este apartado.

En primer lugar, podrán ser compatibles con el mercado interior las ayudas destinadas a obras de gran infraestructura –el ejemplo paradigmático sería la construcción del túnel del Canal de la Mancha- que repercutan positivamente en la UE. Del mismo modo, y a partir de la flexibilidad mostrada por la Comisión, podrán ser incluidas en esta categoría las ayudas orientadas a la aplicación de una tecnología innovadora, al desarrollo de una investigación aplicada, o al diseño y fabricación de un nuevo producto. Además, la aserción “de interés común europeo” implica que el proyecto en cuestión afecte a varios Estados miembros, aun cuando sea realizado por un Estado, pero su consecución favorezca a varios⁹⁵ (Quijano, 2012).

⁹³ Agricultura, pesca e industria del carbón, transporte, siderurgia, construcción naval, fibras sintéticas e industria del automóvil.

⁹⁴ unidad geográfica de nivel II de la NUTS: Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas.

⁹⁵ Un claro ejemplo lo representa la infraestructura destinada a la conducción energética realizada en el territorio de un Estado, que permite el abastecimiento a otros Estados.

La segunda proposición hace referencia a graves distorsiones dentro de un Estado miembro. Es digno de destacar que el beneficiario de esta excepción se eleva hasta un Estado íntegro, y no una región (éstas tienen su propio marco). Como veremos en el siguiente epígrafe, este supuesto ha adquirido gran relevancia con motivo de la crisis económica. El mismo ha sido invocado tanto con carácter horizontal como destinado específicamente al sector financiero.

c. En tercer lugar se encuentran las ayudas a determinadas regiones o actividades que no alteren las condiciones de intercambio en forma contraria al interés común. Se trata de ayudas destinadas a solventar desequilibrios menos graves que los contemplados en el apartado 107.3 (a).

Tal y como establecen las Directrices sobre ayudas de finalidad regional en sus apartados 15-21, esta modalidad permite valorar con mayor flexibilidad las dificultades que concurren en una región. Se aducen indicadores que van más allá del nivel de vida o la tasa de empleo, además de ser estimados en función de la media nacional en lugar de en la comunitaria.

La segunda sentencia del supuesto –ayudas a determinadas actividades– constituye el instrumento utilizado para los llamados “sectores sensibles”⁹⁶. Con respecto a estos, la Comisión ha producido un bloque complejo de normas a todo un elenco de actividades que satisfagan criterios específicos a los que se alude ya desde el primer Informe sobre Política de Competencia (1971). En concreto, los programas han de tener naturaleza selectiva, estar dirigidos a sectores de competitividad previsible a largo plazo, tener carácter temporal y ritmo decreciente, y estar adecuados con los objetivos de la UE.

De conformidad con las excepciones referidas, debe hacerse especial mención a un conjunto de normas que revisten particular importancia para la configuración del modelo de ayudas compatibles con el mercado interior. Quijano (2012) identifica, sin ánimo de exhaustividad, hasta tres apartados de gran repercusión:

⁹⁶ Entre otros cabe destacar la construcción naval, las fibras sintéticas, la fabricación de vehículos de motor, la siderurgia, el transporte, los servicios postales, la aviación, la agricultura, pesca y acuicultura, la energía en sus diversas formas, las comunicaciones, la producción audiovisual, los servicios de radio y televisión, el seguro de crédito a la exportación y las ayudas en forma de garantía. A todos ellos se han destinado instrumentos normativos específicos.

- El tratamiento especial que se hace a los servicios públicos, en la medida en que influye en la política de ayudas sectoriales. En este sentido, la Comisión distingue entre los servicios de interés general no económico –educación, sanidad, protección social, seguridad, justicia y sector exterior-, de aquéllos de carácter económico. En el primer caso, los servicios constituyen obligaciones del sector público, por lo que no se ven sometidas a las normas de competencia.

En contraste, sí quedarían sujetos a la normativa de competencia los servicios de interés general económico tales como la radio, televisión, telecomunicaciones, distribución de agua, etc. Empero, el “incumplimiento de la misión específica confiada” puede actuar como límite a las reglas de competencia, justificando la concesión de ayudas⁹⁷.

- En segundo lugar se encuentran las regulaciones propias de ciertas situaciones o instrumentos de ayuda que operan con impacto transversal sobre los distintos sectores económicos y en la que quedan subsumidas las políticas de ayudas sectoriales. Fundamentalmente se trata de las ayudas de salvamento y reestructuración de las empresas en crisis⁹⁸ y las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas.

En el primer caso, se conciben las ayudas de salvamento como transitorias y reversibles que pueden servir de rémora a procesos necesarios de cambio, mientras que las ayudas de reestructuración deben insertarse en un plan de viabilidad efectivo a medio y largo plazo. Con respecto a las medidas relacionadas con la fiscalidad, se ha desarrollado un “Código de conducta en el ámbito de la fiscalidad directa de las empresas”⁹⁹ que pretende establecer una clara distinción entre las medidas fiscales de carácter general y aquéllas que, por satisfacer el criterio de “favorecimiento a determinadas empresas o producciones”, deben quedar sometidas al régimen de incompatibilidad general de las ayudas.

⁹⁷ Consultar en este sentido el Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, de 29 de noviembre de 2005 (DOUE, C 297).

⁹⁸ Consultar las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

⁹⁹ Consultar Comunicación de la Comisión, de 10 de diciembre de 1998, relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, DOCE C 384.

- En tercer lugar y último lugar reviste especial importancia las denominadas ayudas horizontales, en tanto en cuanto suponen una nueva orientación en la política de ayudas en su conjunto. Esta categoría de ayudas está orientada a la promoción de determinadas prioridades, independientemente del sector o territorio en que se realicen. Tales prioridades abarcan, entre otras, la protección del medioambiente, el fomento del empleo, la formación, las iniciativas empresariales de mujeres, la investigación, el desarrollo y la innovación, o la financiación a las PYMES.

El Reglamento 800/2008 es el instrumento jurídico que resume y sintetiza la regulación de esta tipología de ayudas. Asimismo, establece una regla de importes mínimos aplicable a determinadas ayudas que, por su cuantía, no suponen una amenaza para la competencia efectiva en el mercado interior. Por otro lado, también fija ciertos supuestos de exclusión, además de fijar reglas comunes para los distintos tipos de ayudas horizontales en materia de requisitos, intensidad, transparencia, acumulación o control.

Además, las ayudas horizontales quedan exentas del requisito de notificación previa en caso de que cumplan con las condiciones establecidas, en lo que supone una aproximación a las ayudas compatibles *de iure* contenidas en el artículo 107.2 del TFUE. Constituyen por tanto una categoría entre aquéllas exentas de antemano de la notificación, y las ayudas compatibilizables que integran el artículo 107.3, que deben ser notificadas al necesitar una decisión de compatibilidad caso por caso.

Tras las ayudas horizontales Quijano (2012) identifica una interesante transacción entre la Comisión y los Estados miembros: mientras que la primera reduce la carga administrativa que deriva del sistema de control, los segundos disponen de un margen de política económica autónoma en relación con ciertas prioridades y dentro de ciertos límites.

d. La cuarta categoría de ayudas que pueden ser compatibles con el mercado interior la componen aquéllas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, siempre y cuando no alteren las condiciones de los intercambios y la competencia en la Comunidad en perjuicio del interés común. Se trata de un supuesto incorporado tras el

Tratado de Maastrich (1992), reconociéndosele un tratamiento especial como base de una excepción particular a la compatibilidad.

Del mismo modo, esta excepción viene a satisfacer el artículo 3.3 del TUE, en el que se afirma que *“la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”*.

e. Finalmente, la quinta excepción no hace referencia a ningún criterio sustantivo, sino al aspecto procedimental por el que las ayudas pueden ser compatibles con el mercado interior. Concretamente, se refiere a *“las demás categorías de ayuda que determine el Consejo por decisión tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión”*. En la práctica, esta fórmula ha tenido escasa relevancia hasta la fecha.

Aquí concluye el repaso a la normativa comunitaria relativa a las ayudas de estado. A continuación abordaremos, a grandes rasgos, el proceso de liberalización de sectores que tradicionalmente han estado amparados por el sector público.

4. La liberalización de los sectores estratégicos

Durante las primeras tres décadas de la política de competencia europea, la Comisión se centró en la tarea básica de aplicar las prohibiciones contenidas en los artículos 81 y 82 del TCE¹⁰⁰ a empresas privadas. En esos años, había numerosas compañías en los Estados miembros que disfrutaban de privilegios exclusivos. Era habitual el caso de los monopolios naturales y las licencias o concesiones limitadas en número y otorgadas discrecionalmente. Esto requería la elaboración de disposiciones que terminasen con los privilegios de dichas empresas, pues de otro modo estarían compitiendo en situación ventajosa con respecto al resto de empresas europeas (Sauter, 2004).

Así, la Comisión amplió su esfera de acción para cubrir las áreas más políticamente delicadas del sector público y ayudas estatales a lo largo de las décadas de 1980 y 1990.

¹⁰⁰ Actualmente son los artículos 101 y 102 del TFUE.

Esta tendencia ha sido definida por algunos autores como el *Public Turn* de la política de competencia de la UE (Gerber, 1994).

Concretamente, la Comisión ha combatido desde 1985 los privilegios que las empresas de ciertos sectores estratégicos disfrutaban gracias a los favores estatales. Dichos privilegios tomaban la forma de beneficios o derechos exclusivos –tales como monopolios legales-, licencias o concesiones limitadas en número y demás tratos preferenciales discrecionales. Para ello, la Comisión investiga, no solo a las compañías en cuestión, sino a también al gobierno sujeto de tales acciones. (Sauter, 2004)

Hoy, la introducción de competencia en sectores tradicionalmente intervenidos – transporte, energía, servicios postales y telecomunicaciones¹⁰¹- se regula por medio del artículo 106 del TFUE (antiguo artículo 86 TCE). Éste afirma que los Estados miembros “*no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado (...)*”.

A continuación, en el segundo párrafo, el citado artículo somete a las normas de competencia del Tratado a aquellas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, siempre y cuando tal sometimiento no impida la consecución del objetivo específico adjudicado a dichas empresas.

En este punto, es importante esclarecer los tres conceptos clave que subyacen a la introducción de mecanismos de competencia en estos sectores: liberalización, desregulación y privatización son términos que, a menudo, dan lugar a confusiones semánticas.

A pesar de que el uso del término **privatización** en las ciencias sociales se remonta a la Alemania nazi, no es hasta la década de 1980 cuando el concepto se extiende y populariza. La primera definición en un diccionario inglés aparece en la edición de 1981 del *Webster's Third New International Dictionary*: “*transformar el estatus de (un negocio o sector) desde el control o*

¹⁰¹ Escapa al cometido de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de las particularidades de cada uno de los sectores objeto de liberalización.

la propiedad pública a la privada” (Bel y Estruch, 2013). Es una definición un tanto escueta. En la literatura económica, el término suele tener un significado más amplio. Una definición más moderna y aceptada es la que entiende por privatización “la venta de empresas públicas al sector privado y la contratación de servicios públicos a empresas privadas” (Bishop, et al., 1994: 1)¹⁰².

Hay que aclarar que privatizar no siempre significa liberalizar. Dependiendo del objetivo de la **liberalización**, podemos definirla del siguiente modo (Bel, 2000):

- Liberalización entendida como libre mercado: en este sentido, la liberalización persigue fomentar el libre funcionamiento de los mercados, asumiendo que la libertad de mercado garantiza la eficiencia económica. En este sentido, liberalización equivale a *laissez-faire*, y la privatización, al arrebatar al estado el control de la empresa, supone acercarse al libre mercado en el que se confía.
- Liberalización entendida como aumento de la competencia. Más allá de las externalidades, problemas de información y cuestiones distributivas, la teoría económica asume que la competencia mejora el bienestar social. Desde esta perspectiva, la liberalización busca que exista competencia en los mercados. Como vimos en la primera parte del trabajo, libre mercado no produce por sí mismo competencia, pues con frecuencia se producen situaciones de concentración que, en lugar de favorecer la competencia, lo que hacen es restringirla.

Finalmente, la desregulación (*deregulation*) es un término que surge del interés por cuestionar la intervención pública en la actividad económica en los años 80. A partir de los principios básicos de la microeconomía, autores como Coase o Posner concluyeron que la política de competencia y la regulación se aplicaban a menudo de un modo ineficiente. Se trataba de impedir que las autoridades públicas distorsionasen el funcionamiento de los mercados. Así, la desregulación “*modificó los fundamentos y el ámbito de la intervención pública, pero no puso en crisis el modelo institucional, las administraciones independientes ni los propios instrumentos de intervención, la defensa de la competencia y la regulación económica. En consecuencia, la “deregulation” limitó pero al*

¹⁰² Citado en Bel y Estruch, 2012.

mismo tiempo consolidó el tradicional modelo de intervención pública en la actividad económica” (Montero, 2012).

En el proceso de liberalización y desregulación, que se inició en las últimas décadas del siglo XX, la Comisión Europea ha jugado un papel protagonista, tratando de arrojar luz sobre cuatro cuestiones¹⁰³.

I. En primer lugar, la Comisión se ha encargado de difundir los beneficios resultantes de la liberalización de estos mercados estratégicos frente al suministro por parte de organizaciones nacionales con derechos exclusivos. Tales beneficios se materializan en un mayor número de oferentes –posibilidad de elección por parte del consumidor- y, por tanto, nuevos y mejores servicios a precios más bajos. Esto además repercute positivamente en la competitividad de la empresa europea.

II. En segundo lugar se encuentra el modo en que la liberalización se ha ido abriendo paso en los diferentes mercados. El establecimiento de un marco legislativo que permita que las empresas compitan entre si no es suficiente garantía de que efectivamente exista competencia. Las barreras de entrada son, en este caso, un factor muy a tener en cuenta.

Al respecto, el enfoque adoptado por la Comisión ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Se ha pasado de permitir a los gobiernos nacionales optar por el uso compartido de las infraestructuras, o bien por construir infraestructuras para el uso de los competidores (principio de los 90), *“a un enfoque que separa legalmente la gestión de las infraestructuras de la oferta de los servicios comerciales que se ofrecen utilizando dicha red de infraestructuras”* (Palma, 2008). En consecuencia, los competidores deberán solicitar permiso a los propietarios de la red de infraestructuras para hacer uso libremente de ellas. La supervisión por parte de las autoridades de que este libre acceso se consuma es clave para que, en última instancia, el consumidor pueda elegir al suministrador que mejores condiciones ofrezca. Este cambio de orientación se debe, fundamentalmente, al volumen de inversión necesario para la construcción de nuevas redes, que se erige como una eficaz barrera de entrada.

¹⁰³ Ver http://ec.europa.eu/competition/liberalisation/overview_en.html, página consultada el 08.06.2013.

III. En tercer lugar, cabe preguntarse si el mismo ha tenido un efecto directo y positivo para los consumidores. La Comisión apunta que en los dos mercados que primero se abrieron a la competencia, las telecomunicaciones y el transporte aéreo, el efecto ha sido claro: los precios medios han disminuido sustancialmente. Sin embargo, este no es el caso de los mercados que introdujeron más tarde mecanismos de competencia –electricidad, gas¹⁰⁴, transporte ferroviario y servicios postales–, donde los precios se han mantenido. De cualquier modo, se puede afirmar que existe una relación directa entre precios más bajos y grado de apertura del mercado a la competencia.

IV. Una última y delicada cuestión nos llevaría a plantearnos si los servicios públicos pueden ser prestados a través de un mercado competitivo, habida cuenta de que su oferta obedece a razones de interés general¹⁰⁵. Sería necesaria una regulación adicional que garantizase la calidad y alcance del servicio suministrado, de forma que los consumidores no se viesan perjudicados por el cambio. De nuevo, la introducción de competencia en un mercado exigiría una atinada y eficiente regulación, y no al revés.

A modo de conclusión, hay que subrayar las dificultades que entraña la tan anunciada liberalización, uno de los ejes que considera la Comisión para mejorar la competitividad del sistema productivo europeo, ya que se enfrenta a los intereses de la mayoría de Estados miembros (Muñoz de Bustillo, 2009: 308). En este sentido, se considera fundamental la colaboración entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, así como con los reguladores sectoriales nacionales.

Aquí finaliza nuestra revisión de las distintas aristas que componen la política de competencia de la UE. El último ámbito de actuación, la cooperación con las agencias de competencia de otras jurisdicciones, será objeto de un detallado análisis en la tercera parte del presente trabajo por sus implicaciones con el objetivo del mismo: dibujar la configuración de un marco global para la defensa de la competencia.

¹⁰⁴ El caso del gas es especial, pues su precio mantiene una estrecha relación con el del petróleo.

¹⁰⁵ Para una discusión más profunda sobre el tema puede consultarse González Camacho (2003), pp. 46 y ss.

5. Crisis económica, fracaso de Lisboa y Europa 2020: los nuevos desafíos de la política de competencia de la UE

Para finalizar el presente capítulo hemos creído apropiado incluir unas breves reflexiones acerca de la actual crisis económica y su relación con la aplicación de las leyes de competencia en la UE. Éstas se completan y retroalimentan con las líneas estratégicas marcadas por la Comisión y el Consejo, y plasmadas en un documento de gran interés para la política económica de la UE: la Estrategia Europa 2020, que viene a sustituir la caduca Estrategia de Lisboa, faro de guía de la UE durante la primera década del siglo XXI.

A modo de introducción se incluyen algunos comentarios acerca de la Estrategia de Lisboa, auténticamente desbordada por el colapso financiero de septiembre de 2007. Pocos imaginaban a principios de 2000 el cataclismo económico que aguardaba. Resulta poco realista realizar una evaluación pormenorizada de los objetivos marcados en Lisboa debido al ciclo económico, por lo que nos limitaremos a comentar única y someramente alguno de los indicadores establecidos por el Consejo.

La nueva Estrategia Europa 2020 pretende delimitar las áreas y estrategias clave para la salida de la crisis. Se trata de una visión de la economía social de mercado que las autoridades europeas proyectan para la UE en el horizonte 2020. El objetivo es, al igual que el del anterior documento, coordinar las políticas de reforma de la UE y los Estados miembros. La crisis ha vuelto a poner de manifiesto la tremenda interdependencia de los países de la UE, especialmente aquéllos que comparten la moneda común. De ahí la importancia de ofrecer soluciones coordinadas a los actuales problemas económicos.

La política de competencia no puede ni debe ser ajena al ciclo económico. Ante las dificultades económicas, los países tienden a buscar soluciones proteccionistas, lo que resulta especialmente perjudicial ante escenarios como el que concurre en el Viejo Continente. En respuesta, la UE ha publicado diferentes documentos que, sin dejar de lado la aplicación de las normas de competencia, permiten a los distintos Estados miembros abordar los acuciantes problemas internos. El sector bancario, por ser el más afectado y por su naturaleza riesgo-sistémica, se ha beneficiado de fuertes inyecciones de liquidez con el objetivo de garantizar los depósitos de los ciudadanos y de evitar el colapso que

supondría la congelación del crédito. Esto ha hecho del control de ayudas estatales el área de la política de competencia que más se ha relajado como consecuencia de la crisis.

La política de competencia queda subsumida en las líneas estratégicas establecidas por la Comisión –y aprobadas por el Consejo- en los documentos citados. Considerando que uno de los objetivos, si no el principal, de las autoridades europeas es maximizar la competitividad de la economía europea, la política de competencia vuelve a erigirse como una herramienta fundamental para el futuro de la UE, como ya lo fue durante el proceso de construcción europeo.

5.1. Los problemas no resueltos de la Estrategia de Lisboa y la perspectiva de la Comisión

La llamada Estrategia o Agenda de Lisboa fue concebida en el año 2000 por la Comisión Europea con el objetivo de coordinar las políticas de reforma de la UE y los Estados miembros con vistas a incrementar el potencial de crecimiento de la economía europea a medio plazo. O, como señala el propio Consejo (2000), para forjar antes de 2010 *“la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”*, respetando el medio ambiente.

La Estrategia descansa sobre tres pilares fundamentales: uno económico, otro social y un último medioambiental. Para ello se desarrollaron multitud de iniciativas, tanto a nivel nacional como comunitario, con la intención de cumplir una serie de objetivos para 2010 relacionados esencialmente con la expansión de la economía por el lado de la oferta (Mulas Granados, 2007). Sin embargo, tanto la Agenda de Lisboa como su revisión en 2005, la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, arrojaron escasos resultados.

Con respecto a la evaluación de estas iniciativas, emerge un problema cuantitativo: si el objetivo de aquéllas es, a grandes rasgos, incrementar la competitividad de la economía europea, ¿cómo medir esa variación en competitividad? No cabe duda de que se trata de una variable compleja, que depende de multitud de factores. De hecho, la Comisión ha fijado los llamados “14 indicadores clave” para medir dicha variable. El problema es que

sólo la mitad de ellos son indicadores cuantitativos, además de que nunca han sido alineados en unas directrices integradas (Treidler, 2011). Por todo ello, desde aquí sólo comentaremos los dos indicadores que consideramos, a la luz de los documentos de la UE, de mayor trascendencia.

A partir del mencionado objetivo de la competitividad, así como el de la transformación europea en la llamada “economía del conocimiento”, junto con la importancia otorgada por las autoridades europeas al problema del desempleo, se puede afirmar que, a grandes rasgos, la Estrategia de Lisboa no ha alcanzado el resultado esperado. En el primer caso, puede considerarse como indicador clave el gasto en I+D como porcentaje del PIB. Si el objetivo era situar la media de la UE en el 3% en 2010, los datos reales arrojan un paupérrimo 2,04%¹⁰⁶. Con respecto a la segunda variable, la Comisión fijó como meta alcanzar una tasa de empleo –abarcando la población de entre 20 y 65 años- del 70% en 2010. Sin embargo, ésta acaba situándose en el 68,6%¹⁰⁷ para el período considerado, además de sostener una tendencia decreciente debido al ciclo económico.

Erikson (2010) reflexiona acerca de los errores que condenaron a la Estrategia de Lisboa al fracaso. Antes que nada, conviene subrayar el hecho de que tal estrategia ponía el énfasis en áreas sobre las que la UE no tenía competencias. Por tanto, hay que ser cuidadosos cuando nos referimos al éxito o fracaso de la Agenda de Lisboa, pues dependía de que los Estados miembros emprendiesen la senda indicada. Sin duda, la pobre coordinación y la débil gobernanza lastraron la eficacia de esta Agenda para el crecimiento.

Una de las principales inconsistencias de la Estrategia de Lisboa subyace en el propio diseño de la misma. Si bien, como venimos comentando, se trata de una línea estratégica orientada a incrementar la competitividad de Europa en la economía mundial, no es consistente mezclar recomendaciones encaminadas a la consecución de dicho objetivo con otras tales como el crecimiento sostenible. Pocos dudan de la importancia del desarrollo sostenible, pero desde luego supone un ejemplo del desorden característico de esta agenda para el crecimiento. Otro ejemplo de dicha confusión de prioridades la constituye el olvido

¹⁰⁶ Datos de Eurostat.

¹⁰⁷ Ibid.

inicial en la Estrategia de Lisboa por el comercio internacional¹⁰⁸, área clave para el crecimiento económico europeo. En definitiva, la Estrategia de Lisboa no distinguía las líneas de reforma realmente importantes de aquellas que no lo eran tanto.

Un segundo error consiste en que la Estrategia no hace un uso apropiado de la herramienta de la integración del mercado europeo, vehículo clave en el pasado para aumentar la integración, la productividad y, en última instancia, el crecimiento de la economía de la UE. Tradicionalmente, las estrategias comunitarias para el crecimiento han radicado en el fomento de la competencia por medio de la expansión del mercado y la integración económica. No han sido pocas las áreas que se han ido integrando progresivamente a la estructura cooperativa europea, constituyendo la creación del mercado único en 1992 el ejemplo paradigmático de esta estrategia.

La Agenda de Lisboa contenía reformas de este tipo; en concreto, la liberalización de los sectores de la energía, servicios financieros, telecomunicaciones y transporte. Sin embargo, el elemento de integración y liberalización de tales mercados, para el que dichas reformas debían haber sido diseñadas, es difícilmente apreciable en la práctica. Más bien, la Estrategia de Lisboa trató de aventurarse en un área diferente, concretamente, en las políticas de crecimiento.

Por otro lado, Auböck et al. (2011) subrayan la ausencia de reformas que hubiesen atenuado los efectos de la crisis; en concreto, hacen referencia a una mayor supervisión de los mercados financieros, así como a un mayor seguimiento y control de las burbujas especulativas. Del mismo modo, se lamentan de la poca atención prestada a los desequilibrios macroeconómicos y a los problemas de competitividad, tanto en la Estrategia de Lisboa como en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

A pesar de lo indicado, la Comisión no considera que la Estrategia de Lisboa haya supuesto un fracaso. Así, en 2010 publicó un “Documento de Evaluación” en el que aborda distintos aspectos de la Estrategia con un optimismo poco acorde con las dificultades económicas por las que atravesaba la UE. A pesar de no haber alcanzado los objetivos principales, el documento subraya que la Estrategia de Lisboa ha servido para abrir nuevas vías al

¹⁰⁸ Éste se incorporó en la ulterior revisión de la Agenda, seis años después.

promover acciones comunes para abordar los principales retos a largo plazo de la UE. A continuación vamos a destacar las conclusiones más reseñables desde la óptica de la política de competencia que la Comisión (2010a) destaca:

- a. La Estrategia de Lisboa, y su correspondiente revisión en 2005, han contribuido a crear un amplio consenso sobre las reformas que la UE necesita. En concreto, se destacan cuatro áreas mayoritarias: la investigación e innovación; la inversión en personas y modernización de los mercados de trabajo; la apertura del potencial empresarial, particularmente de las PYMES; y la energía y el cambio climático.
- b. Se han alcanzado beneficios concretos para ciudadanos y empresas de la UE. Entre ellos sobresale la creación de 18 millones de puestos de trabajo antes de la crisis, así como la configuración de un entorno empresarial menos burocratizado y dinámico, además de ampliar las posibilidades de elección para los consumidores.
- c. Entre los aspectos negativos, destaca el olvido en la Estrategia de aspectos cruciales de la presente crisis: la regulación del sistema financiero debido a su riesgo sistémico, el control de las burbujas especulativas y el consumismo inducido por el crédito.
- d. Del mismo modo, llama la atención el insuficiente reconocimiento en los albores de la crisis de la interdependencia en una economía estrechamente integrada, especialmente en la eurozona.
- e. Finalmente, cabe destacar el escaso vínculo de la Estrategia de Lisboa con otros instrumentos e iniciativas sectoriales de la UE, entre los que destacan el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, la Estrategia de Desarrollo Sostenible o la Agenda Social, a los que nosotros añadimos la política de competencia. Sin duda, si estas medidas hubiesen actuado de forma complementaria en lugar de paralela, se hubiese potenciado la eficacia de los mismos.

Más allá de los aspectos e indicadores señalados, y analizando la actual situación económica de los Estados miembros del sur, no parece que actualmente estemos ante la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo. Antes al contrario, la reciente crisis

económico-financiera ha puesto de manifiesto las tremendas debilidades de la economía europea, hasta el punto de que se ha llegado a cuestionar el propio proyecto europeo. A continuación vamos a analizar las principales consecuencias de la crisis y sus implicaciones para la política de competencia; el epígrafe concluye con unas reflexiones en torno a la nueva estrategia de la comunidad, Europa 2020.

5.2. La crisis financiera y la política de competencia en la UE

La actual crisis económica tiene un origen financiero. Lo que empezó siendo una crisis de hipotecas *subprime* a mediados de 2007 acabó con la caída de Lehman Brothers, uno de los mayores bancos de inversión de EEUU y por ende del mundo, en septiembre de 2008. El desplome del precio de las viviendas en EEUU y los valores que respaldaban hipotecas impagables empezaban a recordar a los trágicos sucesos acaecidos en 1929. El efecto contagio no se hizo esperar y, en pocos meses, el mundo occidental experimentó un declive que aún hoy se sigue pronunciando.

Es fácil explicar la sucesión de acontecimientos: mientras que los precios de las viviendas caían drásticamente, los impagos de las hipotecas de alto riesgo –*subprime*– se extendieron sin freno, provocando el desplome de los valores financieros que respaldaban tales hipotecas. Los bancos y otras instituciones financieras sufrieron grandes pérdidas que se agudizaron por la incertidumbre generada por la complejidad que caracteriza a los actuales activos financieros. Al derrumbe de muchos bancos e instituciones financieras hay que añadir el pánico en el mercado de préstamos interbancario (Philippon, 2008).

Los efectos de este drama económico en la economía real no se hicieron esperar. Los consumidores redujeron su gasto debido tanto a las nefastas previsiones económicas como a la escalada de las tasas de desempleo. El desplome de la demanda llevó a un grave descenso de los intercambios en el comercio internacional, de modo que la mayoría de las grandes economías entrasen en recesión en 2009. De este modo, el deterioro de la economía real empezó una escalada que se trasladó a los balances de los bancos, alimentando un círculo vicioso que solo puede ser reconducido con adecuadas políticas monetarias, fiscales y estructurales (Mateus, 2009). El *laissez-faire* que reinaba en los mercados financieros nos enseñaba una lección que tardaremos en olvidar.

Ante las características y la magnitud de la crisis, la respuesta de las autoridades europeas consistió, en un primer momento, en permitir la intervención de los Estados para evitar el colapso del sistema financiero, relajando la política de ayudas de Estado. El objetivo era garantizar los depósitos de los ciudadanos e impedir que se congelase el acceso al crédito. Además, la caída de grandes bancos amenazaba con arrastrar a todo el sistema, debido al riesgo sistémico de tan particular mercado. A esto hay que añadir otro fallo del mercado: la información asimétrica que caracteriza a los mercados financieros y que provoca que ni los propios bancos sean conscientes del valor real de sus activos.

Así, el Consejo ECONFIN, de 7 de octubre de 2008, adoptó una serie de principios comunes que debían guiar las medidas encaminadas a la recuperación de la economía europea:

- ***Las intervenciones deben ser oportunas y el apoyo prestado debe, en principio, ser temporal.***
- *Nos mantendremos atentos a los intereses de los contribuyentes.*
- *Los accionistas existentes deberán asumir las consecuencias normales de la intervención.*
- *Los Gobiernos deberán tener capacidad para introducir cambios en la gestión.*
- *Los directivos no deberán obtener beneficios indebidos y los Gobiernos podrán estar facultados, por ejemplo, para intervenir en las remuneraciones.*
- ***Deben protegerse los intereses legítimos de los competidores, especialmente mediante normas sobre ayudas públicas.***
- *Deberán evitarse los efectos expansivos negativos.*

Entre tales principios hemos remarcado aquéllos relacionados con la política de competencia, que se encuentra claramente condicionada por el ciclo económico. Antes de abordar las medidas concretas emprendidas por las autoridades europeas creemos conveniente hacer una digresión para reflexionar brevemente en torno al debate sobre la aplicabilidad de la política *antitrust* durante las crisis económicas.

5.2.1. Política de competencia en tiempos de crisis

Más allá de las dificultades económicas que implican, las crisis suponen cambios que deben ser aprovechados para mejorar el sistema económico. Como Schumpeter apuntaba, el proceso de “destrucción creativa” que caracteriza al capitalismo se acentúa con el ciclo económico negativo. Éste ha de ser aprovechado para sustituir las industrias obsoletas por otras más eficientes y adecuadas a los cambios en la demanda, además de dar lugar a un nuevo orden institucional.

En tal proceso, la política de competencia ha de jugar un rol protagonista, limitando las medidas orientadas al apoyo de empresas ineficientes y caducas. Por tanto, y como afirma Berenguer (2010), *en tiempos de crisis no debe cederse en la aplicación de los mecanismos legales que tienen por objeto la defensa y salvaguarda de la libre competencia*”.

En estos tiempos de dificultades económicas no son pocos los que abogan por el fomento de operadores económicos nacionales, los llamados “campeones nacionales”; por la relajación de las normas que regulan el intervencionismo del Estado mediante ayudas, como veremos en el siguiente epígrafe dedicado a la reacción de las autoridades europeas frente a la crisis; o, incluso, por aplicar de un modo más laxo las normas que ordenan el mercado (Berenguer, 2010).

Sin embargo, la mayor contribución que la política de competencia puede hacer a la economía es conservar su rigor –salvo casos extremos como es el riesgo sistémico bancario- para que se produzca el necesario ajuste. Como señala Niminet (2009)¹⁰⁹ haciendo alusión a la Gran Depresión 1929-33, *“el debilitamiento de las leyes de competencia como instrumento para combatir las dificultades económicas puede tener el efecto contrario, prolongando la duración de la crisis”*.

La coyuntura económica negativa supone un caldo de cultivo para la configuración del llamado “cártel de crisis”. El término "cártel de crisis" se utiliza de dos maneras distintas en la literatura económica. En primer lugar, se puede hacer referencia a un cartel que se formó durante una grave crisis sectorial, o con motivo de una crisis de la economía nacional o

¹⁰⁹ Citado en Czékus (2012)

mundial sin permiso del Estado. Un segundo uso del "cártel de crisis" se refiere a situaciones en las que un gobierno ha permitido, o incluso fomentado, la formación de un cártel entre las empresas durante graves crisis económicas sectoriales, nacionales o mundiales, o cuando la ley nacional de competencia permite la creación de los carteles durante la propia crisis (Vitzilaiou, 2011).

Ya hemos visto cómo el cártel reduce la producción en aras de aumentar el precio y apropiarse de parte del excedente del consumidor, además de frenar el desarrollo tecnológico. En tiempos de crisis, las empresas encuentran más incentivos para coludir, pues la caída de la demanda y la incertidumbre provocan que deban reajustar sus estructuras productivas.

Los defensores de esta estrategia aluden a los siguientes motivos (Kokkoris y Olivares-Caminal, 2010: 261): en primer lugar, el cártel evitaría que una competencia excesivamente feroz acabase con las empresas más pequeñas. Tal intensidad en la competencia induciría a las empresas a vender por debajo del coste medio, lo que provocaría la salida del mercado de las empresas más débiles y aumentaría el poder de las más solventes. Esto limitaría las posibilidades de elección de los consumidores e induciría al desempleo. Además, a través de la colusión se reduce la incertidumbre con respecto al precio del producto. En tercer lugar, el cártel minimizaría los excesos de capacidad productiva durante la crisis, evitando la correspondiente pérdida de eficiencia. Finalmente, el cártel permitiría que se acometiesen inversiones en actividades tales como la I+D producto de la cooperación entre las empresas.

No obstante, desde la Comisión (al igual que desde otras autoridades de competencia del resto del mundo) se apunta al mantenimiento de la competencia efectiva como el mejor medio para iniciar la senda de la recuperación. Así lo declaran los distintos documentos publicados desde el estallido de la crisis. Neelie Kroes, Comisaria Europea de competencia, lo expresaba en 2009 en los siguientes términos:

Puede haber muchas tentaciones en 2009 para tomar atajos, pero alentar la creación de cárteles sería una garantía de desastre. Se lastraría la recuperación, aumentando el perjuicio a los consumidores y creando más

*cartel y asuntos relacionados con estos acuerdos en el futuro. Nadie gana. La suavidad de hoy se convertiría en la pesadilla del mañana*¹¹⁰.

Habiendo apuntado la postura declarada por la Comisión sobre la idoneidad de seguir aplicando de un modo riguroso la política de competencia en tiempos de crisis estamos en condiciones de abordar las medidas emprendidas por las autoridades europeas para contrarrestar los efectos de la crisis financiera.

5.2.2. La reacción de la UE ante la crisis

Inmersa en la mayor crisis de su corta historia, el mayor desafío para la política de competencia de la UE consistía (o consiste) en asegurar y aplicar las normas comunes que conforman dicha política comunitaria. El problema era que había que tomar una serie de medidas nacionales con carácter urgente –y *ad hoc*– para abordar las dificultades derivadas de la crisis (Cejnar, 2011)¹¹¹.

Así, sin dejar de lado los principios rectores de la competencia, la gravedad de la crisis económica empujó a la Comisión a tomar una serie de medidas excepcionales y con carácter temporal. Entre éstas, destaca la autorización de ayudas destinadas a corregir la “grave perturbación de la economía” de los Estados miembros (Artículo 107.3 (b) de TFUE)¹¹².

Es digna de mención la preocupación de las autoridades europeas por limitar el volumen de subsidios nacionales con vistas a no distorsionar el proceso competitivo, mantener la seguridad jurídica y no discriminar a las empresas en la gestión de la crisis. Por tanto, la política de competencia de este período puede ser considerada a partir de dos aspectos (Czékus, 2012): por un lado, debe eliminar los elementos anticompetitivos de las prácticas empresariales, mientras que, por otro, tiene la misión de ayudar a los Estados miembros adoptando medidas apropiadas y excepcionales para superar la crisis económica.

¹¹⁰ Discurso 09/454 con fecha de 08/10/2009, “Tackling cartels – a never-ending task”, disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/454&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>. Página consultada 21.12.2012.

¹¹¹ Citado en Czékus, 2012.

¹¹² Consultar epígrafe 3.3. el presente capítulo.

La primera respuesta de la Comisión consistió en establecer un marco general, dibujado por una serie de comunicaciones, sobre el que se negociaron los planes de intervención de los Estados miembros con el fin de asegurar que no hubiese distorsiones en el funcionamiento del mercado interior europeo (Bourgeix, 2010).

Así, la Comisión dio luz verde a la intervención de los Estados miembros para socorrer a los bancos al amparo el artículo 107.3 (b) del TFUE. Del mismo modo, se recurrió a las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis¹¹³.

Una fase ulterior se fundamentó en la reacción a las medidas adoptadas por los Estados miembros para abordar el efecto contagio derivado de la quiebra de *Lehman Brothers*. La estrategia consistió en el fomento las ayudas estatales a bancos e instituciones financieras al objeto de asegurar la estabilidad financiera y proteger a los depositarios (Bourgeix, 2010).

Entre todos los documentos publicados por la Comisión para tal cometido, Nicolaides y Rusu (2010) destacan los siguientes¹¹⁴:

- 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 mundial¹¹⁵ (Comunicación bancaria).
- Comunicación de la Comisión 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 competencia¹¹⁶ (Comunicación de recapitalización).
- Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de enero de 2012, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera¹¹⁷.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ A las que nosotros hemos añadido las actualizaciones de las mismas

¹¹⁵ Comisión Europea, 2008c.

¹¹⁶ Comisión Europea, 2009c

¹¹⁷ Comisión Europea, 2011a.

- Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario¹¹⁸ (Comunicación de activos deteriorados).
- Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales¹¹⁹ (Comunicación de reestructuración).

La comunicación bancaria establece el marco general para las ayudas a las instituciones financieras, mientras que el resto ofrecen orientaciones más detalladas sobre los principios establecidos en la primera, desarrollando cada una guías específicas según el tipo de medida.

La base legal utilizada por la Comisión para autorizar las ayudas ha sido el artículo 107.3 (b) del TFUE., justificada por la grave perturbación de la economía en un Estado miembro¹²⁰. Ante tal situación, y bajo la condición de que se genere un riesgo comparable al que afecta al sector bancario, el régimen de exención puede hacerse extensivo para abarcar otros sectores económicos (Bourgeix, 2010).

Son dignas de mención las principales restricciones impuestas por la Comisión para el uso de la excepción contenida en el artículo 107.3 (b): con respecto al marco temporal, el tiempo máximo de duración de la ayuda normalmente se limita a seis meses¹²¹; pero además, la empresa en cuestión debe presentar un plan de reestructuración que demuestre su viabilidad en el medio/largo plazo. La concesión de esta ayuda excepcional solo está justificada por la situación de crisis, y en ningún caso se debe hacer uso de ella para mantener a empresas ineficientes.

En concreto, la Comisión (2009e: 1) establece que *“los Estados miembros deberán demostrar que las medidas de ayuda estatal notificadas a la Comisión con arreglo al presente Marco resultan necesarias,*

¹¹⁸ Comisión Europea, 2009i.

¹¹⁹ Comisión Europea, 2009h.

¹²⁰ Antes de la crisis, tan sólo en una ocasión se había hecho uso de la excepción contenida en este artículo; fue usada por Grecia a finales de la década de 1980. Para más detalles, consultar la Decisión 88/167/CEE de la Comisión de 7.10.1987.

¹²¹ Tal y como detallan las Directrices de Salvamento y Reestructuración de las empresas en crisis.

adecuadas y proporcionales para solucionar una grave perturbación en la economía de un Estado miembro y que se respetan plenamente todas las condiciones”.

Debido a que nos encontramos aun inmersos en la vorágine de la crisis económica, es difícil, así como poco riguroso extraer conclusiones de las medidas emprendidas por la Comisión para paliar los efectos de la crisis. Los Estados miembros se han visto obligados a realizar grandes desembolsos para paliar la caída de la demanda, lo que ha supuesto un grave deterioro de las arcas públicas. La crisis financiera ha dado paso a la crisis de la deuda soberana, y están por ver las soluciones que las autoridades europeas proponen para tan delicado asunto.

A pesar de todo, debemos volver a subrayar la voluntad de la DGC de aplicar vehementemente las normas de competencia bajo el convencimiento de que no hay mejor herramienta para fortalecer la economía. De hecho, y como veremos a continuación, la política de competencia juega un papel protagonista en la nueva estrategia que debe llevar a la UE a la senda de la recuperación: Europa 2020.

5.3. La política de competencia como herramienta clave en la Estrategia Europa 2020.

La Estrategia Europa 2020 se configura como la hoja de ruta que debe guiar a la economía de la UE en su salida de la crisis. Recuperar la senda del crecimiento económico y revertir el progresivo declive europeo con respecto a la economía mundial es una prioridad absoluta para las autoridades europeas. Esto debe reflejarse en la creación de empleo y en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos del Viejo Continente.

La UE se enfrenta al reto de la permanente mejora y adaptación del marco institucional de la política de competencia a la dinámica del mercado, y de la propia UE. En aras de tal objetivo emerge la nueva Estrategia Europa 2020, concebida como una Agenda para un “crecimiento sostenible, inteligente e integrador”. Estas tres características reflejan la preocupación de las autoridades europeas por un emprender una senda de crecimiento a partir del uso eficiente de los recursos, aprovechando la energía verde; un progreso económico basado en el conocimiento, la innovación y, en definitiva, en la explotación de

sectores con alto valor añadido; y, finalmente, un crecimiento que goce de altos niveles de cohesión social y territorial.

La consecución de la anhelada “patente de la Unión Europea” supondría un importante avance hacia la economía basada en el conocimiento a la que aspira la UE. Sin embargo, y sorprendentemente, el documento “Estrategia Europa 2020” no contiene más que un escueto párrafo¹²² sobre el particular (Llagas, 2012).

Para la consecución de un desempeño económico de las características descritas, la Estrategia Europa 2020 recoge cinco objetivos prioritarios para el horizonte 2020:

- a. El 75% de la población de entre 20 y 64 años debería estar empleada.
- b. La inversión en I+D debe alcanzar el 3% del PIB nacional.
- c. Potenciar la eficiencia energética: debería alcanzarse el objetivo de reducir un 20% el consumo de energía primaria, reducción vinculante del 20% en emisión de gases de efecto invernadero, y presencia de un 20% de energías renovables.
- d. El porcentaje de abandono escolar debería ser inferior al 10%, y al menos el 40% de la generación más joven debería tener estudios superiores completos.
- e. El riesgo de pobreza debería amenazar a 20 millones de personas menos.

Las tres características fundamentales que deben estar presentes en el crecimiento económico europeo, junto con los cinco objetivos prioritarios recién enumerados, se sintetizan las siete iniciativas emblemáticas que deben guiar a los Estados miembros en sus Programas Nacionales de Reforma (PNR). Dentro de aquéllas, la política de competencia en se incluye de un modo directo en la iniciativa titulada: “Una política industrial para la era de la mundialización”. También es digna de destacar la idoneidad de la política de

¹²² *La Comisión trabajará con el fin de: Mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas (crear la “Patente Comunitaria” única a y un tribunal especializado en patentes, modernizar el marco de derechos de autor y marcas, mejorar el acceso de las PYME a la protección de la propiedad intelectual, acelerar la adaptación de normas sobre interoperabilidad, mejorar el acceso a capital y hacer un uso pleno de las políticas de demanda, por ejemplo a través de la contratación pública y de una normativa inteligente* (Comisión Europea, 2010b).

competencia para perseguir las metas de otras dos iniciativas: la “Unión por la innovación” y “Una agenda digital para Europa”¹²³.

La Comisión subraya la necesidad de elaborar un marco para una política industrial moderna que fomente el espíritu empresarial, promueva la competitividad en las industrias primarias, manufactureras y de servicios de Europa, así como ayudarlas a aprovechar las oportunidades de la mundialización y de la economía verde. En este sentido, hemos de concebir la política industrial desde una perspectiva distinta a la que se venía haciendo uso. Tradicionalmente, por política industrial se entendía la selección de sectores clave que potenciar por medio de su aislamiento de las fuerzas del mercado, con la subsecuente creación de campeones nacionales por medio con cargo a fondos públicos. En contraste, la política industrial “en la era de la mundialización” vendría caracterizada por la creación de las mejores condiciones posibles para el desempeño de la actividad económica, centrándose en los motores del crecimiento y la competitividad (Italianer, 2010). Es evidente el protagonismo que reviste la política de competencia en esta nueva concepción de política industrial.

La Comisión (2010e: 11) subraya que *“las normas de competencia establecen marcos específicos para respaldar la competitividad de la industria europea y la transición hacia una industria con un aprovechamiento de los recursos más eficiente (...) Además, la ejecución de la política de competencia es un instrumento importante para proteger a las empresas europeas de prácticas nocivas contra la competitividad, tales como el reparto de cuotas de mercado, la acumulación y retención de capacidades o la obstaculización de actividades transfronterizas, que conllevan un aumento de los precios. Esto se aplica especialmente a los mercados de insumos, como los servicios vinculados a la industria que son importantes para la competitividad en los costes de las industrias europeas”*.

Igualmente, al fomentar la competitividad y la innovación, la política de competencia constituye un instrumento fundamental para el posicionamiento de las empresas europeas en los mercados globales. En concreto, el control de fusiones y adquisiciones permite la reestructuración de las empresas para afrontar con garantías los retos que supone la

¹²³ Las cuatro iniciativas restantes son “Juventud en movimiento”, “Una Europa que utilice eficazmente los recursos”, “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” y “Plataforma europea contra la pobreza”.

competencia mundial al tiempo que hace partícipes a los consumidores de los beneficios de la competitividad perseguida (Comisión Europea, 2010e: 11).

Por tanto, la Comisión trabajará con el fin de desarrollar un enfoque horizontal de la política industrial que combine diferentes instrumentos políticos, como la regulación “inteligente”, o las **normas sobre competencia**. Del mismo modo, la Comisión subraya los retos consistentes en mejorar el entorno empresarial e impulsar la internacionalización de las PYMES (Comisión Europea, 2010b).

Un elemento clave para impulsar la competitividad es el coste que las empresas europeas han de soportar por el uso la energía y las TICs; y la Estrategia Europa 2020 otorga gran importancia a ambas ramas. Los diferenciales en el precio de la energía y las telecomunicaciones en Europa con respecto a sus competidores (especialmente, EEUU, Canadá y Japón) no ayudan a impulsar la competitividad empresarial. En este sentido, la política de competencia ayuda a avanzar en la liberalización de ambos sectores al tiempo que persigue los comportamientos anticompetitivos que mantienen los precios de ambos recursos artificialmente altos.

Del mismo modo, la Estrategia Europa 2020 clama por una mejor regulación en el asunto de la propiedad intelectual. Teóricamente, las patentes deben favorecer la innovación; sin embargo, en muchas ocasiones se usan para bloquear el acceso de la competencia a los resultados de la investigación¹²⁴. Por tanto, desde la Comisión Europea se apuesta por la configuración de la ansiada patente en la UE, así como de un sistema de litigios sobre las propias patentes. (González Vázquez, 2012).

En este sentido, en el apartado titulado “Un Mercado Único para el siglo XXI” de la Agenda se afirma la importancia de la política de competencia para garantizar un Mercado Único abierto y dinámico,

“preservando la igualdad de oportunidades para las empresas y combatiendo el proteccionismo nacional (...). La política de competencia garantiza que los mercados faciliten el entorno adecuado para la

¹²⁴ Por ejemplo, para diseñar un Smartphone hacen falta cientos de patentes (compatibilidad para intercambiar información), lo que hace que los dueños de las patentes tengan un inmenso poder de mercado.

innovación, por ejemplo garantizando el respeto de las patentes y los derechos de propiedad. Impedir el abuso de mercado y los acuerdos entre empresas que atenten contra la competencia ofrece confianza para invertir en innovación. La política de ayudas estatales también puede contribuir activa y positivamente a los objetivos de Europa 2020 impulsando y apoyando iniciativas para unas tecnologías más innovadoras, eficientes y verdes, pero al mismo tiempo facilitando el acceso de las inversiones al apoyo público, el capital de riesgo y a la financiación para investigación y desarrollo” (Comisión Europea, 2010b).

De este modo se vuelve a remarcar la importancia de la política de competencia como una herramienta que impulse la innovación al tiempo que consolida el Mercado Único. El nuevo escenario europeo, con la adhesión de doce nuevos miembros, supone un gran reto para la política de competencia comunitaria; más aún si consideramos que algunos Estados de nuevo ingreso carecen de tradición en la economía de mercado debido a su pasado reciente, en el que confiaron en la planificación centralizada de su economía. En este sentido, es necesario que la DGC trabaje intensamente al objeto de acelerar el proceso y establecer una cultura de competencia en dichos países de Europa Oriental. Consecuentemente, las actividades de asistencia y asesoramiento por parte de las autoridades de competencia con más experiencia pasan a ser uno de los pilares de la política de competencia europea en el ámbito de la cooperación para la defensa de la competencia.

Una de las novedades más interesantes de la Estrategia Europa 2020 reside en los mecanismos de gobernanza. Ya hemos comentado que uno de los errores de la prescrita Estrategia de Lisboa es que se centraba en áreas sobre las que las autoridades de la UE no tenían competencias. Su éxito, por tanto, dependía en buena medida de la voluntad política de los Estados miembros. En cambio, en esta nueva Estrategia Europa 2020 se han diseñado mecanismos que aseguren que los países que conforman la UE adoptan las medidas recomendadas desde un nivel superior. Vamos a comentar someramente las aristas fundamentales de este nuevo sistema de gobernanza.

La Estrategia Europa 2020 plantea un proceso de gestión continua como núcleo fundamental de coordinación de política económica. Nuevamente, corresponde a los propios Estados miembros presentar las medidas de política económica con las que pretenden aumentar su crecimiento potencial; tales medidas, condicionadas por los cinco

objetivos prioritarios de la Agenda, vendrán recogidas en los PNR que se presentan cada año en el mes de abril. Las reformas nacionales se complementan con medidas adoptadas a nivel europeo, cuyo marco lo establecen las siete iniciativas emblemáticas. El Consejo es el responsable de dirigir la estrategia, definiendo directrices políticas y evaluando el progreso general una vez al año; de este modo, los programas de reforma y su evolución son discutidos y revisados por los órganos competentes del Consejo. Por su parte, la Comisión¹²⁵ revisa el progreso general, prepara la Encuesta Anual sobre el Crecimiento y publica recomendaciones específicas para cada estado en los denominados “Informes (Auböck et al., 2011).

Por otro lado, la introducción del Semestre Europeo en enero de 2011 establece un ciclo anual de coordinación de las políticas nacionales, relacionándolas con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. De este modo, las prioridades de política económica serán definidas por la Comisión basándose en la Encuesta Anual sobre el Crecimiento a finales de cada año; el objetivo es que la dimensión europea se tome en consideración en la negociación anual de los presupuestos nacionales de cada Estado miembro, así como asegurar la consistencia de las medidas con los objetivos establecidos en Europa 2020 (Auböck et al., 2011).

Posteriormente, en marzo, el Consejo presenta recomendaciones sobre los aspectos macroeconómicos y sobre las cuestiones relativas a las reformas estructurales. Un mes más tarde, los Estados miembros presentan sus PNR¹²⁶ que deben estar orientados a la consecución de los objetivos Establecidos en la Estrategia Europa 2020. A partir de mayo, la Comisión evalúa estos programas formula, en caso de que fuese necesario, recomendaciones específicas para cada país. Finalmente, entre junio y julio, el Consejo adopta finalmente las recomendaciones para cada país. Si los Estados miembros ignoran las recomendaciones y no toman medidas en el plazo establecido, pueden recibir advertencias

¹²⁵ Otras instituciones que participan en el proceso son, por un lado, el Parlamento Europeo, que ya se encargaba de la adopción del paquete legislativo y ahora puede presentar una evaluación de la Estrategia Europa 2020 bajo la forma de resolución anual; y, por otro, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones se encargan de involucrar a las administraciones regionales y locales, así como a la sociedad civil.

¹²⁶ además de sus planes nacionales para conseguir unas finanzas públicas saneadas (Pacto de Estabilidad y Convergencia)

que se pueden convertir en sanciones en caso de desequilibrios macroeconómicos y presupuestos excesivos¹²⁷.

Como broche final al epígrafe y, por ende al presente capítulo, vamos a comentar la visión de la Comisión acerca de cómo la política de competencia contribuye en la práctica a la consecución de las metas que la Estrategia Europa 2020 establece¹²⁸. Éstas vienen recogidas en el “Informe sobre Política de Competencia de 2011”. Tales medidas se clasifican según el área de la política de competencia al que pertenezcan, para finalmente quedar subsumidas en las distintas iniciativas propuestas en la Agenda:

➤ *Antitrust y cárteles*

I. Asunto *antitrust* Empresa Polaca de Telecomunicaciones. El 22 de julio de 2011, la Comisión impuso una multa de 127 millones de euros a la empresa *Telekomunikacja Polska S.A* por abuso de posición de dominio. El argumento subyacente es fomentar una mayor competitividad en el mercado de banda ancha. Por tanto, se incluye en la iniciativa emblemática “Una agenda digital para Europa”.

II. Cártel de compresores de refrigeración¹²⁹. El 7 de diciembre de 2011, la Comisión sancionó a las empresas *ACC, Danfoss, Embraco, Panasonic* y *Tecumseh* debido a una infracción única y continuada del artículo 101 del Tratado y del artículo 53 del Acuerdo EEE, relativa a la producción y venta de compresores domésticos y comerciales. Esta restricción a la competencia tenía como consecuencia, clásica del cártel, un incremento de precios a la industria y al consumo. El desmantelamiento del citado cártel se identifica con la iniciativa emblemática “Una política industrial para la era de la mundialización”.

¹²⁷ Par una descripción más detallada acerca del funcionamiento del Semestre Europeo, ver http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/index_es.htm, página consultada el 21.01.2012.

¹²⁸ Sería excesivo y fuera de lugar incluir todas las medidas de política de competencia que contribuyen a los objetivos marcados por la Estrategia Europa 2020, por lo que solo se comentarán algunas de ellas a modo de ejemplo.

¹²⁹ Asunto COMP/39.600; Compresores de refrigeración.

➤ Control de concentraciones

I. Fusión *Deutsche Boerse/NYSE*. En este caso, la decisión de la Comisión de frenar dicha fusión entre operadores bursátiles descansa sobre el hecho de que, en caso de consumarse la operación, se produciría un cuasi-monopolio en el mercado europeo de derivados financieros negociados en bolsas globales. Más que con una iniciativa emblemática, esta decisión está encaminada a la consecución de un mercado de servicios financieros más competitivo y transparente, clave para que no se repitan sucesos como los de la pasada crisis financiera.

II. Fusión *Intel/McAfee*¹³⁰. La Comisión permitió, el pasado 26 de enero de 2011, la fusión entre el fabricante líder en CPUs, *Intel*, con *McAfee*, empresa de diseño y desarrollo de productos y servicios relacionados con la seguridad de los soportes. En este caso se buscaba garantizar la interoperabilidad y permitir la innovación continua a todos los actores del mercado. La decisión se identifica con la iniciativa “Unión para la innovación”.

➤ Ayudas estatales

I. “Directrices de ayuda estatal para banda ancha para facilitar su implantación universal”. Esta herramienta forma parte del Plan Europeo de Recuperación Económica. El objetivo del Plan es impulsar la inversión de la UE en sectores estratégicos definidos, tales como la banda ancha, que puedan contribuir a apoyar a la economía a corto plazo y crear a largo plazo infraestructuras esenciales para el crecimiento económico sostenible (Comisión Europea, 2009f: 1). Estas directrices quedan incluidas en la iniciativa “Una agenda digital para Europa”.

II. Régimen de ayudas a las PYMES¹³¹. El programa de ayudas a las PYMES se materializa a través de distintos cauces, tales como las subvenciones, préstamos, e incluso garantías. Lógicamente, este ámbito se corresponde con la iniciativa: “Una política industrial para la era de la mundialización”.

¹³⁰ Asunto COMP/M. 5984; INTEL / MCAFEE.

¹³¹ Las ayudas orientadas a la financiación PYMES forman parte del régimen de ayudas horizontales; epígrafe 3.3.2.

Como conclusión final, podemos afirmar que la nueva Estrategia Europa 2020 constituye una prolongación de la anterior que mantiene algunos errores y problemas heredados de la Estrategia de Lisboa, si bien mejora el marco de gobernanza que debe empujar a los Estados miembros a adoptar decisiones en consonancia con las prioridades establecidas a nivel europeo.

Es preocupante que la nueva Estrategia carezca, como su predecesora, de una estrategia comercial (Erixon, 2010). Del mismo modo, se echa en falta un análisis crítico acerca de por qué no se alcanzaron los objetivos fijados en Lisboa, una reflexión acerca de las carencias y lagunas que abocaron al fracaso a la Agenda de Lisboa. Esta frustración, a la vista de los dos primeros años de vigencia de la Estrategia Europa 2020, no sería extraño que volviera a repetirse con mayor intensidad si cabe.

RESUMEN- CONCLUSIONES

Coincidiendo con la ampliación de la UE en 2004 y 2007 hasta un total de 27 Estados miembros, la política de competencia de la Comunidad experimentó un impulso renovador en prácticamente todos sus ámbitos. La reforma vino motivada, además de por la mencionada incorporación de nuevos países a la UE, por la necesidad de adaptar la política *antitrust* a la nueva realidad económica, donde las tecnologías de la información y la comunicación juegan un papel clave también en el campo de las prácticas empresariales anticompetitivas. Estas herramientas, junto con el continuo proceso de mundialización que estamos viviendo, potencian los incentivos de las empresas para cooperar en lugar de competir, suponiendo un auténtico reto para las autoridades de competencia nacionales y europeas.

➤ Precisamente el ámbito de los **acuerdos anticompetitivos** –cártel y abuso de posiciones de dominio- ha sido una de las áreas que han sufrido una modificación más profunda y sustancial. La Comisión encontraba dificultades a la hora de abordar los cárteles más problemáticos debido a la ingente cantidad de acuerdos (notificaciones) que debía supervisar, pues carecía de los recursos necesarios para realizar tal tarea. Así, una de las principales novedades en este campo ha sido la liberación de recursos a través de la “descentralización” en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

Con el objetivo de dedicarse a los grandes cárteles, el nuevo marco –establecido por el Reglamento 1/2003- se caracteriza por que, tanto las ANCs como la Comisión Europea, se encargan de aplicar las leyes de competencia en de la UE, así como en un mayor control a posteriori de los acuerdos. Esto supone un cambio desde el tradicional sistema de notificación hacia un sistema de exención legal basado en la aplicación descentralizada de las normas de competencia de la UE.

Esta descentralización exige una mayor cooperación entre las ANCs y la Comisión, facultad que encarna la Red Europea de Competencia. Este nuevo marco constituye la base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa, así como para la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del TFUE.

La otra gran iniciativa de la Comisión para reducir la carga administrativa ha sido la adopción de varios Reglamentos de exención por categorías. No sólo los acuerdos *de minimis*, sino también, ciertos acuerdos verticales, de especialización y otros se han beneficiado de la excepción por categorías.

Otra novedad en el control de acuerdos colusorios es la política de clemencia que se viene aplicando desde 1996. Tomando como referencia el modelo norteamericano, la aplicación de esta política está arrojando esperanzadores resultados que, por otro lado, denotan las dificultades de las autoridades en la detección de los acuerdos anticompetitivos.

También es digno de mención el cambio de orientación de la política de competencia hacia un enfoque más económico en su aplicación. Bajo este nuevo paradigma, el bienestar del consumidor se erige como el nuevo punto de referencia. No se trata de aplicar la normativa al pie de la letra, sino de analizar caso por caso, evaluando los efectos que las prácticas empresariales arrojan sobre la competencia y los consumidores.

➤ El **control de concentraciones** es el segundo gran pilar de la defensa de la competencia en la UE. Mediante esta herramienta, la Comisión y las ACNs controlan la estructura de los mercados, procurando que el resultado de los mismos se aproxime al de los mercados competitivos. La reforma en este ámbito gira en torno al Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de concentraciones. Éste constituye un instrumento jurídico específico para el control efectivo de todas las concentraciones, y tiene como fin determinar su compatibilidad con el mercado interior por medio de la evaluación de su efecto sobre la estructura de la competencia efectiva en la Comunidad.

Los cambios introducidos por este Reglamento abarcan desde la propia organización interna de la DGC para el control de concentraciones hasta los aspectos jurisdiccionales, pasando por las cuestiones sustantivas y procesales. Con respecto al ámbito de aplicación, tan solo las concentraciones “de dimensión comunitaria” serán objeto de control por parte de la Comisión. Sin embargo, el sistema se mantiene flexible, permitiendo que la Comisión evalúe incluso las concentraciones que no entren en esta categoría siempre y cuando los Estados miembros afectados lo consideren oportuno.

Con respecto a los aspectos sustantivos, es digno de mención el cambio que ha supuesto pasar de un criterio estructuralista -el llamado “test de dominancia”- a un nuevo enfoque: la obstaculización significativa de la competencia efectiva. Bajo el nuevo criterio, a la hora de abordar una operación de concentración, ya no es condición necesaria que dicha operación cree o refuerce una posición de dominancia para ser declarada incompatible con el mercado común.

Entre las novedades más significativas y reseñables desde la perspectiva de este trabajo destaca el nuevo sistema de remisión de notificaciones ante operaciones de concentración que afectan a más de una jurisdicción. Se termina así con los costes que suponía para las empresas que pretendían fusionarse la obligación de notificar en varias jurisdicciones la operación en cuestión. Además del mencionado ahorro de costes, el nuevo sistema pretende lograr una mejor asignación de los casos, así como reforzar el principio de autoridad única.

Hemos visto que mediante los artículos 101 y 102 del TFUE, la Comisión disciplina el comportamiento de las empresas, evitando que se sigan prácticas anticompetitivas tales como la colusión y el abuso de posiciones de dominio. En segundo lugar, el control de la estructura de los mercados se hace efectivo a través del Reglamento 139/2004 de control de concentraciones. El tercer y último pilar de la política de competencia comunitaria está orientado al comportamiento de los poderes públicos: el control de ayudas estatales y la liberalización de sectores estratégicos.

➤ El control de **ayudas de Estado** constituye una particularidad del sistema de defensa de la competencia de la UE en relación con otros regímenes de competencia. Esto se debe a su naturaleza supranacional. Por otro lado, en control de ayudas de Estado ha sido, sin lugar a dudas, el campo en el que se han producido las más profundas y recientes modificaciones con motivo de la crisis financiera.

Esta área ha ido ganando en importancia con el desarrollo de la UE. Durante los primeros años del Proyecto europeo, las economías de los Estados miembros se caracterizaban por las intervenciones masivas del Estado en determinados sectores económicos. Esto impedía que las empresas pudiesen competir en condiciones de igualdad. Si bien el control de estas

ayudas ocupó un lugar residual en la agenda de la política de competencia comunitaria, en la actualidad constituye un prolijo pilar que se considera fundamental para mantener la integridad del mercado interior.

Por ayuda de Estado se entiende cualquier ventaja o beneficio económico otorgado o financiado por parte del Estado –excluyendo las ayudas comunitarias- de un modo selectivo a empresas o producciones concretas. Tales iniciativas serán declaradas incompatibles con el mercado interior en la medida en que afecten al comercio entre los Estados miembros y falseen o amenacen con falsear la libre competencia.

La Comisión reconoce que, bajo determinadas circunstancias, las subvenciones son necesarias para el buen funcionamiento de la economía y para el desarrollo económico en general. Por ello se reconocen una serie de excepciones al principio general de prohibición. La normativa distingue entre las ayudas compatibles de pleno derecho con el mercado interior, por un lado, y las ayudas compatibilizables, por otro.

Así, la Comisión deja abierta la posibilidad de que se emprendan determinadas ayudas – como a la investigación y desarrollo, a la conservación del patrimonio cultural o a la protección del medio ambiente- por considerar que el beneficio que de éstas se desprende supera la distorsión de la competencia producida en los mercados afectados.

Del mismo modo, y con motivo de la crisis económico- financiera de 2008, la Comisión se ha visto obligada a flexibilizar el régimen de ayudas compatibles con el mercado interior. La difícil situación por la que atraviesa el sector financiero ha provocado que se recurra a las excepciones comentadas. En concreto, la base jurídica que ha posibilitado la adopción de medidas destinadas a paliar los efectos de la crisis la han proporcionado, fundamentalmente, el artículo 107.3 (b), que permite autorizar ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; y las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

Por tanto, la gravedad de la crisis ha condicionado la aplicación de la política de competencia de la UE en los últimos años. Pero además, ha puesto en entredicho los

avances en materia económica que se estaban produciendo bajo el prisma de la Estrategia de Lisboa. Hasta la eclosión de la crisis, los indicadores considerados marcaban una tendencia positiva, si bien se mantenían distanciados de los valores fijados por la Agenda.

PARTE III

POLÍTICA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL PARA UNA ECONOMÍA GLOBAL

CAPÍTULO VI

EL MARCO TEÓRICO E HISTÓRICO DE LA POLÍTICA INTERNACIONAL DE COMPETENCIA

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo vamos a tratar de establecer el marco teórico que envuelve la internacionalización de la política de competencia, hasta el momento confinada a las fronteras nacionales de los Estados o a uniones económicas supranacionales tales como la UE. Lo que se pretende es, por un lado, definir los principales elementos que engloban la política de competencia a nivel internacional. Entender su naturaleza y su problemática resulta fundamental para el cometido de este trabajo; por otro lado, vamos a abordar las tentativas pretéritas por establecer un marco multilateral para la defensa de la competencia.

A través del marco teórico, trataremos de poner de manifiesto la necesidad de internacionalizar la normativa de competencia. Para ello, analizamos exhaustivamente el actual sistema, si es que se le puede llamar así, que disciplina la competencia en los mercados internacionales. La progresiva liberalización que la economía mundial está experimentando en las últimas décadas¹ ha provocado que las interrelaciones entre las economías nacionales se agudicen hasta niveles nunca antes observados. Como muchos autores apuntan, la internacionalización de la actividad económica lleva irremediabilmente a la internacionalización de las prácticas empresariales restrictivas, lo que a su vez eleva la política de competencia al nivel internacional. Este proceso ha sido impulsado por la revolución de las tecnologías de la información y la comunicación, que ha disminuido drásticamente los costes y facilitado el intercambio de información a nivel internacional.

Uno de los motivos que despiertan el interés por la política de competencia internacional descansa sobre el comercio internacional. Con la liberalización del comercio internacional que se viene impulsando en las últimas décadas, existe el peligro de que las prácticas empresariales anticompetitivas lastren los beneficios que dicho proceso liberalizador debe traer consigo. Por ello, hemos creído conveniente incluir un epígrafe en el que se esbozan los principales vínculos que se han identificado entre el comercio y la política de competencia.

¹ Podemos medir el grado de globalización económica a partir de la IED, indicador de la participación de un país en la mundialización de la economía mundial (UNCTAD, 2005:3). Según datos de la UNCTAD, la producción mundial y el comercio se han triplicado, mientras que los flujos de IED se han multiplicado por 20 (Klodt, 2005).

Pero, si no existen normas internacionales de competencia, ¿cómo se abordan los problemas de competencia internacionales? Como veremos a lo largo del capítulo, se han desarrollado diversas fórmulas jurídicas que permiten la aplicación de la normativa nacional de competencia de un modo extraterritorial. Esta estrategia no está exenta de problemas, por lo que los países se han visto forzados a establecer distintos tipos de cooperación mediante acuerdos bilaterales para evitar conflictos. A partir de todos estos elementos, trataremos de reunir los argumentos que aconsejan por un lado, y disuaden, por otro, el establecimiento de un marco multilateral vinculante para la política de competencia.

La segunda parte del capítulo está dedicada a ofrecer una panorámica de los dos intentos anteriores (fallidos) que se realizaron para lidiar con las prácticas transnacionales anticompetitivas. El primero de ellos estuvo motivado por la oleada de cárteles internacionales que sacudió la economía mundial tras la primera guerra mundial. Estudiaremos cómo interpretaron los economistas y expertos de la época dicho fenómeno, así como las propuestas que desde la *League of Nations* (Sociedad de Naciones) se formularon.

En segundo lugar se encuentra la famosa Carta de La Habana. Tras la II Guerra Mundial, los países vencedores –y en especial EEUU– se propusieron configurar el nuevo marco institucional que guiaría a los países hacia la recuperación económica. Este nuevo orden institucional se plasmó en los acuerdos de *Bretton Woods* que, entre otros elementos, contenían la Carta de La Habana. Este proyecto –pues nunca llegó a ser ratificado– contemplaba la constitución de una institución específica para ordenar el comercio mundial: La Organización Internacional del Comercio (OIT). El Capítulo V de la Carta, titulado “Prácticas Comerciales Restrictivas” sorprende por la modernidad que envuelve a las disposiciones de política de competencia contenidas.

Ambas iniciativas revisten de un especial interés en estos años, donde la necesidad de suscribir un acuerdo multilateral para la política de competencia ha reaparecido a partir de los cambios que la economía mundial está experimentando en las últimas décadas tras la desintegración del bloque socialista y la correspondiente integración mundial de los mercados nacionales. La comprensión de las causas que motivaron tales intentos, así como

las razones de su ulterior fracaso, deben arrojar algo de luz en el complejo asunto de la internacionalización de la política de competencia.

1. Política de Competencia Internacional. Conceptos, ideas y actores

El análisis debe comenzar, irremediablemente, estableciendo un marco teórico que sirva de referencia. La política de competencia internacional engloba a un conjunto de conceptos, fórmulas jurídicas y actores que difieren de los esbozados en los capítulos precedentes.

En primer lugar, es necesario acotar el término “internacionalización”. Tradicionalmente, el uso de este concepto en el terreno de la política de competencia “*muestra una interpretación restrictiva del mismo como vehículo para lograr un conjunto específico de ambiciosas medidas, tales como establecer un acuerdo multilateral vinculante sobre el particular o crear una autoridad mundial de competencia*” (Dabbah, 2010: 79).

Esta interpretación es probable que no haya contribuido a desarrollar los medios necesarios para abordar el complejo asunto de la política de competencia transnacional. Antes al contrario, las dudas que suscita esta propuesta en algunos países –esencialmente EEUU y algunos países en desarrollo- han provocado que se extienda el temor a que tal iniciativa socave la soberanía de las naciones y limite las competencias de sus autoridades encargadas de la supervisión de los mercados.

En este trabajo, por internacionalización se va a entender cualquier forma de aplicar leyes o política de competencia en una dimensión internacional. Pero, ¿cuándo adquiere la política de competencia dimensión internacional? Balde (2008) analiza los problemas de competencia para determinar cuándo está presente algún elemento internacional que eleve a tal categoría el caso en cuestión. Esto podría ocurrir en las siguientes situaciones:

- a. *Cuando una empresa nacional cause efectos anticompetitivos en una región actuando desde fuera de las fronteras nacionales o supranacionales (como las de la UE) de la autoridad de competencia correspondiente.*
- b. *Cuando una empresa extranjera actúe causando efectos, competitivos o anticompetitivos, dentro de las fronteras nacionales o supranacionales de la autoridad de competencia en cuestión.*
- c. *Cuando compañías nacionales y/o extranjeras, aun actuando fuera de los límites nacionales o supranacionales de la institución en cuestión, causen efectos anticompetitivos en el interior de dicho territorio.*

- d. *Cuando empresas tanto nacionales como extranjeras actúen provocando efectos anticompetitivos dentro y fuera de las fronteras territoriales –nacionales o supranacionales- de la autoridad de competencia en cuestión (fusión internacional).*
- e. *Cuando empresas nacionales o extranjeras situadas y operando en diferentes territorios nacional o supranacional ofrezcan diferentes productos, pero al mismo tiempo permitan a sus clientes acceder a todos sus productos a la vez, lo que sitúa a esta red en una posición de dominio (productos en red).*

1.1. Las alternativas para adoptar medidas internacionales

Viendo las características que presentan los problemas de competencia internacionales, es fácil darse cuenta que éstos no son ni mucho menos la excepción. Ya que los asuntos transnacionales requieren soluciones también globales, y habida cuenta de las diferencias en objetivos y métodos entre las distintas autoridades de competencia nacionales, todos los caminos llevan a la instauración de un sistema internacional de promoción y defensa de la competencia.

Cabe preguntarse, en este punto, cuál será la mejor opción de aplicar la política de competencia internacional. Por el momento, este trabajo se limitará a esbozar las distintas alternativas, que representan las diferentes estrategias en la materia. Éstas pueden ser divididas en tres categorías de fronteras poco nítidas (Dabbah, 2010: 84-87):

I. Solución unilateral

La idea de unilateralismo se refiere al uso y aplicación de normas nacionales de competencia de un estado para lidiar con las situaciones en las que concurren elementos internacionales a través del ejercicio de su jurisdicción fuera del territorio. A pesar de haber sido la práctica habitual, el ejercicio extraterritorial de las leyes de competencia nacionales ha provocado profundas controversias debido a su naturaleza intrusiva.

Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, se han desarrollado diversas fórmulas jurídicas que legitiman la intervención en materia de competencia sobre prácticas emprendidas por compañías extranjeras con respecto a la autoridad de competencia sujeto

de dicha intervención. Entre éstas se encuentran la Doctrina de los Efectos (USA), la Doctrina de la Unidad Económica (UE) y la Doctrina de la Implementación (UE)².

La estrategia unilateral se trata de una solución imperfecta para los problemas de competencia internacional, y no solo por los conflictos que genera entre las jurisdicciones. Teniendo en cuenta que en la actualidad existen más de 100 regímenes de competencia, es fácil entender que aquellas prácticas anticompetitivas cuyos efectos se extendiesen por varias jurisdicciones serían objeto de investigaciones paralelas. Esto provocaría ineficiencias y una sobre aplicación de la política de competencia.

II. Solución bilateral

La opción bilateral gira en torno a la idea de establecer un mecanismo que posibilite la cooperación entre dos autoridades de competencia o jurisdicciones. Generalmente, esa cooperación se materializa en un acuerdo o tratado entre los países que establece una serie de disposiciones que facilitan la aplicación de las normas de competencia de ambos países. Estos acuerdos comenzaron a extenderse durante la década de 1970.

Budzinski (2012) ofrece una clasificación más o menos específica de los acuerdos bilaterales en función de las actividades que aquellos obligan a las partes.

- a. **Notificación.** Las autoridades de competencia acuerdan mantenerse informadas entre sí sobre los procedimientos incoados en materia de competencia, así como a intercambiar información de carácter general. Empero, sus investigaciones, procesos y decisiones permanecen absolutamente autónomos.
- b. **Consulta.** Las autoridades de competencia intercambian información más detallada, especialmente sobre cuestiones técnicas, tales como la definición del mercado relevante, sobre una base de voluntariedad y discrecionalidad. Corresponde a las agencias nacionales decidir si tienen en cuenta los intereses de la contraparte en sus decisiones independientes.
- c. **Asistencia mutua.** Los regímenes de competencia cooperan asistiéndose mutuamente con respecto a la información recabada de un caso y/o formulando

² Profundizaremos en ambas fórmulas jurídicas en el epígrafe 1.1. del Capítulo VIII.

sanciones ante las dificultades que supone la investigación extraterritorial de prácticas anticompetitivas. Hay que señalar que la asistencia mutua solo es posible en los casos en los que las leyes de las jurisdicciones cooperantes permiten evaluaciones, investigaciones y procedimientos compatibles.

- d. **Cortesía negativa.** Tradicionalmente, el principio de cortesía implica la abstención a la hora de aplicar extraterritorialmente las leyes nacionales de competencia si existe una resistencia específica por parte del régimen extranjero. Así, con la cortesía negativa, cada régimen de competencia se compromete a respetar los intereses de y la soberanía de la otra jurisdicción (contraparte).

Desde la década de 1990, estos acuerdos han venido incorporando la llamada cláusula de “**cortesía positiva**”, lo que los diferencia de la primera generación de acuerdos bilaterales de “cortesía negativa”. Los acuerdos de cortesía positiva descansan en la creación de un mecanismo proactivo de acciones, a través del cual se facilite la cooperación entre las autoridades de competencia (Dabbah, 2010: 498).

En concreto, la cortesía positiva invita a que el órgano encargado de la competencia de un país examine detenidamente las solicitudes que le dirija el órgano correspondiente de otro país de iniciar o ampliar las actuaciones contra las prácticas comerciales restrictivas originadas en su territorio que tengan consecuencias negativas sobre intereses importantes del otro país. La respuesta a dicha solicitud se mantiene voluntaria³ (UNCTAD, 2006: 8). El ejemplo, posiblemente, más conocido de estos acuerdos es el alcanzado entre EEUU-UE⁴ en 1991 –al que le siguió un segundo acuerdo en 1998–; pero hay más, como los que existen entre EEUU- Japón, EEUU- Brasil, o UE- Canadá.

En ocasiones, es posible que la cooperación bilateral no se plasme en ningún acuerdo específico de competencia, sino que estuviese incluida en algún tipo de acuerdo más

³ En la práctica, la cortesía positiva entra en juego especialmente si la parte solicitante pretende proteger su comercio de exportación, con lo cual disminuye el recurso a las medidas extraterritoriales. Si bien para presentar una petición no es necesario que las leyes de competencia del país *solicitante* hayan sido infringidas, para que se considere la posibilidad de adoptar medidas es necesario que haya infringido la legislación de competencia del país *al que se dirige la solicitud*; por lo tanto, la cortesía positiva no permite, por ejemplo, que se adopten medidas contra los cárteles de exportación (UNCTAD; 2006: 8).

⁴ En el Capítulo VIII tendremos ocasión de profundizar en el contenido de este acuerdo de cooperación

amplio, generalmente comercial⁵; También cabe la posibilidad de que, simplemente, las autoridades de ambos países cooperen *de facto* a través del principio de cortesía positiva aplicada a asuntos concretos, como por ejemplo, a la remisión de información entre las partes.

En el Capítulo VIII, dedicado a la contribución de la UE a la defensa de la competencia internacional, profundizaremos en el contenido de los acuerdos bilaterales. Tomaremos como referencia, como no podía ser de otro modo, los acuerdos que la UE ha suscrito con las principales ANCs con las que coopera.

Por ahora, hemos de concluir que la cooperación bilateral engloba a todos los medios a través de los cuales las autoridades de competencia de dos jurisdicciones acuerdan alguna forma de cooperación en los casos de competencia, incluida la coordinación de esfuerzos en la aplicación de las normas.

I. Solución multilateral.

La tercera y última forma de internacionalizar la política de competencia es seguramente la más compleja de las que se han esbozado. En los últimos años esta opción ha ido ganando fuerza, y se han desarrollado una serie de variantes que ofrecen alternativas flexibles para abordar los asuntos internacionales de competencia.

En líneas generales, es posible dividir esta opción multilateral, en dos clases, dependiendo de si incluye o no obligaciones vinculantes. Como puede deducirse, la diferencia entre ambas es enorme.

El mejor ejemplo de estrategia multilateral no vinculante sería la política de convergencia y armonización por la que se ha apostado en los últimos años debido a la proliferación de regímenes de competencia por todo el mundo. En el siguiente capítulo veremos cómo se desarrolla esta estrategia, así como las características principales de la institución

⁵ De hecho, hay multitud de tratados bilaterales de naturaleza comercial que incluyen capítulos de competencia.

actualmente protagonista de guiar dicho proceso: la Red Internacional de Competencia (RIC).

La opción no vinculante también se desarrolla a través de otros organismos internacionales que se ocupan del comercio internacional y el desarrollo económico, como son la OMC, la UNCTAD o la OCDE. En todos ellos se tratan asuntos de competencia a través de grupos de trabajo específicos y se realizan recomendaciones para una efectiva aplicación de la política de competencia.

El caso de la solución multilateral de carácter vinculante es objeto de numerosas críticas (especialmente desde EEUU) debido a su mayor amenaza sobre la soberanía nacional. En el primer caso, la soberanía se vería más protegida, pues los instrumentos toman la forma de Directrices, Recomendaciones, o Códigos de Buenas Prácticas, ninguno de ellos vinculante.

Más específicamente, Dabbah (2010: 86) afirma que la estrategia multilateral vinculante puede realizarse a través de tres caminos:

- a. La primera opción vuelve sobre la convergencia y armonización entre las leyes de competencia de las diferentes jurisdicciones, de modo que un conjunto de normas comunes emergiese de dicho proceso.
- b. Otra opción sería que todos los países adoptasen un código internacional de derecho de competencia, tan y como fue propuesto en 1993 por un grupo de expertos conocido como el “Grupo de Múnich”⁶.
- c. Por último, cabe la ambiciosa posibilidad de establecer un régimen internacional de competencia custodiado por un conjunto de instituciones independientes.

Lógicamente, ésta no se trata de una lista cerrada, sino que recoge las variantes que los expertos han considerado al abordar la problemática inherente a la competencia en los mercados internacionales. Volveremos sobre esta cuestión en el Capítulo VII, donde tratamos de dilucidar las posibles alternativas institucionales para el diseño de un marco internacional para la política de competencia.

⁶En el siguiente capítulo se describe más detalladamente la labor y aspiraciones de dicho grupo.

1.2. Los actores

En este apartado se van a caracterizar los principales actores que participan en la política de competencia internacional, así como las relaciones que entre ellos existen. Estos incluyen a los países, las empresas multinacionales, grupos con intereses especiales, organizaciones internacionales y organismos regionales.

Es importante comprender los intereses de cada uno de ellos, así como determinar cuál de ellos es el más indicado para liderar, y en última instancia decidir el alcance y forma de la internacionalización de la política de competencia (Dabbah, 2010: 101).

a. Los países. Hay que tener cuidado con este término cuando tratemos la problemática de la competencia internacional, pues existen algunos organismos dentro de los Estados que también participan en el proceso. El problema reside en que tanto los poderes en que se dividen los estados – ejecutivo, legislativo y judicial- como las distintas autoridades de competencia –a nivel regional o nacional- que coexisten en algunos países, mantienen distintos puntos de vista acerca de los objetivos y la configuración del sistema legal de competencia.

Así, dentro de los países hay que tomar en consideración cuatro instancias que coexisten: gobiernos, poder legislativo, poder judicial y autoridades de competencia.

- Los *gobiernos* juegan un importante papel en la internacionalización de las leyes de competencia, tanto para la solución bilateral como multilateral, pues su consentimiento es imprescindible para que los países participen en tales iniciativas. En general, los gobiernos tratarán siempre de proteger los intereses nacionales, lo que puede acarrear el riesgo de que las posturas que defiendan no sean las más adecuadas para el interés de la economía concebida globalmente.
- El *brazo legislativo* asume responsabilidades específicas, especialmente legislando y aprobando propuestas del ejecutivo en este campo.
- El *poder judicial* puede ejercer una gran influencia en la dirección de la política de competencia en el país en cuestión. En ocasiones, las audiencias pueden ayudar, o incluso liderar, el establecimiento de un régimen supranacional de competencia;

este es el caso de la Corte Europea de Justicia en la configuración del régimen de competencia de la UE.

- Las *autoridades de competencia* deben ser los actores clave en el proceso de internacionalización de la política de competencia. Estas instituciones son las más apropiadas para detectar los principales problemas de competencia que afloran por falta de un régimen internacional en este campo. Además, son las mejor posicionadas para aportar las soluciones adecuadas.

b. Las Empresas Multinacionales. El concepto de Empresa Multinacional no es nuevo. Incluso parece haber evidencia de la existencia de tales entidades desde comienzos del siglo XVII.

Una empresa adquirirá dimensión multinacional, en este contexto y en sentido amplio, “*cuando sus actividades de producción o distribución se lleven a cabo en, al menos, dos países, con independencia del modo en que esté estructurada y financiada*” Dabbah (2010: 104).

Generalmente, se suele asociar el concepto de Empresa Multinacional con los “comportamientos anticompetitivos”, lo cual no tiene que ser siempre así. De hecho, como apunta Dabbah (2010: 105), existen numerosos casos en los que las empresas multinacionales operan fortaleciendo la competencia.

De este modo, el comportamiento, conducta u operaciones de las empresas multinacionales también pueden conducir, facilitar y mejorar la competencia, tanto a nivel global como en el mercado doméstico.

No obstante, es habitual que las empresas multinacionales ocasionen problemas de competencia, que se producen en dos niveles. El primero se desprende del comportamiento o conducta de la empresa, como pueden ser los cárteles, las restricciones verticales, o el abuso de posición dominante. El segundo nivel se refiere a la propia estructura de la empresa cuando realiza operaciones de fusión por las que la firma adquiere o fortalece su posición dominante, relaja la competencia, excluye competidores -actuales o potenciales-, o crea barreras de entrada.

A continuación se esbozan las principales preocupaciones que conciernen a las empresas multinacionales ante el actual “modelo” de defensa de la competencia internacional (Dabbah 2010: 106-110).

El primer obstáculo se deriva, lógicamente, de la persistente falta de uniformidad entre los distintos regímenes de competencia que existen en el mundo. La proliferación en los últimos años de disposiciones de competencia en el acervo legislativo de las distintas jurisdicciones no hace sino agrandar el problema para las multinacionales. La estrategia basada en la convergencia y armonización de las normas puede arrojar algo de luz a la hora de afrontar esta dificultad.

El segundo problema se refiere a los conflictos diplomáticos entre países que resulten del ejercicio de su jurisdicción de forma extraterritorial ante una misma operación. Este sería el caso de la fusión entre *General Electric* y *Honeywell*⁷, aprobada en EEUU y vetada por la DGC de la UE, que se analizará más adelante.

Una tercera dificultad surge de la diferencia en los procedimientos de los distintos regímenes de competencia, especialmente en lo que se refiere al control de las fusiones. Esta heterogeneidad incluye factores tales como requisitos de notificación a la autoridad de competencia correspondiente, el cumplimiento de unos plazos determinados, etc.

Otro problema con el que se encuentran las firmas multinacionales es el incremento de los costes que, lógicamente, se produce por la multiplicidad y variedad de regímenes de competencia a los que se enfrentan.

Finalmente, las empresas se ven afectadas por las situaciones en las que una autoridad de competencia proporciona información confidencial sobre aquellas corporaciones a otra autoridad de competencia en virtud de la existencia de un marco de cooperación entre ellas. Existe el temor de que dicha información se utilice para otros fines y acabe revelando secretos empresariales.

⁷ Ver en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf. Página consultada el 18.07.2011.

c. En tercer lugar se encuentran los **grupos con intereses especiales**, que van desde los *lobbys* con intereses específicos, hasta los propios productores, pasando por los grupos de consumidores. Estos últimos adquieren particular relevancia a la hora de abordar el tema de la internacionalización.

Las principales organizaciones internacionales, tales como la OCDE, el Banco Mundial, la OMC y otras, han protegido los intereses de los consumidores en los mercados mundiales. De hecho, puede afirmarse que el principal argumento en favor de la internacionalización de las leyes de competencia gira en torno a la protección de los intereses de los consumidores, que se ven amenazados por la falta de controles supranacionales (Dabbah, 2010: 110).

En el siguiente capítulo se aborda la labor de las instituciones internacionales más relevantes para la política de competencia. Es importante conocerlas en profundidad, pues juegan un papel fundamental en la evolución de las relaciones comerciales a nivel global en general, y en la cooperación entre países en materia de defensa de la competencia en particular.

1.3. Las dificultades que plantean las prácticas anticompetitivas transnacionales

Antes de proponer soluciones, es fundamental identificar bien los problemas a los que nos enfrentamos. En este sentido, Tarullo (1999) esboza cuatro ideas que reúnen los principales retos a los que se enfrenta la política internacional de competencia, y en los que, además, subyacen sus fundamentos:

I. En primer lugar, con la evolución de los mercados internacionales se están creando, en un número cada vez mayor de industrias, las condiciones propicias para que las prácticas anticompetitivas caigan fuera del ámbito de una sola nación. Las grandes compañías transnacionales no dudan en establecerse en países en vías de desarrollo para evitar las fuertes sanciones que las leyes de competencia les imponen, sobretudo, en EEUU y la UE.

Existe la creencia entre los expertos de que la actividad de los cárteles internacionales ha alcanzado su punto más alto en muchas décadas, en un nivel solo comparable a la situación que se vivía antes de la Primera Guerra Mundial. Lamentablemente, la evidencia necesaria

para demostrar la existencia de un cártel internacional se encuentra muy dispersa y es de muy difícil acceso.

Tarullo (1999) advierte que si bien los cárteles internacionales suponen ya un reto para la aplicación de las leyes de competencia, pueden surgir en relativamente poco tiempo nuevos problemas estructurales tales como la aparición de monopolios y oligopolios mundiales.

Utton (2006: 31) va más allá e indica que los cárteles internacionales se han convertido nuevamente en una importante característica de la economía mundial. De hecho, hay estimaciones como la de Rahl (1981) que apuntaban que, ya en la década de 1980, alrededor de la mitad del comercio mundial se encontraba afectado por la actividad de los cárteles internacionales

II. El segundo tipo de problema reside en el posible conflicto que puede surgir ante la aplicación extraterritorial de normas de competencia nacionales en virtud de la llamada “doctrina de los efectos”, que será abordada en el siguiente epígrafe.

En este contexto, se entiende por conflicto cualquier situación en la que una autoridad de competencia en un Estado tome una decisión que levante reacciones adversas en otro u otros Estados. Esta situación no es excepcional, pues los casos de competencia a menudo afectan a grandes compañías cuyos intereses se encuentran estrechamente vinculados con los del Gobierno en cuestión (Gerber, 2010: 91).

Los conflictos se originan fundamentalmente por dos vías entrelazadas (Gerber, 2010: 92): en primer lugar está el rechazo a aceptar una decisión proveniente de otro país, pues la misma se puede considerar injustificada o carente de legitimidad; una segunda fuente de conflicto la constituye la falta de comprensión de las razones que han llevado a tal decisión, así como los procedimientos utilizados para llegar a ella.

Por lo general, la intensidad de un conflicto dependerá de factores tales como el posible perjuicio resultante de la “decisión extranjera”, sus consecuencias, el potencial valor que implique para el estado en cuestión responder de forma hostil, los costes relativos de participar en el conflicto, y los recursos disponibles para cubrir dichos costes.

Entre las prácticas más propensas al conflicto sobresale la fusión. La experiencia en casos como el de *General Electric* y *Honeywell* (2001)⁸ demuestra que los conflictos pueden adquirir dimensiones preocupantes. Ante la que podría haber sido la mayor fusión industrial de la historia, la FTC dio el visto bueno en EEUU no sin antes obligar a las partes a hacer ciertas modificaciones encaminadas a mantener la competencia en el mercado afectado. Sin embargo, y a pesar de pasar el examen norteamericano, la DGC bloqueó la fusión, despertando todo tipo de quejas y ataques no solo a dicha decisión, sino también a la política de competencia europea en general.

Dichas reacciones provenían tanto de funcionarios del gobierno estadounidense, como de políticos, de grandes empresarios, periodistas, académicos, etc. Los grandes magnates de negocios norteamericanos subrayaban el escándalo que suponía que una autoridad externa restringiese la libertad de dos empresas estadounidenses de consumar una operación previamente aprobada por su autoridad soberana. Sin embargo, tras arduas disputas, el proyecto de fusión fue finalmente abandonado (Gerber, 2010: 95- 96).

A pesar de lo indicado, las autoridades europeas y estadounidense trabajan en estrecha cooperación en la mayoría de las evaluaciones previas a una fusión. Es más, Tarullo (1999) afirma que las relaciones entre los organismos europeos y las autoridades estadounidenses se caracterizan generalmente por una moderada convergencia en lo que a puntos de vista se refiere, el respeto mutuo y una activa cooperación.

III. Un tercer reto al que se enfrenta la política de competencia internacional subyace en las dificultades de acceso a los mercados (Utton, 2006: 47). Se refiere a la conducta anticompetitiva de las empresas nacionales, que tratan de impedir que las compañías extranjeras penetren en su mercado interior. Profundizaremos sobre esta cuestión en el siguiente epígrafe, dedicado a la interacción entre la política de competencia y la política comercial

⁸ Para ver con detalle el caso ver: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9893.htm>, Consultada el 15.07.2011.

Estas barreras al comercio, que actúan con la misma eficacia que un alto arancel, suelen levantarse por medio de los canales de distribución, quedando éstos disponibles únicamente para los productos nacionales. Éste es el principal problema que se han encontrado las compañías estadounidenses cuando han querido penetrar en un mercado tan particular como el japonés, donde los canales de distribución juegan un papel crucial y se reservan, con el visto bueno del gobierno, para los productos japoneses. El caso de *Kodak*⁹ es el más popular, pero existen muchos más.

El problema del acceso a los canales de distribución es más profundo de lo que en principio pudiese parecer. Uno podría pensar que basta con que las empresas extranjeras establezcan sus propios canales de distribución, o bien que ofrezcan contratos suficientemente atractivos a los distribuidores establecidos para que estos abandonasen a sus actuales proveedores. Sin embargo, hay motivos para pensar que estas soluciones no son eficientes desde el punto de vista del consumidor.

Es claro que las empresas exportadoras han de hacer frente a una serie de costes adicionales –en comparación con las firmas locales– al establecerse en un nuevo mercado, tales como la publicidad necesaria para darse a conocer. Sin embargo, cuando los canales de distribución existentes son objeto de restricciones verticales por parte de empresas nacionales, surgen dos factores adicionales que pueden elevar aún más el coste de entrada para la empresa extranjera (Utton, 2006: 49).

- a. Si la competencia era menos intensa en el momento en que se celebraron los contratos de distribución en vigor, las empresas nacionales disfrutarían de ventajas con respecto a aquéllas entrantes. Las compañías establecidas podrían basar las condiciones ofrecidas a los distribuidores en las que tenían firmadas y en las rentas

⁹ En 1989, *Kodak* trató de introducirse en el mercado de películas de fotografía japonés, donde se encontró con impedimentos estructurales en los canales de distribución en favor de la compañía japonesa *Fuji Photo Film*. Funcionarios de EEUU alegaron que el país asiático había rehusado aplicar sus leyes de competencia ante las restricciones de facto sobre las importaciones, arguyendo que si el principio de cortesía fuese satisfecho, EEUU podría demandar a la empresa japonesa ante los Tribunales estadounidenses. EEUU citó los Artículos III (trato nacional), X (transparencia) y XXIII (anulación y menoscabo) del GATT para determinar que Japón estaba incumpliendo sus obligaciones contraídas en los acuerdos comerciales. Finalmente, un Panel del Órgano de Resolución de Diferencias de la OMC falló a favor de Japón, declarando que eran necesarias nuevas iniciativas multilaterales para abordar casos como el que nos ocupa (Evenett y Clark, 2003).

que estos últimos esperaban obtener. La firma exportadora debe prever la intensificación del nivel de competencia, lo que conlleva menores rentas. Considerando que ambos fabricantes –extranjero y nacional- producen con igual grado de eficiencia técnica, la firma exportadora no será capaz de ofrecer a los distribuidores unas condiciones tan atractivas como la empresa nacional establecida. Esto se debe a que el fabricante nacional tiene un mayor incentivo financiero para detener la entrada de competidores externos, que estos últimos de entrar en un nuevo mercado.

b. La otra opción para el fabricante extranjero es establecer su propia red de distribución. Sin embargo, si en el mercado en cuestión fuese eficiente la integración vertical, probablemente el fabricante nacional ya la habría adoptado. Una empresa exportadora que tenga que optar por este modo de distribución en un mercado extranjero probablemente incurra en mayores costes que sus competidores nacionales (Comanor y Rey, 1996)¹⁰.

Esta opción requiere una inversión mayor, ya que se debe construir toda una red de distribución, y esto se ve especialmente arriesgado en los mercados de capitales. Como consecuencia, la empresa exportadora deberá pagar más por la financiación necesaria para abordar su proyecto.

IV. Finalmente, el reciente establecimiento de leyes de competencia en un gran número de países puede ocasionar a las empresas incurrir en una serie de costes para cumplir con la documentación requerida ante operaciones de fusión u otro tipo de investigación de que sean objeto por parte de las –pueden ser varias- autoridades nacionales. Sin embargo, este es más bien un problema potencial. Hasta ahora no se ha dado ningún caso convincente en el que estos costes no hayan supuesto más que una simple molestia (Tarullo, 1999).

Por último, y para cerrar el epígrafe, conviene apuntar que los países en vías de desarrollo tienen un interés particular para que se establezcan controles internacionales a los comportamientos anticompetitivos. La guerra abierta contra los aranceles desde la Ronda de Uruguay en 1986, junto con las medidas para atraer inversiones y los derechos de

¹⁰ citado en Utton (2006: 49).

propiedad intelectual, deja más expuestas a estas economías al riesgo de sufrir tales prácticas. Además, en caso de no contar con normas nacionales de competencia, se exponen a que se les apliquen de forma extraterritorial las leyes de competencia de otros países (Comisión Europea, 1995).

2. Relación entre la política de competencia y la política comercial en el escenario internacional

En este punto, consideramos de gran utilidad reflexionar sobre la interacción entre la política comercial y la política de competencia, siempre circunscrita a la economía global. Comprender la relación entre ambas políticas resulta imprescindible para el establecimiento de un marco multilateral vinculante para la política de competencia. Esto es bien sabido en el seno de la OMC, que desde 1996 hasta 2004 impulsó el análisis sobre el particular. También el Comité sobre Ley y Política de Competencia de la OCDE, así como diferentes estudios de la UNCTAD, han examinado numerosos aspectos relativos al comercio y la política de competencia desde la década de 1980. Precisamente en el contenido de los documentos oficiales de tales organizaciones se basa este epígrafe, completado con una revisión de la literatura al respecto.

El interés que suscita el vínculo entre ambas políticas estriba en la posibilidad de que éstas entren en conflicto ante diferentes medidas. Del mismo modo, reviste especial interés identificar elementos comunes entes sus objetivos –complementariedades- para adoptar acciones de política internacional que ayuden a la consecución de los mismos de un modo conjunto. Por tanto, en este epígrafe analizaremos los objetivos de ambas políticas para buscar las posibles complementariedades y reflexionar sobre las lecciones que podemos extraer para el desarrollo de la política de competencia internacional. En este sentido, los obstáculos para acceder a los mercados suelen actuar como enlace entre ambas políticas. Posteriormente abordaremos cómo afectan las prácticas restrictivas internacionales al comercio mundial de forma individualizada.

2.1. Confrontando objetivos y alcance de la política de competencia y el comercio internacional

Como ya sabemos, los objetivos fundamentales de la política de competencia descansan en la búsqueda de la **eficiencia** y en el **bienestar del consumidor**. Ambos son objetivos compatibles con la política comercial debido a su neutralidad o ausencia de connotaciones políticas. Esto no quiere decir que las autoridades de competencia no se marquen otros objetivos además de los mencionados, como ya vimos en el primer epígrafe del capítulo III. Las autoridades de competencia de los distintos países mantienen posiciones divergentes con respecto a los objetivos, de algún modo, secundarios de la política de competencia¹¹.

Por su parte, el objetivo de la política comercial en el plano internacional consiste en disminuir y **eliminar los obstáculos gubernamentales al comercio** (aranceles, cuotas, etc.) por medio de la liberalización de los flujos de comercio e inversión. Hay que distinguir las dos dimensiones que componen la política comercial: por un lado, las importaciones, que se relaciona con los problemas de competencia desleal; y, por otro, las exportaciones, donde la mayor preocupación atañe a las dificultades de acceso a los mercados.

A primera vista, parece que ambas políticas son complementarias. De hecho, la teoría de la ventaja comparativa de D. Ricardo, en la que se apoya la teoría del comercio internacional, supone mercados perfectamente competitivos. Además, la política de competencia puede ayudar a la eliminación de las trabas gubernamentales por medio de su labor de promoción de la competencia. También hay que recordar que uno de los ámbitos de la política de competencia consiste en garantizar el acceso efectivo a los mercados, así como guiar la liberalización de sectores tradicionalmente anclados en el sector público (OMC, 1998a: 8-9)

Asimismo, la liberalización que la economía mundial está experimentando en las últimas décadas bajo el auspicio de la OMC tiene como objetivo mejorar la asignación de recursos a nivel mundial y fomentar el crecimiento económico, metas subyacentes a los fines de la política de competencia: la eficiencia y el bienestar del consumidor. Del mismo modo,

¹¹ Por ejemplo, ya hemos visto cómo uno de los objetivos fundamentales de la política de competencia de la UE es la integración de los mercados nacionales de los Estados miembros en un mercado único.

existe el riesgo de que las prácticas comerciales restrictivas socaven los beneficios de la liberalización, por lo que vuelve a emerger la complementariedad de ambas políticas.

Por otro lado, la liberalización del comercio internacional contribuye al establecimiento de una competencia efectiva a través de la “contestabilidad” de los mercados. Al reducir las barreras estatales al comercio, las importaciones actúan disciplinando la competencia en los mercados nacionales, haciendo menos probable que aparezcan comportamientos anticompetitivos. En este punto, cabe preguntarse si el comercio libre y las políticas de inversión pueden sustituir a la política de competencia. Ciertamente, ante economías pequeñas y con mínima intervención estatal –como puede ser el caso de Singapur– es posible que la política de competencia no sea tan necesaria en un escenario de libre comercio internacional. Sin embargo, esto no ocurre en todas las circunstancias por las siguientes razones (OMC, 1998b: 15):

- a. Un gran número de mercados –como los no comerciables o comerciables con altos costos de transporte– siguen siendo en esencia locales y, por lo tanto, no están sujetos a una disciplina eficaz proveniente de las importaciones.
- b. La competencia puede verse afectada por la existencia de un anfitrión oficial u otras medidas, tales como reglamentos, normas y prescripciones en materia de licencias.
- c. Finalmente, la capacidad de las importaciones para disciplinar la competencia en el mercado doméstico puede verse afectada por comportamientos empresariales anticompetitivos, tales como acuerdos de reparto del mercado o restricciones verticales de las empresas nacionales (exclusividad de los canales de distribución).

Sin embargo, ambas políticas también pueden entrar en conflicto, especialmente con respecto al asunto de las dificultades de acceso a los mercados. En el capítulo anterior dimos buena cuenta de que la política de competencia contempla la posibilidad de levantar exenciones a determinados sectores o áreas, normalmente para beneficio de las empresas locales. Esto, obviamente, limitaría la competencia de las importaciones y los flujos de inversión extranjera directa (IED), fomentados ambos por la liberalización del comercio internacional. Toda restricción que afecte al flujo de comercio e inversión e impacte

positivamente en la eficiencia o el bienestar de los consumidores participantes en el mercado doméstico, creará fricciones entre ambas políticas.

También cabe indagar acerca de los posibles efectos negativos de la política de competencia para la competitividad internacional de las empresas nacionales. En particular, habría que buscar un equilibrio para el bienestar entre la observancia de la legislación de competencia en una economía interna y el logro de las economías de escala, el volumen crítico necesario para que las empresas puedan imponerse en la economía internacional. Este asunto es especialmente importante ante economías en desarrollo. Desde la OMC (1998b: 16) se subrayan las siguientes cuestiones:

En primer lugar, la necesidad de permitir a las empresas alcanzar el nivel óptimo de economías de escala tiene implicaciones para la política de control de fusiones. Las compañías tratarán de adaptarse al nuevo escenario que se desprende de la liberalización del comercio, proceso que no debe ser obstaculizado por el control de fusiones. El nivel necesario de economías de escala puede ser alcanzado combinando la política de competencia con medidas de apertura del mercado exterior, lo que vuelve a demostrar el carácter complementario de ambas políticas.

Por otro lado, ya hemos visto que una sólida competencia en el mercado doméstico contribuye a potenciar la competitividad de las empresas a través de la exigencia de una mejora continua en la innovación y los procesos productivos.

Finalmente, hay evidencia de que una gran mayoría de las prácticas anticompetitivas en los países en desarrollo (alrededor del 80%) se producen en mercados intermedios o de suministro a las empresas. Nuevamente, la política de competencia fomentaría, más que perjudicaría, a la competitividad internacional de tales empresas.

Finalmente, con respecto a la inversión, el *World Investment Report* de 1997 (UNCTAD) subraya la *“creciente relación directa entre la liberalización de la IED y la importancia de la política de competencia como pieza esencial del desarrollo. Observa que, mientras la liberalización de la IED puede ayudar a ampliar la apertura de los mercados a la competencia, lo cual puede representar un importante estímulo al aumento de la eficiencia, no es condición suficiente para lograr dicho resultado. Por el contrario,*

en la medida en que la liberalización de la IED proporciona mayor libertad a las empresas para propiciar sus intereses en los mercados, se requieren leyes, políticas y mecanismos de observancia eficaces en materia de competencia para evitar que, en lugar de los obstáculos legales a la apertura a la competencia que existían anteriormente, prevalezcan luego las prácticas anticompetitivas de las empresas, anulando así los beneficios que podrían obtenerse de la liberalización. Esta necesidad irá en aumento, a medida que la liberalización alcance mayor amplitud y se extienda a nuevas esferas” (OMC, 1998b: 10).

El Informe termina afirmando que la liberalización de la IED debe completarse con sólidas políticas de competencia en los países, impulsando así una cultura de competencia que abarque toda la economía mundial.

2.2. Cómo afectan las prácticas empresariales anticompetitivas al comercio internacional

Podemos distinguir cuatro tipos de prácticas anticompetitivas que afectan, normalmente de un modo restrictivo, al comercio internacional: los acuerdos horizontales entre empresas, los acuerdos verticales, las fusiones y los abusos de posición dominante. Vamos comentar cada uno de ellos para ilustrar el modo en que obstaculizan el comercio internacional y la consecución de sus objetivos.

A. Los acuerdos horizontales

Podemos distinguir tres categorías de acuerdos entre empresas, a priori rivales, que restringen en mayor o menor medida la competencia en los mercados internacionales:

A1.- Los cárteles a la importación son acuerdos entre empresas de un país por los que aquéllas sustituyen la competencia a la hora de adquirir o permitir la entrada de productos extranjeros por medio de la cooperación. Actúan frecuentemente como organizaciones que centralizan las compras de materias primas para una industria determinada (UNCTAD, 1996: 12). Además de la fijación colusoria de precios, pueden levantar obstáculos a la hora de admitir a las empresas extranjeras en asociaciones comerciales o, directamente negarse a adquirir el bien en cuestión. Esto, obviamente, dificulta el acceso efectivo a los mercados, por lo que son motivo de preocupación en el ámbito del comercio internacional.

A2.- Los **cárteles a la exportación**, dentro de los cuales podemos distinguir dos subgrupos: los cárteles a la exportación puros, cuyos efectos anticompetitivos impactan exclusivamente en los mercados extranjeros; y los cárteles a la exportación mixtos, que afectan tanto al mercado doméstico como a los mercados internacionales. No son pocos los regímenes nacionales de competencia que eximen a los cárteles de exportación puros de las normas de competencia, entre ellos algunos países europeos, EEUU y Japón. Esto hace que constituyan una de las mayores amenazas para el comercio internacional, además de suponer una potencial fuente de conflictos entre los distintos Estados cuando se abordan a partir de la aplicación extraterritorial de normas de competencia nacionales, como veremos en el siguiente epígrafe. Por el contrario, los cárteles a la exportación mixtos están sujetos a la normativa de competencia del país de origen.

A3.- Los **cárteles internacionales** se producen cuando empresas de distintos países se unen para fijar precios o volumen de producción, repartirse los mercados, o turnarse en la ejecución de los proyectos que se les adjudican (UNCTAD, 1996: 12). Sencillamente, son cárteles formados por empresas de más de un país, independientemente del alcance geográfico del acuerdo (Connor, 2004).

Los cárteles internacionales afectan al comercio internacional en la misma medida que un cártel tradicional afecta a un mercado doméstico: redistribuye una parte del excedente del consumidor hacia el productor, mientras que otra parte del excedente constituye la pérdida social neta¹². El problema es que la detección y reunión de pruebas sobre este tipo de cárteles son actividades tremendamente complejas, pues la información se encuentra muy dispersa. Además, al confinar la política de competencia en las fronteras nacionales de los países dificulta aún más este asunto. Por ello, desde los países miembros de la OMC se apunta a que, en caso de suscribir un marco multilateral vinculante, éste debería incluir como mínimo la persecución de los cárteles internacionales intrínsecamente nocivos.

A4.- La OCDE (1998: 3) define un tipo especial de cártel: los **cárteles intrínsecamente nocivos (*hard core cartels*)**. Se trata de “*acuerdos anticompetitivos, prácticas concertadas anticompetitivas o disposiciones anticompetitivas entre competidores para fijar precios, realizar ofertas*

¹² Ver el tercer epígrafe del Capítulo II.

concertadas (colusión en licitaciones), establecer restricciones o cuotas a la producción, o dividir mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio”. No forman parte de esta categoría de cártel “los acuerdos, prácticas concertadas o disposiciones que (i) estén razonablemente relacionados con la legítima reducción de costes o mejoras en la eficiencia productiva, (ii) estén excluidos, directa o indirectamente, de las leyes de competencia de un país Miembro, o (iii) estén autorizados de acuerdo a dichas leyes.

Lo que los diferencia de los cárteles, en términos generales, es su naturaleza anticompetitiva *per se*, así como su prohibición por el acervo legislativo en materia de competencia de los países. Esto se debe a que sus efectos sobre el bienestar son también intrínsecamente negativos, lo que afecta directa y adversamente a los objetivos comercio internacional.

B. Los acuerdos verticales

Como ya indicamos en el anterior epígrafe, los acuerdos verticales pueden restringir los flujos de comercio internacional si impiden a las empresas extranjeras el acceso a los canales de distribución controlados por los proveedores nacionales. Esto puede producirse con el visto bueno del gobierno, como el caso del conflicto de *Kodak*. Entre las restricciones verticales más recurrentes en el contexto internacional encontramos los acuerdos de exclusividad, que impiden a los productores comercializar sus productos; las ventas vinculadas; las bonificaciones por fidelidad o ventas; y la reserva de mercados, que impide a los distribuidores vender fuera de determinadas zonas geográficas.

C. El abuso de posición dominante

Este tipo de comportamientos consiste en que las empresas en situación de dominancia utilicen su poder de mercado para mantener o fortalecer su situación. Se trata de una de las áreas tradicionales en la política de competencia nacional, y su impacto en el comercio internacional se vuelve a reflejar en el asunto del acceso efectivo de los mercados. Una empresa dominante en un mercado nacional, o una situación de dominancia colectiva, pueden ejercer su poder para impedir el acceso al mercado nacional de competidores extranjeros. Ante tal situación, la autoridad de competencia nacional puede encontrar incentivos para no sancionar a las empresas nacionales. Estaríamos en el típico caso de

instrumentalización de la política de competencia nacional. En este sentido, puede no ser necesario elevar esta cuestión a una autoridad internacional de competencia, bastaría con garantizar la despolitización e independencia de las ANCs.

D. Las operaciones de concentración

Finalmente, con respecto a las absorciones o fusiones entre empresas, ya hemos comentado que suscitan un interés particular en relación con el comercio internacional y el establecimiento de una economía globalizada: las autoridades de competencia deben actuar con gran precisión para garantizar que “sus” empresas no restringen la competencia en los mercados domésticos al tiempo que se les permite alcanzar una dimensión óptima con respecto al aprovechamiento de economías de escala que les posibilite competir con éxito en los mercados globales.

En los últimos años hemos presenciado una auténtica explosión en el número de fusiones y adquisiciones transnacionales. Según el *World Investment Report* de 2012 (UNCTAD, 2012: 12), la economía mundial ha pasado de 932 operaciones en 1996 a las 1900 de 2010.

Por otro lado, los efectos de una determinada operación de concentración pueden tener efectos asimétricos en las distintas jurisdicciones. Dicha asimetría se reflejaría en las medidas que las distintas autoridades nacionales emprenderían para la operación en cuestión. Esto puede ser una preocupante fuente de conflictos, además de provocar una aplicación excesiva de las leyes de competencia¹³ (Tay y William, 2005).

¹³ Esta es la conclusión a la que llegan Tay y Williams (2005) tras analizar mediante un modelo teórico las fusiones internacionales. Consideran que las autoridades de competencia maximizan funciones objetivo que dependen del beneficio de las empresas fusionadas, el beneficio para el resto de competidores, el impacto en el excedente de los consumidores y, finalmente, la distribución geográfica de los excedentes generados. En un escenario de dos países, los autores concluyen que bajo el principio de territorialidad simétrico y no cooperativo, el resultado sería una política excesivamente laxa. Por el contrario, el ejercicio no cooperativo de extraterritorialidad en la aplicación de la normativa nacional llevaría a la aplicación ineficientemente estricta de la política de competencia.

3. Argumentos económicos a favor y en contra de la internacionalización de la política de competencia

En el presente epígrafe vamos a estudiar con mayor nivel de detalle cómo se abordan en la actualidad los problemas de competencia transnacionales. Un análisis exhaustivo del *statu quo* nos permitirá comprender las inconsistencias que reviste el actual sistema internacional de defensa de la competencia. Posteriormente, reflexionaremos acerca de las razones que respaldan y que desaconsejan la adopción de medidas que impulsen un verdadero marco internacional para la competencia.

3.1. El actual modelo internacional de política de competencia

En la actualidad, los casos de competencia que reúnen alguna de las características esbozadas con anterioridad se abordan a través del unilateralismo y la cooperación entre las autoridades de competencia de las naciones afectadas, lo que provoca ciertos problemas. La inconsistencia es obvia. Como señala Palma (2008), los problemas globales deben atajarse con medidas o instituciones de la misma escala, lo que significaría renunciar, en parte, a la soberanía sobre la que se cimienta el actual sistema.

El derecho público internacional es la piedra angular de este modelo. Sin él, ningún país tendría derecho a prescribir o aplicar normas de conducta a compañías extranjeras. Sin embargo, hay que diferenciar entre la legitimidad de una determinada acción de un Estado bajo el derecho internacional, de su legitimidad bajo las leyes del país donde tiene lugar dicha acción¹⁴. Errar en esta distinción suele ser fuente de mucha confusión (Gerber, 2010: 57).

Por tanto, tenemos toda una pléyade de autoridades de competencia nacionales –y alguna supranacional- que deben velar por el mantenimiento de la competencia efectiva dentro de sus respectivas fronteras, respaldadas por el derecho público internacional para abordar los problemas de competencia transnacionales que les concerniesen.

¹⁴ Un estado puede establecer controles legales para medir la conducta de sus propias instituciones, independientemente de lo que otros estados consideren legítimo.

En este escenario emerge la llamada “doctrina de los efectos”, que “*faculta a las autoridades nacionales para procesar cualquier práctica empresarial que afecte a la competencia en su jurisdicción, independientemente de su origen nacional*” (Klodt, 2001). Este principio tiene su origen en el conocido caso *Alcoa*¹⁵ de 1944. En dicha disputa, la Corte Suprema norteamericana prohibió un cártel internacional a través de la Ley Sherman –que hasta entonces sólo había sido aplicada a nivel nacional- consistente en el reparto de las cuotas de importación de aluminio en EEUU que había sido establecido por varias empresas no americanas en Suiza. Huelga decir que la doctrina de los efectos amenaza con socavar la soberanía nacional.

Hay autores como Klodt (2001) que afirman que el principio de los efectos, antes de resolver problemas, se erige como una importante fuente de conflictos, como demuestra el caso de la fusión entre *Boeing* y *McDonnell Douglas* en 1997¹⁶.

Esta violación del principio de territorialidad encuentra su justificación en la creciente interdependencia entre los países y en el grado de desarrollo del comercio internacional. Sin la aplicación de la doctrina de los efectos –con la actual ausencia de acuerdos multilaterales vinculantes-, las empresas transnacionales podrían escapar a las leyes de competencia nacionales. Así, en virtud de una aplicación estricta del principio de territorialidad, se correría el riesgo de que ciertas jurisdicciones se convirtiesen en “paraísos” de competencia.

A pesar de esto, es necesario subrayar que estos problemas no otorgan un derecho absoluto a los estados para protegerse de toda conducta extranjera que éstos perciban como económicamente perjudicial. Tal legitimidad solo se produce bajo determinadas circunstancias, y siempre al amparo del derecho público internacional. En este sentido, un país no podrá aplicar sus normas de competencia extraterritorialmente “*sin la presencia de un directo, sustancial y previsible efecto anticompetitivo*” (Dabbah, 2010: 424).

¹⁵ Ver *US Vs Aluminium Co of America*, 148 F.2º 416 en: <http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>. Página consultada el 23.07.2011.

¹⁶ La DGC se opuso a dicha operación, celebrada en EEUU y aprobada por sus correspondientes autoridades, pero cuyos efectos se extendían a la UE debido a que la empresa resultante operaría en el mercado europeo. El conflicto alcanzó una dimensión preocupante, debido a las acaloradas reacciones norteamericanas, que veían en la decisión de la DGC una forma de proteger a Airbus, competidor europeo de Boeing. Finalmente, la fusión se consumó en 2007 no sin antes realizar numerosas modificaciones impuestas por la DGC.

Con el fin de evitar que se produzcan tales conflictos, la estrategia que se ha seguido en los últimos años ha sido la convergencia y armonización de las normas nacionales de competencia, como complemento a la cooperación entre las distintas autoridades.

Generalmente, por convergencia se entiende la creciente similitud que se observa entre los distintos sistemas de competencia, una definición algo laxa para nuestros intereses. Más específicamente, la convergencia se refiere al movimiento desde un estado de diferencia, a uno de similitud; en este caso referido a las características, compartidas o no, de las distintas normativas nacionales de competencia. A su vez, cada característica adquiere una importancia relativa en las operaciones que conciernen al sistema (Gerber, 2010: 282).

Diversos autores¹⁷ reconocen que, aunque la estrategia en cuestión resuelve alguno de los problemas que plantea la competencia transnacional, ésta se torna insuficiente para abordar de manera estructural la política de competencia internacional. En el mismo sentido se ha mostrado la evidencia empírica; casos como los de *Boeing* o *General Electric* provocaron sendas crisis comerciales transatlánticas.

Esto no es sorprendente, si consideramos que el modelo actual que rige la competencia internacional -cimentado sobre la aplicación extraterritorial de la soberanía en virtud del principio de los efectos, la cooperación entre autoridades y la armonización y convergencia de las normativas nacionales de competencia- ha sido construido de forma improvisada y a base de remiendos.

3.2. Argumentos que aconsejan el establecimiento de normas internacionales de competencia desde el punto de vista económico

Como síntesis de todo lo dicho hasta ahora en el presente capítulo, vamos a comentar los principales motivos a los que aluden los partidarios de suscribir un acuerdo multilateral para la política de competencia. Como no podía ser de otro modo, las ANCs son los principales actores que padecen la falta de normas de competencia a nivel internacional.

¹⁷ Como. Yano y T. Honryo (2010) o Budzinsky (2009), entre otros.

Como se viene comentando, el fenómeno de la globalización económica supone todo un desafío para las autoridades de defensa de la competencia de todo el mundo. El dinamismo que impregna a los mercados internacionales obliga a dichas autoridades al aprendizaje continuo para abordar las nuevas estrategias de las empresas para esquivar la competencia.

Además, la propia internacionalización de los mercados eleva automáticamente la política de competencia a un plano supranacional, lo que supone un reto para los actuales mecanismos de defensa de la competencia, configurados para actuar en el escenario nacional. Esto puede conducir a conflictos e ineficiencias (Mitschke, 2008: 43). A esto hay que añadir los diferentes aspectos sustantivos, visiones y objetivos que las ANC's mantienen impregnan de incertidumbre a todo el sistema internacional de defensa de la competencia.

Esta inconsistencia –mercados internacionales regulados por normativa e instituciones nacionales de competencia- puede dar lugar a situaciones tanto de sobre-regulación como de regulación insuficiente que difícilmente pueden evitarse con los actuales mecanismos de cooperación (Guzman, 2004). En primer lugar, los problemas de sobre-regulación provienen de las investigaciones paralelas que las ANC's pueden iniciar ante asuntos de competencia con dimensión internacional. Este problema se agudiza si consideramos la aplicación extraterritorial de las normas nacionales de competencia. Así, los mercados internacionales se enfrentarían ante un conjunto de normas de competencia más oneroso que el que impera en los mercados nacionales.

En segundo lugar, la regulación insuficiente se derivaría de la falta o ineficacia de leyes de competencia y su aplicación extraterritorial, caso que normalmente envuelve a algunos países en desarrollo. Lógicamente, las autoridades de competencia de los países con mayor tradición en la materia solo actuarían cuando sufriesen los efectos de las prácticas anticompetitivas, lo que deja expuestos a los países que carezcan de un sistema efectivo de defensa de la competencia.

Como puede deducirse, la internacionalización de la actividad económica trae consigo efectos negativos para las ANC's. Éstos se desprenden de los **límites** de dichas autoridades a la hora de abordar las restricciones internacionales a la competencia, por un lado, y de la posible **instrumentalización** de la política de competencia, por otro (Mitschke, 2008: 44).

En el primer caso, podemos distinguir al menos dos aspectos que limitan la efectividad de las autoridades de competencia en una economía globalizada: primero, las autoridades de competencia no están configuradas para lidiar con los problemas de competencia que afecten a más de un Estado. Simplemente, se ven sobrepasadas por ciertos tipos de cárteles internacionales, abusos de poder de mercado y fusiones transnacionales.

En segundo lugar, como ya hemos comentado, sus intentos por abordar las restricciones a la competencia internacional pueden acabar provocando ineficiencias y conflictos internacionales de dimensiones preocupantes. Con respecto a las ineficiencias, éstas pueden originarse por distintas vías. Las más importantes son las que se derivan de investigaciones paralelas, de la imposición de sanciones cumulativas o contradicciones y de la información asimétrica. Además, hay que considerar que un hipotético marco multilateral disminuiría los costes de transacción de las empresas (Bode y Budzinski, 2005).

En lo que a conflictos se refiere, éstos tienen su origen en la aplicación extraterritorial de las normas de competencia nacionales, de clara naturaleza intrusiva, a partir de la doctrina de los efectos y el resto de fórmulas jurídicas comentadas con anterioridad. Precisamente, la doctrina de los efectos enlaza con el segundo aspecto negativo que la globalización conlleva para las ANC: la instrumentalización de la política de competencia para fines de política comercial o industrial. Por ejemplo, las autoridades de competencia pueden verse tentadas a imponer restricciones ante una fusión de empresas extranjeras con vistas a proteger a sus empresas nacionales¹⁸. Esta instrumentalización de la política de competencia con fines proteccionistas refleja la incapacidad de los Estados para proteger de un modo efectivo la competencia en el nivel internacional. La tendencia a emprender las medidas que maximicen el bienestar de las naciones difícilmente llevará a una maximización en los niveles de bienestar de la economía a escala global.

A pesar de lo que pueda parecer, las ANC no suelen tratar del mismo modo a las empresas nacionales y a las extranjeras. En ocasiones, dichas autoridades no encuentran el incentivo suficiente para frenar comportamientos anticompetitivos que redunden en ventajas para sus

¹⁸ De eso precisamente se quejaba EEUU cuando la UE frenó en un primer momento la fusión entre Boeing y McDonnell Douglas en 1997.

empresas nacionales haciéndolas más competitivas en el mercado mundial. Esta inconsistencia nos llevaría a un caso particular del dilema del prisionero, caracterizado por un equilibrio de Nash ineficiente en términos de Pareto (Mitschke, 2008: 51).

Asimismo, los Estados están interesados en fomentar los llamados “campeones nacionales” que lideren la economía doméstica y compitan con garantías en el exigente mercado global. Esto provocaría una situación de relativa permisividad hacia esas empresas por parte de las ANCs, influidas por los intereses nacionales. Del mismo modo, esta permisividad contrastaría con el rigor que se les exigiría a la hora de abordar las restricciones a la competencia provocadas por empresas extranjeras. Esta asimetría puede levantar asperezas entre los distintos países, además de impedir que se mantenga la competencia efectiva en los mercados, para perjuicio de los consumidores.

Esta instrumentalización de la política de competencia supone un problema para todo el sistema de comercio internacional. Así, los beneficios que se deberían derivar de los acuerdos comerciales internacionales orientados a integrar las economías nacionales por medio de la reducción de aranceles se ven amenazados tanto por las prácticas restrictivas privadas, como por la política de competencia mal aplicada por los Estados. Un acuerdo multilateral de política de competencia permitiría abordar consistentemente ambos problemas (Sweeney, 2004).

Finalmente, cabe comentar que este uso descoordinado y discrecional de la política de competencia podría llevar a una situación de “carrera hacia el fondo” que ofrezca solo una mínima protección para la competencia, tanto en su nivel nacional como internacional. Con la intención de mejorar su competitividad internacional, o de atraer flujos de IED, los Estados podrían relajar su política de competencia nacional. Esta convergencia a la baja nos llevaría, nuevamente, a un dilema del prisionero que tendría como consecuencia la comentada sub regulación de la competencia, afectando negativamente al conjunto de la economía (Mitsche, 2008: 52).

3.3. Críticas a la iniciativa de establecer un marco multilateral para la política internacional de competencia

A pesar de todo lo indicado hasta ahora, hay economistas¹⁹ que consideran que los problemas expuestos no son justificación suficiente para suscribir algún tipo de acuerdo multilateral vinculante para la política de competencia. Estos autores consideran que los defectos comentados en los mercados internacionales pueden ser resueltos a través de otras vías como la cooperación y el diálogo.

En primer lugar cabría preguntarse si el actual “modelo” de política de competencia internacional, basado en el desempeño de más de 100 ANCs que pueden actuar extraterritorialmente y suscriben acuerdos bilaterales entre ellas, es incapaz de resolver los problemas de competencia que concurren en los mercados internacionales. ¿Son tan graves las pérdidas de eficiencia a nivel internacional, el uso discrecional y discriminatorio de la política de competencia, los conflictos inter-jurisdiccionales, y, en última instancia, las prácticas restrictivas en los mercados internacionales, como para emprender nuevas vías?

En segundo lugar, sería conveniente realizar un análisis coste/ beneficio para dilucidar la conveniencia de suscribir algún tipo de acuerdo multilateral vinculante en la materia. No está claro que una autoridad supranacional de competencia mejorase hasta tal punto la situación actual como para compensar los costes que ésta supondría; costes que tienen tanto una naturaleza económica –se añadiría un nuevo entramado burocrático al ya de por sí complejo y cargado mundo de las relaciones internacionales- como jurisdiccional –los Estados cederían parte de su soberanía a favor de la estrategia en cuestión-.

Hay autores como Rosenthal y Nicolaidis (1997: 356- 360)²⁰ que opinan que muchos de los problemas que impregnan el comercio internacional están motivados por cuestiones de política comercial y política industrial. En concreto, estos autores consideran que hay al menos cinco vías por las que estos instrumentos restringen la competencia, tanto a nivel nacional como internacional: las medidas proteccionistas, las medidas que tratan de atraer o impedir la entrada de inversores extranjeros, las regulaciones que confieren ventajas

¹⁹ Entre otros podemos encontrar a Moeschel (2005) o Rosenthal y Nicolaidis (1997)

²⁰ Citado en Mistchke (2008: 67)

competitivas a productores o empresas nacionales, las medidas de política industrial que promueven la creación de campeones nacionales y aumentar el empleo, y la excesiva protección de los derechos de propiedad intelectual de algunos Estados. En estos asuntos, la política de competencia tiene un impacto relativamente pequeño.

Por otro lado, los economistas más liberales como los seguidores de la escuela austríaca²¹ pueden pensar que la globalización, más que una amenaza para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, supone un valor. La eliminación de los obstáculos comerciales al comercio deja más expuestos los mercados domésticos a la entrada de nuevos competidores extranjeros. De este modo, el grado de “contestabilidad” alcanzado en dichos mercados sería suficiente para disciplinar la competencia. Sin embargo, la evidencia nos muestra que en las últimas décadas estamos asistiendo a una nueva oleada de cárteles internacionales.

Un asunto que preocupa especialmente a las ANCs son los cárteles a la exportación. Sin embargo, estos no son un motivo para la internacionalización de la política de competencia, toda vez que pueden ser resueltos a través de una seria y decidida actuación conjunta de los Estados. Bastaría con que dejasen de estar eximidos de las políticas nacionales de competencia. Otro modo en que pueden ser abordados es a partir de la cooperación internacional o de la aplicación de la doctrina de los efectos, como sucedió en el caso *Alcoa*.

Por otro lado, el control de las operaciones de concentración es uno de los temas que más controversia despierta. La falta de consenso, tanto académico como político, junto con los efectos asimétricos que provocan las fusiones internacionales entre las distintas jurisdicciones, dificultan que se alcance un acuerdo multilateral. Además, la importancia de éste área de la política de competencia sobre la estructura de los mercados provoca que los Estados se muestre especialmente reacios a ceder su soberanía en este campo (Mitschke, 2008: 75). Por ello, los debates internacionales en torno a una futura política de competencia internacional se centran en los cárteles intrínsecamente nocivos.

²¹ Cabe recordar que estos economistas encuentran del mismo modo poco menos que injustificada la política de competencia nacional.

Con respecto a las ineficiencias, muchas compañías se quejan de que han de notificar ante multitud de autoridades de competencia sus operaciones de concentración. Esto conlleva costes y retrasos. Sin embargo, tales ineficiencias están lejos de resultar un criterio decisivo para la internacionalización del control de operaciones de concentración. Además, como acabamos de comentar, los Estados otorgan una gran importancia a su soberanía con respecto a las fusiones y adquisiciones por su impacto en la estructura de los mercados, por lo que parece poco probable que se emprendan medidas internacionales en este sentido

Por su parte, Budzinski (2007) advierte de las razones económicas que han impedido que hasta la fecha se llegase a algún acuerdo internacional vinculante para la defensa de la competencia. Entre ellas sobresale la existencia de información asimétrica, que se traduce en la cercanía de los reguladores con respecto a los mercados objeto de regulación; las posiciones divergentes que mantienen los países con respecto al contenido y alcance de la política de competencia; y los costes de administración que supondría constituir un nuevo cuerpo de burocracia internacional.

Finalmente, el asunto de los conflictos internacionales es uno de los principales motivos que impelen el establecimiento de normas de competencia a nivel internacional. En primer lugar, hay que subrayar que tales conflictos no son ni mucho menos la norma, sino que se producen en casos contados. Además, los conflictos más serios hasta ahora han surgido de fusiones transfronterizas que, por un lado son permitidas (incluso deseadas) por alguna jurisdicción, pero que levantan sospechas en otra(s). Éste fue el caso de la fusión entre *Boeing* y *McDonell Douglas* ya comentada. Sin embargo, no está claro el modo en que una hipotética política de competencia internacional pueda resolver tales conflictos de un modo objetivo, toda vez que envuelven intereses nacionales de política económica.

4. Experiencia previa en Política de Competencial Internacional

En este epígrafe se realiza un repaso a los dos intentos serios por diseñar un marco global para la política de competencia antes de que la economía mundial se fragmentase en dos bloques enfrentados. El potencial valor que guardan estas iniciativas para la problemática actual es enorme, pues muchos de los obstáculos a los que se enfrentaron los partidarios de

un acuerdo global vinculante de competencia se repiten; adaptándose, eso sí, a la nueva realidad política, económica, tecnológica y social.

El primer intento de formular un marco global para la defensa de la competencia provino de Europa en el período de entre-guerras. La Sociedad de Naciones exploraba en esos momentos de qué forma mejorar la maltrecha situación económica que el mundo atravesaba. El gran peso de los cárteles internacionales durante la década de 1920 hizo que se plantease la necesidad de regularlos.

La segunda tentativa surgió de los países aliados tras su victoria en la II Guerra Mundial. El diseño del nuevo orden económico mundial comenzó antes, en 1944, cuando se firmaron los Acuerdos de *Bretton Woods*. Este tratado establecía las reglas para las relaciones comerciales y financieras entre los países más industrializados del mundo.

Al acabar la guerra, todas las miradas apuntaban al comercio internacional como la llave para iniciar la recuperación. Por ello, los países vencedores se propusieron crear una institución que ordenase el comercio mundial e impidiese la formación de los grandes cárteles, habida cuenta de la nefasta experiencia pasada. Así, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo celebrada en 1947 adoptó la Carta de La Habana para la creación de la Organización Internacional del Comercio (ITO). Esta institución velaría por el buen funcionamiento del comercio mundial, y abarcaba la prohibición de las conductas anticompetitivas internacionales.

El análisis de ambas propuestas debe servir para esclarecer las dificultades inherentes a la implementación de un efectivo sistema internacional de defensa de la competencia.

4.1. El proyecto pionero de política de competencia internacional en el marco de la Conferencia Económica Mundial de 1927

A pesar de que muchos piensan que la idea de internacionalizar la política de competencia surge en los años 90 del siglo XX, el primer intento de limitar el comportamiento anticompetitivo de las compañías transnacionales data de la peculiar década de 1920. Dicha iniciativa, enmarcada entre las propuestas de Sociedad de Naciones, estuvo lógicamente

motivada por el contexto económico y político de la época, que asistía a un proceso de florecimiento de cárteles y concentración de mercados sin precedentes.

Esta particular y pionera propuesta de establecer reglas globales de competencia pretendía ser una herramienta que colaborase con el restablecimiento de la prosperidad y la llamada “paz económica”. La sensación de inestabilidad que se respiraba en esos años en el viejo continente presagiaba un período de crisis y profundos cambios, como así fue.

4.1.1. El contexto político-económico

La economía europea había quedado muy mermada tras la Primera Guerra Mundial, lo que generó una sensación de pesimismo y desasosiego entre sus ciudadanos. Tres fueron los principales lastres económicos que la Gran Guerra dejó tras su paso (Gerber, 2010: 21):

- a. En primer lugar, los europeos percibían ahora Europa como una región pobre, sobre todo en relación con la situación anterior a la guerra. Los niveles de producción y de ingresos cayeron drásticamente, lo que provocó que el nivel de vida de los europeos fuese en esos años muy inferior al que reinaba al otro lado del Atlántico. Se ponía fin así a muchos siglos de eurocentrismo.
- b. Además, la inestabilidad y la incertidumbre acompañaron a esa relativa pobreza, y fueron a buen seguro los principales obstáculos a la recuperación.
- c. Por último estaba el problema de la superproducción. Existía la sensación de que el nivel de producción era mucho mayor al que el mermado poder adquisitivo europeo podía aspirar. Las distorsiones que la guerra había creado en la economía europea afectaron tanto al lado de la oferta como de la demanda.

El entorno político no era más alentador. El temor, cada vez mayor, a un nuevo conflicto era una sensación extendida que alimentaba la inestabilidad que caracterizó a este período. Como apunta Gerber (2010: 23), “*la inestabilidad política, la falta de confianza en el orden internacional, y la sensibilidad a la difícil situación económica tanto de los empresarios como de los trabajadores condujeron a una predisposición de los gobiernos a proteger sus industrias nacionales manipulando tarifas y cuotas*”.

En este incierto escenario se empezaron a formar grandes cárteles internacionales, que tampoco eran nuevos para los economistas e intelectuales de la época. La primera ola de cárteles transnacionales surgió a finales del siglo XIX como consecuencia de la primera gran depresión (1870-1880)²². Sin embargo, su dimensión fue muy inferior a la segunda gran ola que provocó el impacto de la Gran Guerra, y cuyos efectos calaron profundamente en la economía europea hasta el punto de ser unos de los factores que motivaron el ascenso de regímenes fascistas.

4.1.2. El debate sobre los cárteles internacionales en un período de cambios

La proliferación de los cárteles internacionales despertó todo tipo de reacciones entre los analistas, quienes entendían por aquéllos cualquier acuerdo industrial que traspase las fronteras nacionales. Algunos concebían dichos cárteles como beneficiosos ante la delicada situación que se vivía, pues se veían como un mecanismo de cooperación que reducía la incertidumbre y estabilizaba los precios. Otros, sin embargo, fueron capaces de ver más allá y detectar su más que probable perjuicio. El debate estaba lanzado: ¿Cómo había que actuar, si es que algo había que hacer, con los cárteles internacionales?

Ante tal situación, la Sociedad de Naciones propuso en 1925 la celebración de una conferencia internacional que abordase los acuciantes problemas económicos del momento. Todas las miradas apuntaban al comercio internacional como el mecanismo clave para mejorar la situación económica, lo que requería un análisis de aquellos factores que lo obstaculizaban. Fue aquí donde surgió la idea de usar la ley para proteger la competencia internacional por vez primera (Gerber, 2010: 24)

El Comité Preparatorio de la Conferencia Económica Mundial de Ginebra reflejó las diferentes posturas que los expertos de las más poderosas naciones europeas mantenían con respecto a los cárteles. Mientras que los expertos ingleses eran de la opinión de que sólo volviendo a un sistema económico internacional liberal como el de antes de la guerra se podría estabilizar la economía, el pensamiento alemán aspiraba a todo lo contrario.

²² Cornish (1979), citado en Gerber (2010: 24).

Prueba de ello es el trabajo presentado por el Ministro alemán y profesor, Julius Hirsch, al Comité Preparatorio (Resch 2005):

En la medida en que los acuerdos con naturaleza de cárteles se efectúan entre las naciones, su mayor logro reside en el hecho de que reúnen a grupos económicos que aún se encuentran divididos hostilmente bajo la influencia de la guerra mundial... En la medida en que los monopolios internacionales y acuerdos afines representan una racionalización en el comercio mundial y la industria, los efectos favorables de esta función deberían intensificarse tanto como sea posible.

El principal promotor de la conferencia fue Louis Loucheur, un ministro francés muy influyente en Europa, tanto en la esfera pública como privada. Loucheur estaba convencido de que los conflictos surgidos entre los europeos se debían a su excesivamente estrecha concepción de los intereses nacionales, de modo que abogaba por el establecimiento de mecanismos de cooperación en Europa. De hecho, el tema central de la conferencia fue reducir las barreras al comercio internacional que habían establecido los proteccionistas gobiernos europeos. Sin embargo, las mentes más despiertas veían las barreras privadas al comercio, especialmente a los cárteles, como igualmente dañinas.

Como se ha comentado, muchos –entre los que se encontraba el propio Loucheur- veían los cárteles internacionales como un medio para racionalizar el desarrollo económico, reducir la superproducción y mejorar la estabilidad en los puestos de trabajo. Así, Loucheur, con el apoyo alemán, instó a la conferencia a que alentase la formación de cárteles y socavase los obstáculos nacionales que los limitasen²³.

Sin embargo, ya hemos visto que los cárteles internacionales también estaban sujetos a fuertes críticas, debido a sus potenciales daños al conjunto de la economía. Algunos iban más allá afirmando que los cárteles eran intrínsecamente dañinos debido a la distorsión que introducían en el proceso competitivo. Tal era la posición de su más ferviente detractor en la época, el gran economista sueco Gustav Cassel. El mismo indicaba: “(...) *La Conferencia*

²³ League of Nations, *Journal*, *supra* note 20, at 59-60 (comments of Loucheur), citado en Gerber (2010: 28).

*tendría que hacer frente, en cada etapa, a las formas y efectos de la monopolización, que debe ser reconocido como el mal común*²⁴.

La idea de que la comunidad internacional debía establecer un marco normativo que regulase los cárteles bebía de tres fuentes primarias (Gerber, 2010: 29):

- a. En primer lugar se encuentra un grupo de economistas de reconocido prestigio mundial que encabezaba el propio Gustav Cassel. Estos atacaban repetidamente a los cárteles internacionales, enfatizando en los daños económicos que los mismos generan.
- b. Una segunda fuente la constituye el movimiento obrero. Entre la creciente clase trabajadora existía la creencia generalizada de que el potencial valor de los cárteles internacionales dependía de su capacidad para mejorar el empleo y el bienestar de los trabajadores. En caso de que no existiese tal disposición a compartir los beneficios extraordinarios generados, la comunidad internacional debería posicionarse y obligarles a ello²⁵.
- c. Un tercer factor a considerar lo compondría los intereses de los consumidores. A pesar de no estar fuertemente representados en la conferencia, eran frecuentes las alusiones y referencias que en la misma se hacía a la capacidad de los cárteles para incrementar en exceso el precio a los consumidores.

Estos tres pilares conforman el corpus básico de la defensa de la competencia internacional en este primer cuarto del Siglo XX. Como vemos, los fundamentos no han variado con el desarrollo del sistema capitalista y bien pueden ser utilizados en cualquier debate actual sobre el tema.

No hay que olvidar que en esos momentos, la experiencia en política antimonopolio nacional era muy limitada, lo que dificultaba su implementación a escala global. La ausencia de EEUU en la Sociedad de naciones no hacía sino agudizar el problema. Esto, entre otras

²⁴ League of Nations, *Report and Proceedings*, supra note 31, at 13. Citado en Gerber (2010:29)

²⁵ Ver League of Nations, *Report and Proceedings*, supra notas 31, a 51. Citado en Gerber, (2010: 30)

cosas, hizo que la discusión acerca de los cárteles internacionales fuese la más difícil y contenciosa de la conferencia²⁶.

Resulta sorprendente que, incluso antes de que muchos países europeos contasen con leyes antimonopolio, surgiese de éstos la iniciativa de establecer un control a las prácticas empresariales anticompetitivas transfronterizas.

4.1.3. La solución de compromiso

Finalmente, la conclusión a la que se llegó en la Conferencia no condujo al establecimiento de un marco internacional para la defensa de la competencia. Tampoco originó una oficina internacional para la supervisión del comportamiento de los cárteles internacionales. El veredicto oficial concluye:

*“Existe la creencia generalizada de que es imposible establecer un régimen jurídico internacional en vista de las divergencias entre las medidas que varios países consideran necesarias para abordar el tema...”*²⁷.

En cambio, el mismo informe prosigue afirmando que la investigación y publicidad sobre la naturaleza de los acuerdos que se celebren constituye uno de los medios más efectivos tanto para conseguir el apoyo de la opinión pública en aquellos acuerdos que promuevan el interés general, como para prevenir la aparición de prácticas abusivas.²⁸

En definitiva, la disputa entre partidarios y detractores de los cárteles internacionales se resolvió con una propuesta que pretendía contentar a ambas partes. Sin embargo, el compromiso al que se llegó, consistente en intensificar la investigación y la publicidad para detectar la conducta dañina de los cárteles, no debe minusvalorarse. Este hecho constituye en sí mismo un reconocimiento al problema de los cárteles, y un convencimiento de que había que desarrollar y diseñar sofisticadas medidas para abordar tan complejo asunto.

²⁶ Así lo recoge Walter Rucinam en *Economic Consequences of the League of Nations*, supra notas 16, a 72. Citado en Gerber (2010: 30).

²⁷ Liga de Naciones, Informe oficial, notas de la 31 a la 49. Citado en Gerber (2010: 30)

²⁸ Liga de Naciones, Informe oficial, nota 49. Citado en Gerber (2010: 30)

Hay que considerar las dificultades técnicas que en ese momento existían para analizar desde el punto de vista económico el problema de los mercados imperfectos. Si bien la persecución de las prácticas anticompetitivas ahonda sus raíces en el liberalismo clásico²⁹, el análisis económico se encontraba en esos momentos en pleno desarrollo tras la reciente revolución marginalista. Desde la perspectiva de la incipiente economía neoclásica, caracterizada por el énfasis en la eficiencia económica, los cárteles eran intrínsecamente malos para la economía, pues creaban un poder similar al de los monopolios, distorsionando el proceso competitivo.

La otra gran corriente de pensamiento económico del momento era la Escuela Histórica alemana, que no contaba con ningún marco analítico de referencia con el que abordar el asunto de los cárteles. La Escuela Histórica se caracterizaba por centrar su análisis en el contexto institucional que condicionaba las relaciones económicas. Desde esta perspectiva, cada cártel debía ser analizado considerando su entorno, y estudiando minuciosamente sus causas y consecuencias, no solo con respecto a la eficiencia económica, sino también considerando otros factores como la estabilidad, el empleo, la eliminación de excedentes, etc.

El otro factor que, junto con esta falta de consenso en la disciplina económica, dificultó que se llegase a un acuerdo vinculante en la Conferencia de Ginebra fue la insuficiente experiencia en derecho de la competencia de los países que conformaban la Sociedad de Naciones. La ausencia de EEUU resultó decisiva.

Como ya se ha indicado, EEUU era de los pocos países que contaban con una normativa de competencia específica consolidada. Parece claro que una iniciativa de semejante magnitud debía estar encabezada, o cuanto menos apoyada, por el país más poderoso e influyente en la materia.

²⁹ Tal y como vimos en el primer capítulo, en el pensamiento de Adam Smith acerca de los acuerdos entre comerciantes.

4.2. El proyecto revivido tras la II Guerra Mundial: la Carta de La Habana

En los años de la Gran Depresión y, en los posteriores a la guerra, los acuciantes problemas a los que se enfrentaba la comunidad internacional no dejaban lugar para el abandonado proyecto de establecer una política antimonopolio internacional. Sin embargo, al finalizar la guerra, éste resurgió de un modo distinto y en un contexto muy diferente (Gerber, 2010: 38).

El rearme de Alemania fue posible en gran medida por la formación de grandes cárteles que levantaron la economía, mientras que en Japón, los *zaibatsus*³⁰ acumulaban el grueso de la economía nipona. En ambos casos la comunidad internacional consideraba que dichas prácticas no hacían sino obstaculizar el libre comercio mundial y crear asperezas entre las naciones.

La II Guerra Mundial había situado a EEUU como primera potencia económica y militar del planeta, lo que le permitió, de alguna manera, diseñar las instituciones internacionales que debían “reconstruir” el mundo y restituir la paz. El proyecto de política de competencia internacional formaba parte de una extensa agenda liderada por EEUU por la que se implantaría el conjunto de instituciones económicas que guiarían la recuperación.

Gerber (2010: 39) señala que dos fueron los factores que jugaron a favor de la internacionalización de la política de competencia con respecto a la Conferencia de Ginebra, veinte años atrás.

La primera, y más obvia razón, es que dicho proyecto ya no era nuevo. El anterior intento había despertado la conciencia entre políticos y economistas de que era necesario emprender acciones ante los abusos de las compañías transnacionales.

El segundo factor fue el dramático cambio en la percepción de las relaciones comerciales y políticas internacionales. Tanto la Gran Depresión como las dos guerras mundiales habían extendido la miseria prácticamente a escala global. Cuando el mundo encontró la paz, la

³⁰ Los *zaibatsu* (literalmente *pandillas* financieras) eran poderosos conglomerados industriales poseídos por familias. Hasta la II Guerra Mundial eran los actores dominantes de la economía japonesa (hasta 1947 no existían leyes que defendiesen la competencia en Japón). (Dabbah, 2010: 542)

mayoría de los analistas subrayaron la necesidad de establecer mecanismos de cooperación internacionales. Debido a la interdependencia entre las naciones, especialmente occidentales, eran cada vez más los que creían que ciertos problemas solo podían ser resueltos a nivel internacional.

4.2.1. *Las organizaciones internacionales que enmarcan la iniciativa*

La iniciativa de internacionalizar la política de competencia formaba parte de un proyecto de mayor envergadura. Se trata del programa de “*Bretton Woods*”, una ambiciosa propuesta concebida por EEUU y sus aliados durante la guerra. Su objetivo era crear un sistema internacional de instituciones que ordenase el comercio mundial y promoviese el desarrollo político-económico tras la guerra. Las instituciones que se constituyeron fueron, entre otras, las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

Desde el principio de las discusiones estuvo presente la idea de crear una institución internacional que estabilizase y ordenase las relaciones comerciales. Muchos veían en el comercio internacional la llave para impulsar el necesario desarrollo económico. La institución que se proyectó para tal empresa fue la Organización Internacional del Comercio (ITO), que se pretendía adoptar a través de la Carta de La Habana.

Gerber (2010: 43) apunta que “*el proyecto de establecer una normativa de competencia internacional estaba contenido en un código de buenas prácticas, que a su vez era una parte clave del marco de la ITO*”. Así, esta organización se encargaría de ordenar el comercio económico internacional, lo que incluía abordar la problemática de los cárteles internacionales.

4.2.2. *El desenlace de las negociaciones*

El Comité Preparatorio inició las conversaciones en Londres en 1946, y continuaron en Ginebra, en 1947, al objeto de establecer los contenidos de la propuesta³¹. Parece ser que solo había algunos puntos discordantes que se referían a la excepción de ciertas

³¹ Al mismo tiempo, las conversaciones para firmar un acuerdo de reducción de aranceles avanzaban rápido, y en octubre de 1947, 8 de los 23 países que estaban negociando el acuerdo general firmaron el Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

obligaciones a algunos países subdesarrollados. En líneas generales, el proyecto de establecer una institución como la ITO que de alguna manera regulase el comercio internacional parecía gozar de un amplio apoyo.

Los países subdesarrollados jugaron un papel protagonista. Tras el proceso de descolonización que se estaba produciendo, estos países atraían la atención del mundo desarrollado. Las aspiraciones de EEUU, con la vista puesta en la URSS y su área de influencia, pasaban por incorporarlos al bloque occidental. En este sentido, la ITO debería jugar un papel protagonista, garantizando a estos países subdesarrollados un tratamiento especial en la economía occidental a expensas de los intereses de ciertos países industrializados. Tales concesiones³² levantaron asperezas en algunos países europeos, especialmente en UK, la segunda potencia comercial en esos momentos (Toye, 2010).

Finalmente, las concesiones realizadas fueron suficientes para que la carta fuese aceptada y firmada por 53 países. Las disposiciones sobre competencia se recogían en un capítulo independiente, el quinto, titulado *Restrictive Business Practices*. El proyecto pretendía imponer la obligación, a todos los países que la conformaban, de impedir que las empresas realizasen operaciones o actividades que pudiesen “*restringir la competencia, limitar el acceso a los mercados, o alentar el control en régimen de monopolio en el comercio internacional*”³³. Los Estados miembros estaban facultados para elevar quejas sobre prácticas restrictivas a la ITO. Ésta, por su parte, quedaba autorizada para iniciar investigaciones y demandar la información pertinente a las partes involucradas, así como a recomendar a los gobiernos acciones orientadas a remediar los problemas originados por comportamientos anticompetitivos³⁴.

La Carta iba más allá e incluso especifica el tipo de conducta objeto de la prohibición. Entre éstas se encuentran la “*la fijación de precios; las restricciones en los términos y condiciones de la oferta; los acuerdos de reparto de mercado; discriminación; la limitación de la producción o fijación de cuotas;*

³² Entre estas concesiones destaca la inclusión en el proyecto de un capítulo dedicado al desarrollo económico, a petición de Australia, India, China, Líbano, Brasil y Chile. Este capítulo reconocía que los países en desarrollo podrían establecer determinadas cuotas a la importación para proteger sus industrias nacientes.

³³ Artículo 46.1 de la Carta de la Habana.

³⁴ Artículo 48 de la Carta de la Habana.

el injustificado o ilegal uso de los derechos de propiedad intelectual; o prevenir el desarrollo de determinadas tecnologías”³⁵

La Carta de La Habana –junto con todo el proyecto de la ITO- fue llevada al Congreso de EEUU, donde se debía ratificar el acuerdo para autorizar a EEUU a participar en la organización. Sin embargo, y al contrario de lo que sucedió con otros componentes de la agenda de *Bretton Woods*, los congresistas no apoyaron la creación de la ITO, lo que derrumbó todas sus propuestas.

Gerber (2009: 46) atribuye este fracaso al contexto político internacional en el que los congresistas debían aprobar la creación de la ITO. El mundo se preparaba para una división en dos bloques, por lo que parecía claro que si la ITO se hubiese llegado a crear, una parte significativa del mundo no hubiese participado en la misma.

4.2.3. La Carta de La Habana, en perspectiva

Por tanto, los sucesos externos al propio proyecto terminaron por hundir a la *non-nata* ITO, de la que se pueden sacar interesantes conclusiones. En primer lugar, el proyecto respondía esencialmente a las necesidades del período. Si la economía mundial se debía recuperar por medio de la promoción del comercio internacional, es lógico que se tratasen de eliminar enérgicamente los obstáculos –gubernamentales o privados- que lo limitasen.

Los expertos norteamericanos –que nunca pensaron que los más firmes opositores a sus aspiraciones se encontraban en su propio Congreso- daban por supuesto, desde el principio de las conversaciones, que el orden económico de la posguerra debía incluir una fuerte normativa antimonopolio respaldada por instituciones internacionales. Sin embargo, los políticos europeos encontraron sus aspiraciones demasiado ambiciosas, en parte porque no contaban con una experiencia tan dilatada en la materia.

Hasta ese momento, la política de competencia en el viejo continente se había basado en un modelo de “abuso”, bajo el cual la ley establecía los principios básicos para la identificación del comportamiento anticompetitivo y facultaba a un organismo

³⁵ Artículo 46.3 de la Carta de la Habana.

administrativo a tomar las medidas necesarias para prevenir y desincentivar tales prácticas abusivas³⁶. Fruto de este desencuentro, la propuesta final fue más laxa que la que inicialmente se formuló desde EEUU.

Quizá lo más interesante de este episodio sea que la falta de apoyo político para la creación de la ITO no está relacionada con las disposiciones de defensa de la competencia que contenía. Es importante subrayar que el fracaso de la Carta de La Habana no representa un rechazo al establecimiento de una política de competencia internacional. Como apunta Gerber (2010: 52):

Las naciones comerciales de todo el mundo se unieron para establecer un enfoque coordinado para el control de las prácticas restrictivas en el comercio internacional, y ciertamente lo hubiesen conseguido de no ser por los acontecimientos políticos inconexos que se produjeron.

4.3. Política de competencia internacional en las instituciones de la posguerra

Tras el fracaso de la Carta de La Habana, la recién creada Naciones Unidas no se dio por vencida en el intento de atajar los problemas de competencia internacionales a través de una solución multilateral. La iniciativa la emprendió, cinco años después del fracasado intento de la ITO, la ECOSOC –*United Nations Economic and Social Council*-. Concretamente, el 13 de septiembre de 1951 se estableció un Comité *ad hoc* para abordar el asunto de las prácticas comerciales restrictivas que, bajo su punto de vista, “*pueden dañar las relaciones de intercambio económico internacional*”³⁷

Esta institución “*recomendó la inclusión de un convenio que estableciese un organismo internacional dotado con la responsabilidad de recibir e investigar quejas y reclamaciones sobre las prácticas restrictivas de las empresas*” (Dabbah, 2010: 544).

Sin embargo, la propuesta fue rechazada por parte de EEUU debido a su desconfianza en la misma. Los americanos alegaban que, ante la disparidad de objetivos y prácticas de las

³⁶ El abuso se refiere siempre al abuso de poder económico.

³⁷ Informe de la Primera Sesión del *ECOSOC Committee on Restrictive Business Practices*

políticas de competencia nacionales, la creación de una organización internacional única para todos los estados resultaría un fracaso.

Posteriormente, en 1958, se creó un Grupo de Expertos en el seno del GATT para abordar el asunto de las prácticas restrictivas de las empresas y hacer algunas recomendaciones. Entre las principales conclusiones que se desprenden de sus análisis es digno de mención su reconocimiento de que había una extendida *“falta del consenso necesario entre los países y una insuficiente experiencia en el terreno de las leyes de competencia, lo que hacía especialmente difícil, sino imposible, tratar de alcanzar cualquier forma de acuerdo sobre las prácticas empresariales restrictivas de dimensión internacional”*³⁸.

Finalmente, en 1961, el GATT publicó un nuevo informe en el que recomendaba que, en caso de disputa, las partes deberían entablar consultas entre ellas para controlar las prácticas restrictivas³⁹. Esto supone un avance sustancial con respecto a las recomendaciones de 1958, donde se observa una aceptación tácita de que la existencia de cárteles internacionales no suponía un problema excesivamente serio.

El informe de 1961 enfatizaba en que las prácticas empresariales *“que restringen la competencia en el comercio internacional pueden obstaculizar la expansión del comercio mundial y el desarrollo económico de los países y, por tanto, frustrar los beneficios resultantes de la reducción de aranceles y de la eliminación de las restricciones cuantitativas (...)”*⁴⁰.

Desde ese momento, y hasta el final de la guerra fría, los avances fueron muy limitados. En el siguiente capítulo, donde se analizan las principales instituciones internacionales que contienen en sus programas asuntos de competencia, se aborda el último intento de internalización. Éste se desenvuelve en la década de 1990, y se la conoce como el Proyecto de Múnich.

³⁸ GATT Resolution, 5 de Noviembre de 1958.

³⁹ GATT Resolution BISD 28 (9th Supp., 1961). Citado en Dabbah (2010: 545)

⁴⁰ Ibid.

RESUMEN- CONCLUSIONES

La política internacional de competencia envuelve a una serie de conceptos que difieren de aquéllos que concurren en los mercados nacionales. En primer lugar, hemos tratado de acotar de un modo preciso los elementos que caracterizan a los problemas de competencia a nivel internacional, así como las principales alternativas, a nivel teórico, que se presentan para evitar los perjudiciales efectos producidos por las prácticas comerciales restrictivas a nivel internacional. Seguidamente, se describen los principales actores afectados por tales prácticas: Estados –en los que se incluyen, como no podía ser de otro modo, las ANCs-, empresas multinacionales y grupos con intereses especiales –entre los que se encuentran los *lobbys*, los oferentes y los consumidores-.

También son dignos de mención los principales retos que plantean los problemas de competencia para la economía mundial. En primer lugar cabe destacar la concurrencia de condiciones propicias para que las empresas emprendan comportamientos anticompetitivos. Tales condiciones descansan bajo el paradigma de la globalización y la revolución de las tecnologías de la información y comunicación. En segundo lugar se encuentran los conflictos inter jurisdiccionales que se derivan de la aplicación extraterritorial de las normas nacionales de competencia. Un tercer reto se refiere a los obstáculos y barreras que las empresas levantan para evitar el acceso efectivo de empresas extranjeras a los mercados nacionales, tema que enlaza la política de competencia con el comercio internacional y los objetivos de la OMC. Finalmente, la proliferación de autoridades de competencia que se está produciendo en los distintos países amenaza con establecer una regulación ineficiente que se puede traducir en un aumento de costes y retrasos para las empresas multinacionales.

Por otro lado, las interacciones y vínculos que se producen entre la política de competencia y la política comercial, siempre en el escenario internacional. Para su correcta comprensión hay que tener muy claro el objetivo y alcance, tanto de la política de competencia, como de la política comercial. Como hemos comentado, las dificultades de acceso efectivo a los mercados actúan como nexo de unión entre ambas políticas. Además, es importante tener claro el modo en que afectan, de un modo individualizado, los problemas de competencia al desempeño del comercio internacional.

Bajo el escenario que hemos dibujado, conviene reflexionar en torno a los argumentos económicos que pueden empujar o disuadir a emprender medidas multilaterales para la defensa de la competencia. Ente los primeros cabe destacar el reto que supone la actual globalización para la actividad de la política nacional de competencia. Esta interrelación de la actividad económica deja expuestas a las autoridades nacionales, ideadas para lidiar con los problemas de competencia a nivel doméstico. Como consecuencia, salen a relucir sus límites y el problema de la instrumentalización de la política de competencia con fines de política económica estratégica, que se refleja en la aplicación discrecional de la política *antitrust*. Además, los conflictos entre las naciones que conllevan las doctrinas jurídicas ideadas para abordar los problemas de competencia del exterior son uno de los principales motivos que esbozan los defensores de emprender medidas para la defensa de la competencia internacional.

En contraste, desde las posiciones más liberales de la ciencia económica se confía en que la globalización actúe fortaleciendo la competencia a nivel internacional, en lugar de falsearla, haciendo los mercados nacionales más contestables. Además, relativizan los problemas e inconsistencias que acaecen en los mercados internacionales, arguyendo que los costes que supondría el establecimiento de una política de competencia a nivel internacional superarían a los costes inherentes a la situación actual. Hay quien cree que el *status quo* de la competencia internacional está lejos de ser motivo de preocupación.

La segunda parte del capítulo aborda la experiencia de la comunidad internacional a la hora de abordar las prácticas anticompetitivas transfronterizas. Dicha experiencia se resume en dos pasajes históricos: la Conferencia Económica Mundial de Ginebra (1927), auspiciada por la *League of Nations* y la Carta de La Habana, subsumida en los acuerdos de *Bretton Woods* que debían configurar el nuevo orden comercial tras el desastre de la II Guerra Mundial.

En el primer caso, los países industrializados de Europa se vieron en la necesidad de buscar soluciones a la maltrecha situación económica que el conflicto bélico dejó tras de sí en el Viejo Continente. En concreto, se plantearon fomentar el comercio internacional con vistas a que éste actuase como palanca para el crecimiento económico. Esto les llevó a plantearse la posibilidad de perseguir los cárteles internacionales que en esos momentos se

desenvolvían con libertad. Sin embargo, no estaba claro que los cárteles fuesen intrínsecamente malos en una situación de superproducción e incertidumbre como la que imperaba en las naciones europeas. Esto, unido a la nula experiencia europea en política de competencia, hizo que finalmente se acordase realizar actividades de investigación y publicidad con respecto a los cárteles internacionales para esclarecer sus efectos concretos en la economía.

En segundo lugar, la iniciativa de Naciones Unidas con respecto a las prácticas comerciales restrictivas fue mucho más concreta y se refleja en la Carta de La Habana (1947). Este proyecto comprendía la creación de una institución que velase por el buen funcionamiento del comercio internacional, la Organización Internacional del Comercio. Entre los objetivos de esta institución se contemplaba la eliminación de los grandes cárteles, que eran mirados con desconfianza e identificados con los totalitarismos de la década de 1930. Resulta llamativa la modernidad conceptual que reviste el capítulo V de la mencionada Carta de La Habana, titulado “Prácticas Comerciales Restrictivas”. A pesar de no contar con una sólida experiencia a nivel nacional en la materia –solo EEUU gozaba de una tradición contrastada en política *antitrust*- los países industrializados estuvieron cerca de suscribir el acuerdo. Sin embargo, la previsible fractura del mundo en dos bloques enfrentados provocó que el proyecto fuese finalmente abandonado.

CAPÍTULO VII

ASPECTOS INSTITUCIONALES DE LA POLÍTICA INTERNACIONAL DE COMPETENCIA

INTRODUCCIÓN

Una vez acotado el marco teórico que envuelve la problemática de la política internacional de competencia vamos a detenernos en los aspectos institucionales del particular. En este capítulo se contemplan las dos acepciones del concepto de institución. En la primera parte del capítulo –los dos primeros epígrafes- las instituciones son concebidas como organizaciones, mientras que en la segunda parte –el tercer epígrafe- la institución pasa a ser un conjunto de normas y disposiciones concretas.

Así, por un lado trataremos de poner en valor las aportaciones que se han realizado desde las instituciones internacionales para la defensa de la competencia a nivel internacional. Las organizaciones objeto de análisis –en los aspectos que interesan al cometido de este trabajo- son la OMC, la OCDE, la UNCTAD y la ICN. Todas ellas conforman las iniciativas emprendidas de un modo multilateral para la defensa de la competencia, independientemente de su carácter, hasta el momento, no vinculante.

Como tendremos ocasión de analizar, podemos considerar que la OMC y la ICN son las instituciones de mayor relevancia cuando hablamos de política de competencia internacional. Por ello, hemos creído apropiado incluir un epígrafe en el que se recoge un estudio comparativo entre ambas organizaciones, cuyo objetivo es dilucidar cuál de los dos enfoques es más apropiado para liderar una estrategia multilateral para la política de competencia internacional.

La segunda parte del capítulo versa sobre las posibles opciones organizacionales que se plantean a la hora de abordar los asuntos de competencia internacional. El diseño institucional de las posibles alternativas debe revelar la conveniencia de decantarnos por unas u otras, en función de los aspectos que los países consideran más relevantes. Para ello nos centraremos tanto en los aspectos positivos como en las posibles críticas que tales iniciativas puedan conllevar.

De este modo, el presente capítulo viene a complementar las ideas esbozadas en el anterior. El uno no puede entenderse sin el otro. La razón de presentar el contenido en dos capítulos distintos se debe a que consideramos de vital importancia para un futuro e

hipotético acuerdo sobre competencia internacional los aspectos institucionales que revista la propuesta. Por ello le dedicamos un capítulo específico al particular. Del mismo modo, la labor realizada por las organizaciones internacionales mencionadas es de gran ayuda para esclarecer el camino hacia una verdadera política de defensa de la competencia supranacional.

1. La solución multilateral. La política de competencia y las instituciones internacionales

Con la caída del muro de Berlín y el final de la guerra fría, el orden económico internacional se preparaba para un fuerte proceso de integración. A este importante acontecimiento histórico se unió la revolución tecnológica que desembocó en las nuevas TICs. Ambos factores permitieron una interrelación de las actividades comerciales por todo el mundo sin precedentes.

La década de 1990 fue un período de profundos cambios en todo lo que a comercio internacional se refiere¹. El mercado había ganado la batalla a la planificación centralizada y casi todos los países del extinto mundo soviético se preparaban para introducirse en la economía capitalista. Muchos autores se refieren a este proceso como el *Market Turn*.

Ante tales acontecimientos no es de extrañar que volviese a escena la necesidad de establecer límites a los abusos de las grandes empresas internacionales. En este epígrafe se van a analizar las iniciativas a nivel multilateral más significativas que se han realizado, a partir de ese momento y hasta hoy, en política de competencia internacional. Las instituciones que protagonizarán el análisis serán la OMC, la OCDE, la UNCTAD y, finalmente, la ICN.

1.1. La OMC y la política de competencia internacional. Antecedentes y desarrollo.

Desde su creación en 1994, la OMC ha sido el foro de discusión para el diseño y aplicación de la política de competencia de dimensión internacional. A pesar de que, inicialmente, desde la UE, Japón y algunos países en desarrollo se abogaba por incluir un mínimo de normas de competencia en el marco legal de la OMC, la oposición de EEUU y de algunos países en vías de desarrollo abortó tal iniciativa (Gerber, 2010: 101). Sin embargo, como se demostrará en el siguiente sub-epígrafe, la práctica ha demostrado la imposibilidad de

¹ Quizá el más importante fue el que resultó de la Ronda de Uruguay, cuyas negociaciones cristalizaron en Marrakech el 15 de diciembre de 1993. Este acuerdo supuso la sustitución del GATT por la OMC con el fin de dar un paso más en la eliminación de aranceles nacionales y la liberalización de los mercados a nivel mundial.

separar la política comercial de algunas consideraciones propias de la política de competencia.

Antes, en 1993, un grupo de académicos conocido como el “Grupo de Múnich” desenterró el proyecto olvidado y alabó las potenciales ventajas que supondría el establecimiento de un marco global para la defensa de la competencia. Se trata del *Draft International Antitrust Code* (DIAC), conocido como el “*Munich Draft Code*”. El Código formaba parte de un estudio del *Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Policy*. Su tesis consistía en subrayar la creciente necesidad de establecer reglas globales de competencia ante el grado de desarrollo y madurez que estaba adquiriendo el capitalismo ya entonces. Retomaremos este asunto en el último capítulo, cuando hablemos de la contribución europea a la política internacional de competencia.

1.1.1. Interacción entre disposiciones de la OMC y la política de competencia

Antes de evaluar la posibilidad de introducir normas de competencia en el marco de la OMC hay que destacar que esta organización multilateral ya contiene algunas disposiciones relacionadas con la defensa de la competencia. Si bien no se trata de ningún acuerdo específico, sí que podemos encontrar en algunos documentos de la OMC normas que rozan, con mayor o menor claridad, el ámbito de la política de competencia. Éste sería el caso de la protección de los derechos de propiedad intelectual. A continuación vamos a comentar los aspectos más relevantes de cada uno de los acuerdos, incluidos los principios básicos subyacentes a los acuerdos en cuestión.

El **Acuerdo sobre Contratación Pública** (ACP) es, hasta la fecha, el único acuerdo jurídicamente vinculante de la OMC que trata específicamente la contratación pública. Es un tratado plurilateral administrado por un Comité de Contratación Pública y está compuesto por los Miembros de la OMC. El Acuerdo se negoció durante la Ronda Uruguay (1986- 1994) y entró en vigor en 1996, para posteriormente ser renegociado y adaptado en marzo de 2012².

² http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm, página consultada el 24.02.2013.

En el preámbulo del ACP se reconoce la necesidad de un acuerdo multilateral efectivo para la contratación pública. En este campo, se considera fundamental disponer de medidas transparentes, llevar a cabo las contrataciones de manera imparcial, así como evitar conflictos de intereses y prácticas corruptas.

En el Artículo X.1 del documento definitivo³, se prohíbe a las entidades contratantes a adoptar o aplicar especificaciones técnicas, así como a prescribir procedimientos de evaluación que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. En la misma dirección, el párrafo 5 del mismo Artículo establece que la entidad contratante *“no recabará ni aceptará, de una manera que podría tener por efecto excluir la competencia, asesoramiento que pueda ser utilizado en la preparación o adopción de cualquier especificación técnica para una contratación determinada, de una persona que pueda tener un interés comercial en esa contratación”*.

Asimismo, en el Anexo E del ACP se subraya la importancia de asegurar que toda la contratación pública se lleve a cabo de conformidad con los principios de no discriminación y transparencia. El objetivo es asegurar que dicha contratación garantice la mejor relación calidad-precio al tiempo que se alcanza el grado óptimo de competencia internacional evitando que los agentes nacionales resulten beneficiados en los concursos.

Si bien el ACP está orientado al comportamiento de los Gobiernos –al igual que la mayoría de disposiciones de la OMC-, los siguientes acuerdos que vamos a comentar regulan de algún modo la conducta de los agentes económicos privados. En concreto, el **Acuerdo sobre Salvaguardias** (ASG) versa sobre aquellas medidas “de urgencia” como respuesta al aumento de las importaciones de determinados productos cuando esas importaciones hayan causado o amenacen con causar un daño grave a la correspondiente rama de producción nacional del miembro importador (Artículo II del ASG).

El Artículo 11.1.b del ASG refleja el consenso entre los Miembros para evitar que ninguno adopte o mantenga limitaciones voluntarias a las exportaciones, acuerdos de comercialización ordenada u otras medidas similares relativas a las importaciones o exportaciones. Entre estas “medidas similares”, se concretan las siguientes: *“la moderación de*

³ Denominado “Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública”.

las exportaciones, los sistemas de vigilancia de los precios de exportación o de los precios de importación, la vigilancia de las exportaciones o de las importaciones, los cárteles de importación impuestos y los regímenes discrecionales de licencias de exportación o importación, siempre que brinden protección". Claramente, estas disposiciones reman en la misma dirección que las normas de competencia.

Relacionado más directamente con las conductas privadas anticompetitivas, el **Acuerdo sobre Aspectos Relativos a la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio** (ADPIC) se refiere a la explotación abusiva de los derechos de propiedad intelectual, sin especificar los tipos de conducta abusiva. El ADPIC, negociado en la Ronda de Uruguay (1986-1994), constituye un intento de reducir las diferencias a la hora de regular los derechos de propiedad intelectual a escala global, sometiéndolos a normas internacionales comunes.

Entre los principios básicos en los que descansa el ADPIC, vuelve a aparecer el de no discriminación – igualdad de trato para agentes nacionales y extranjeros- así como el trato de la nación más favorecida⁴ y el de transparencia. Pero además, en el ADPIC se enuncia un principio adicional: *“la protección de la propiedad intelectual debe contribuir a la innovación técnica y a la transferencia de tecnología. Deben beneficiarse tanto los productores como los usuarios y debe acrecentarse el bienestar económico y social”*⁵. Nuevamente vemos cómo se relacionan los acuerdos de la OMC con los objetivos de la política de competencia, coincidiendo ambos plenamente en este caso.

Además de prohibir los abusos en este ámbito, así como el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o restrinjan la transferencia internacional de tecnología⁶, el ADPIC contiene una sección completa⁷ relativa al “Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales”. Tampoco aquí se describen los casos en los que dichas licencias deberían ser perseguidas.

⁴ Esta cláusula está presente tanto en el GATT como en la OMC, y establece la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte del mismo modo a todas las demás partes en un acuerdo de comercio internacional. Se trata por tanto de un caso particular del principio básico de no discriminación.

⁵ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm, página consultada el 24.02.2013.

⁶ Artículo 8.2.

⁷ Sección 8.

Donde sí se detallan explícitamente los comportamientos anticompetitivos es en el **Documento de Referencia sobre Telecomunicaciones Básicas**. Este acuerdo, suscrito en 1997, establece el marco regulatorio de los servicios de telecomunicaciones básicas y refleja el consenso entre los Miembros para emprender las medidas que eviten las prácticas anticompetitivas de las grandes corporaciones que tradicionalmente han suministrado los servicios en este ámbito. Entre tales prácticas anticompetitivas destacan:

- Las actividades anticompetitivas de subvención cruzada,
- El uso de información obtenida de los competidores con resultados anticompetitivos, y
- No suministrar oportunamente a los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios.⁸

Por otro lado, podemos encontrar una serie de acuerdos orientados a la intervención del Estado como poder, entendido en sentido amplio, donde los Miembros han acordado controlar los comportamientos que puedan afectar a la competencia internacional. Este control puede ser tanto gubernamental como judicial⁹, permitiendo a los agentes privados exigir el cumplimiento de los acuerdos ante los tribunales nacionales (Otero García-Castrillón, 2001).

En el primer caso, relativo al control gubernamental, las subvenciones juegan un papel protagonista. Éstas se regulan por medio del **Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias** (ASMC). En este documento se entiende por subvención cualquier contribución financiera de un gobierno u organismo público en el territorio de un miembro, o cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios y se otorgue con ello un beneficio¹⁰.

⁸ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/telecom_s/tel23_s.htm, página consultada el 24.02.2013.

⁹ Entre los acuerdos que establecen la obligación de introducir procedimientos independientes, así como revisiones para la defensa de los intereses privados con respecto a su situación competitiva se encuentran el Acuerdo general sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el ADPIC

¹⁰ Artículo 1 del ASMC.

Aun reconociendo sus efectos anticompetitivos, el ASMC solo prohíbe las subvenciones condicionadas a la exportación de productos y aquéllas que discriminan los productos extranjeros a favor de los nacionales¹¹. El Miembro que sufra el perjuicio de las subvenciones –país importador- podrá negociar consultas con el país exportador y, en caso de no llegar a un acuerdo, imponer medidas compensatorias que palien los efectos adversos de la subvención en cuestión sobre la producción nacional¹².

Por otro lado, el **Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio** (AOTC) somete al control de los Miembros las acciones emprendidas por instituciones no gubernamentales, además de condicionar los reglamentos de los propios Estados, tratando de evitar que se restrinja innecesariamente el comercio internacional. Los países deben determinar si tales instituciones se desenvuelven siguiendo los preceptos del acuerdo cuando actúen en su territorio. También en este acuerdo se establecen los principios básicos de no discriminación, nación más favorecida y transparencia.

Por tanto, el rol de los Estados bajo el AOTC es doble: por un lado deben cumplir con las obligaciones del Acuerdo; y, por otro, han de vigilar que sean satisfechos los estándares acordados (Otero García-Castrillón, 2001). De lo que se trata es de limitar las barreras innecesarias¹³ al comercio, lo que coadyuva a los objetivos de la política de competencia.

Con respecto a los monopolios estatales o empresas que disfrutan de privilegios especiales, el **Acuerdo General sobre Comercio de Servicios** (AGCS) refleja el acuerdo de los Miembros para evitar que tales empresas, al ofrecer el servicio exclusivo o monopolizado, afecten adversamente la cláusula de la nación más favorecida¹⁴. También se garantizan las cláusulas de transparencia¹⁵ y de no discriminación¹⁶ en este campo.

Del mismo modo, los miembros deben velar por que dichas compañías no abusen de su posición dominante cuando compitan con otros operadores por el suministro de servicios

¹¹ Artículo 3 del ASMC.

¹² Artículo 19.2.

¹³ Hay que remarcar el adjetivo de “innecesarias”, pues muchos de los obstáculos al comercio responden a razones de medioambiente, protección de la seguridad o la salud de las personas, prevención de prácticas que induzcan a error a los consumidores y otros objetivos de la regulación.

¹⁴ Artículo II.

¹⁵ Artículo III

¹⁶ Artículo XVII.

ajenos a la monopolización en el mercado nacional¹⁷. Es interesante detenernos en el Artículo IX del AGCS, que versa sobre las prácticas comerciales. En dicho artículo se especifica que determinadas prácticas empresariales, aparte del comportamiento abusivo recién comentado, pueden limitar la competencia y restringir así el comercio de servicios. En tal caso, los miembros podrán establecer consultas para llegar a decisiones consensuadas que terminen con las prácticas anticompetitivas en la oferta de servicios¹⁸.

Sobre la eliminación, o, al menos, la reducción de derechos monopolísticos, encontramos el **Entendimiento relativo a los Compromisos en materia de Servicios Financieros**. Este documento, enmarcado en el AGCS recién comentado, fomenta la eliminación o reducción de los efectos desfavorables que se deriven de medidas discriminatorias que impidan a proveedores extranjeros ofrecer en su territorio todos los servicios financieros permitidos y, en general, todas aquellas *medidas que, aun respetando las disposiciones del Acuerdo, afecten desfavorablemente a la capacidad de los proveedores de servicios financieros de cualquier otro Miembro para actuar, competir o entrar en su mercado*¹⁹.

Hemos creído conveniente dejar para el final el **Acuerdo Antidumping** del GATT, circunscrito a la agenda de la OMC, debido a la vinculación de esta práctica empresarial con la política de competencia. Una determinada mercancía será objeto de dumping cuando se exporte a un precio de exportación inferior a su valor normal; es decir, cuando el precio de exportación del bien sea inferior al precio comparable establecido para un producto similar²⁰ destinado al consumo en el país exportador, en el curso de operaciones comerciales normales. El dumping es comúnmente asociado a la intención de grandes empresas de eliminar la competencia con el fin de consolidarse como monopolios en los mercados extranjeros. Se trata por tanto de una estrategia de discriminación de precios a nivel internacional.

¹⁷ Artículo VIII.

¹⁸ El "Entendimiento" es un método facultativo y diferente para formular compromisos específicos en materia de servicios financieros. No forma parte del AGCS, pero fue agregado como anexo al Acta Final de la Ronda Uruguay.

¹⁹ Párrafo 10.

²⁰ Por producto similar la OMC entiende "un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado" (Artículo 2.6. del Acuerdo Antidumping).

Sin embargo, las medidas antidumping no están sustentadas en fundamentos económicos sólidos. Esto se debe, fundamentalmente, a que la decisión de una empresa de vender a precios distintos el mismo bien en diferentes mercados puede deberse a toda una serie de factores que no tienen por qué estar relacionados con la eliminación de la competencia. Por ello, las medidas antidumping son percibidas como un instrumento de neoproteccionismo (Crespo, 1997).

De hecho, a pesar de tratarse de una práctica de agentes privados y constituir potencialmente un comportamiento anticompetitivo, el tratamiento del dumping en el marco GATT-OMC va más allá del problema de la práctica anticompetitiva a nivel internacional para centrarse en los intereses estatales. El Acuerdo Antidumping no prohíbe la práctica en sí, pero deja abierta la vía de la sanción cuando dicha práctica se manifieste perjudicial para los intereses del país importador.

Este carácter de herramienta proteccionista le confiere una disociación con los objetivos generales de competencia y eficiencia, proclamados por los tratados comerciales. De este modo, debemos concluir que, con respecto a esta práctica anticompetitiva, la regla básica consiste en que puede ser sancionada por los estados a la luz de otros intereses distintos a los que emanan del proceso competitivo (Otero García-Castrillón, 2001).

1.1.2. Los esfuerzos por introducir un marco multilateral para la política de competencia en la OMC

Cuando hablamos de incorporar un acuerdo multilateral de política de competencia en la OMC, hay que tener claro que esta institución se ocupa fundamentalmente de las distorsiones al comercio internacional que provocan las acciones gubernamentales proporcionando un amplio marco de normas sobre el comercio entre sus miembros. Por tanto, sus acciones van, en principio, dirigidas al comportamiento de los estados, y no de las empresas.

A pesar de esto, la OMC aborda oficialmente asuntos de competencia en sentido estricto desde 1996, año en el que se estableció un equipo de expertos conocido popularmente como el “Grupo de Singapur”. Este grupo de trabajo se dedicó a investigar y explorar las

relaciones entre política de competencia y política comercial. Se trataba de sondear la posibilidad de introducir algún tipo de marco legal de competencia en el seno de la OMC (Dabbah, 2010: 123). A partir de entonces, se incorporó en el organigrama de la OMC un nuevo *Working Party* denominado *Working Group on the interaction between Trade and Competition*. Sin embargo, como veremos a continuación, este Grupo de Trabajo fue disuelto en 2004.

Antes, en 1995, un grupo de expertos en la materia liderados por K. van Miert, Comisario Europeo de competencia, se propuso liderar el proyecto. Su informe²¹ se publicó ese mismo año y provocó cierta conmoción. El dossier ponía el énfasis en la “nueva” economía, un orden comercial internacional aún más abierto que demandaba el diseño de una agresiva normativa de competencia (Gerber, 2010: 103).

El informe aplaudía y alentaba los avances realizados en la cooperación bilateral, pero aseguraba que dicha estrategia de la convergencia y cooperación, actuando sola, probablemente no produciría los resultados esperados a largo plazo. La propuesta consistía en establecer un marco procesal mínimo bajo el cual se crease una institución internacional que asegurase el cumplimiento del mismo. El documento no contenía normas concretas, sino que proponía una serie de principios sustantivos similares a los que sugirió el DIAC, centrándose nuevamente en el núcleo duro de la conducta anticompetitiva.

Al amparo de dicho documento, la Comisión Europea propuso la formación del mencionado grupo de trabajo de política de competencia dentro de la OMC en la Conferencia Ministerial de Singapur (1996). En el siguiente capítulo profundizaremos en esta cuestión para ordenar y poner en valor los esfuerzos de la UE para la internacionalización de la política de competencia.

La propuesta fue estudiada en varias conferencias ministeriales para ser definitivamente descartada en 2004. El llamado “Paquete de Julio” (2004: 4) liquidaba el asunto de la competencia y disolvía el Grupo de trabajo dedicado a la materia, fruto de la oposición de EEUU y un bloque de países en desarrollo.

²¹ COM (95) 359 final: “*Competition policy in the new trade order: Strengthening international cooperation and rules*”.

1.1.3. Reflexiones en torno a los elementos propuestos por los miembros de la OMC partidarios de una política de competencia internacional

En este apartado vamos a esbozar con relativa profundidad las principales ideas que se debatieron en las Conferencias Ministeriales de la OMC en las que se estudió la posibilidad de establecer un marco multilateral para la política de competencia en dicha organización. Los protagonistas de este debate son los distintos miembros de la OMC, por un lado, y el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, por otro.

Tras la Conferencia Ministerial de Doha (2001), el Grupo de Trabajo quedó encomendado a seguir esclareciendo las cuestiones sobre las que giraba el debate. Éstas se resumen en el Párrafo 25 de la Declaración Ministerial que resulta de dicha Conferencia:

En el período que transcurra hasta el quinto período de sesiones, la labor ulterior en el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se centrará en la aclaración de lo siguiente: principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad. Se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados participantes y se preverá la flexibilidad apropiada para tratarlas²².

De este modo quedaron claramente establecidas las líneas de investigación para los próximos años sobre la posibilidad de incluir la política de competencia en la OMC. En concreto, las reuniones ulteriores del Grupo de Trabajo se centraron en los tres elementos sustantivos siguientes (OMC, 2003a: 2)

- a. Los elementos contenidos en el párrafo 25 de la Declaración Ministerial de Doha,

²² La negrilla es nuestra.

- b. la naturaleza y alcance de los mecanismos de observancia -órgano de supervisión- que podrían aplicarse en virtud de un marco multilateral sobre política de competencia, y
- c. los posibles elementos en materia de progresividad y flexibilidad que podrían incluirse en un marco multilateral sobre política de competencia.

En lo que se refiere a las consideraciones generales sobre la conveniencia de elaborar un marco multilateral sobre política de competencia que incorporase los elementos del párrafo 25, el Grupo de Trabajo afirmaba que dicho marco ofrecería importantes ganancias a todos sus miembros, garantizando que los beneficios de la liberalización no se vieran mermados por el comportamiento anticompetitivo de los agentes privados. Además (OMC, 2003a: 4),

Un marco multilateral sobre política de competencia establecería para todos los Miembros un conjunto coherente de principios para una política de competencia sólida, y favorecería un entorno más transparente y previsible para el fomento del comercio exterior y las inversiones extranjeras. Contribuiría asimismo a la creación de capacidad institucional en los países en desarrollo (...). Por último, un acuerdo fomentaría la cooperación beneficiosa entre los Miembros, lo cual era importante habida cuenta de la creciente prevalencia de las actividades anticompetitivas transfronterizas.

Hay que tener en cuenta que desde la OMC no se plantea el establecimiento de un régimen completo de competencia, ni una autoridad supranacional (aunque sí un órgano de supervisión); ni siquiera persigue la armonización de los distintos regímenes de competencia. Más bien trata de definir una serie de principios fundamentales sobre los que se base la defensa internacional de la competencia.

Establecidos los principios y consideraciones generales sobre el particular, vamos a reflexionar en torno a los elementos específicos que fueron objeto de atención. Con respecto a los principios fundamentales, ya hemos visto que estos impregnan la práctica totalidad de disposiciones que la OMC contiene relativas a la política de competencia²³.

²³ Epígrafe 1.1.2.

I. Principio de Transparencia

El Grupo de Trabajo consideraba que el compromiso de transparencia debía abarcar todas las leyes, reglamentos y directrices de aplicación general. Los miembros de la OMC habrían de garantizar la publicación oportuna de tales disposiciones. Asimismo, los Miembros estarían obligados a notificar a la OMC tanto dichas leyes y reglamentos, como las exclusiones y exenciones sectoriales. (OMC, 2002b: 6).

Del mismo modo, aquellas jurisdicciones en las que las decisiones de aplicación en materia de competencia pudieran constituir un precedente (derecho consuetudinario), estarían obligadas a notificar dicha decisión. No obstante, habría que estudiar el modo en que esta obligación no resultase excesivamente gravosa para los miembros en caso de que se sucediesen las decisiones de aplicación relativas a la competencia (OMC, 2002b: 7)

Los beneficios que se esperan alcanzar derivados de la aplicación del principio de transparencia se pueden resumir en cinco esferas (OMC, 2003b: 59):

- a. La mejora de la transparencia reduce la incertidumbre respecto del proceso de adopción de decisiones oficiales, facilitando así la planificación empresarial y el cumplimiento voluntario de la ley. Por lo tanto, puede reducir incluso la necesidad de aplicar costosos procedimientos de aplicación.*
- b. La mejora de la transparencia mitiga las prácticas de gestión pública deficientes, que pueden drenar la iniciativa y los recursos del sector privado.*
- c. La mejora de la transparencia puede reducir las probabilidades de discriminación contra cualquier tipo de empresa, ya que por lo general se da publicidad a las medidas y decisiones oficiales.*
- d. La mejora de la transparencia propicia la equidad procesal.*
- e. La mejora de la transparencia por parte de un organismo encargado de la competencia contribuye a promover la confianza en los organismos de otras jurisdicciones con funciones análogas, facilitando así la cooperación voluntaria.*

Por tanto, el compromiso de transparencia se complementa con los objetivos de otras posibles disposiciones de un marco multilateral sobre política de competencia, como pueden ser la equidad procesal y la cooperación inter-jurisdiccional.

II. Principio de no discriminación

Antes de abordar el principio de no discriminación conviene aclarar algunas cuestiones concernientes al particular. En primer lugar hay que distinguir los **objetivos** de la política de competencia de aquéllos **instrumentos** que los Estados asignan para cumplir con tales objetivos. Entre los instrumentos mencionados se encuentran las medidas que los propios Estados –a través de las agencias de competencia-, los Tribunales o sus delegaciones representativas están facultados para emprender. Se puede afirmar que tales instrumentos son discriminatorios si ofrecen un trato distinto a los agentes extranjeros con respecto a sus homónimos nacionales.

Como vimos en el anterior sub-epígrafe, en el Derecho Mercantil Internacional, el término discriminación tiene dos facetas: el trato de la nación más favorecida (Artículo I del GATT) y el trato nacional (Artículo III del GATT). Además, conviene distinguir entre discriminación *de iure* o *de facto*. El primero es el caso en el que la discriminación se incorpora explícitamente a las disposiciones legales²⁴. En cambio, la discriminación *de facto* es el resultado de la aplicación de normas o prácticas no codificadas²⁵ (Clarke y Evenett, 2003).

Hay que apuntar que los miembros partidarios de un marco multilateral solo contemplaban el control de la discriminación *de iure*, en clara voluntad de dejar de lado las cuestiones políticas. O, como especifica la UE (OMC, 2002b: 5), “*la razón principal para limitar las disposiciones de la OMC a la discriminación de iure es que, cuando se traslada al contexto de la competencia, el concepto de discriminación de facto puede plantear dudas complejas sobre las políticas en materia de observancia, prioridades y facultades procesales de las autoridades encargadas de la competencia*”.

²⁴ El caso paradigmático es aquél en el que sencillamente se prohíbe a las empresas extranjeras adquirir empresas nacionales o concertar fusiones con ellas en determinados sectores. También puede ocurrir que las solicitudes de adquisición o fusión de una empresa extranjera con una empresa nacional se examinen siguiendo procedimientos diferentes y posiblemente más estrictos que los aplicables a las mismas operaciones entre empresas nacionales (OMC, 2003b: 23).

²⁵ Por ejemplo, si los procedimientos de examen de las fusiones se aplican de manera diferente según se trate de operaciones entre empresas nacionales u operaciones en las que interviene por lo menos una empresa extranjera (OMC, 2003b: 23).

III. Equidad procesal

El tercero de los principios básicos lo constituye la equidad procesal y, dentro de éste, la disponibilidad de recursos nacionales eficaces y adecuados. Desde la OMC se reconoce que una característica que comparten todos los regímenes de competencia consiste en la inclusión de garantías para que los derechos de los actores que se enfrenten a decisiones y sanciones adversas sean respetados. Sin embargo, dichas garantías podían variar en contenido y forma. En este sentido, el Grupo de Trabajo de la OMC considera relevantes cuatro amplias categorías de garantías (OMC, 2002a: 13):

- a. Garantías relativas al acceso al sistema. Esto se traduce, por ejemplo, en el derecho de las empresas a saber que una autoridad de competencia ha iniciado una investigación contra ellas, así como las objeciones de esa autoridad a su conducta.
- b. Garantías relacionadas con la defensa de las empresas afectadas. Las compañías deben tener el derecho efectivo de demostrar sus opiniones a la autoridad en cuestión, presentando pruebas o documentos que respalden sus opiniones.
- c. El reconocimiento del derecho de las empresas incoadas a obtener un nuevo examen de las decisiones que les afectaran por un órgano judicial independiente.
- d. Finalmente, debe garantizarse la información confidencial, abarcando los secretos comerciales.

Por otro lado, pueden distinguirse cuatro conceptos generales que probablemente promoverían la equidad en los procesos (OMC, 2002a: 14):

- a. *El derecho de acceso y de petición a la autoridad de defensa de la competencia;*
- b. *el derecho de una empresa sometida a investigación a conocer el fundamento de una objeción de la autoridad antimonopolio antes de que esa autoridad adoptara una medida, y el derecho de responder a esa objeción;*
- c. *el derecho de apelar contra una decisión del organismo, y*
- d. *la realización de los actos en tiempo oportuno.*

Finalmente, cabe destacar que la equidad procesal es condición *sine qua non* para lograr un entorno empresarial estable y previsible. La falta de equidad procesal afecta negativamente

a la inversión, además de acortar inevitablemente el horizonte de planificación (OMC, 2003b: 61).

IV. Cárteles intrínsecamente nocivos (*Hard-core cartels*)

Se trata de la única práctica anticompetitiva que ostenta el mérito de haber conseguido poner de acuerdo a la totalidad de regímenes de competencia. La razón es que este tipo de acuerdos colusorios anticompetitivos no entiende de fronteras y sus efectos sobre el bienestar global son manifiestamente negativos, afectando de un modo especialmente grave a los países en desarrollo y menos desarrollados. Estos países, o bien no cuentan con una autoridad nacional de competencia que los protejan de esta práctica, o bien sus autoridades de competencia no cuentan con el suficiente poder o experiencia para limitar los cárteles.

La propuesta general de los miembros de la OMC para combatir los *hard-core cartels* es la persecución de éstos a través de una legislación nacional eficaz que debe ir acompañada de disposiciones de aplicación que fomenten la cooperación voluntaria entre las ANCs que faciliten las investigaciones sobre los cárteles (OMC, 2003b: 62). La UE y sus Estados miembros los definen en los siguientes términos (OMC, 2002a: 1):

Por cárteles intrínsecamente nocivos nos referimos a los casos en los que los posibles competidores conspiran para participar en prácticas colusorias, sobre todo en la manipulación de licitaciones, la fijación de precios, el reparto de clientes y mercados, y las restricciones a la producción. Estas prácticas pueden aparecer con distintas formas y combinaciones.

Cabe destacar que los proponentes de la inclusión de disposiciones sobre los *hard core cartels* no defienden en un marco multilateral la configuración de un tipo concreto de ley anti-cártel; ni siquiera apuestan por la armonización de leyes sobre el particular en vigor. Esto permitiría que los miembros conservasen un grado de flexibilidad sustancial en la elaboración de este tipo de leyes (OMC, 2003b: 65)

Con respecto a las posibles actividades que desde la OMC se pueden emprender para abordar el problema de los cárteles, la UE y sus Estados miembros recomiendan dos acciones concretas (OMC, 2002a: 5-7):

En primer lugar, hay que conseguir un compromiso internacional sobre la prohibición de los cárteles intrínsecamente nocivos. Dicho compromiso debería plasmarse en un acuerdo sobre competencia en la OMC para contar con el respaldo de la mayoría de naciones. Esta prohibición multilateral debería implementarse a través de las ANCs, que deben establecer eficaces sistemas de lucha anti-cartel, incluyendo medidas como la política de clemencia. En consecuencia, una disposición internacional relativa a los cárteles debe incluir los mismos elementos esenciales que la legislación nacional en cuestión.

En segundo lugar, cualquier propuesta sobre cárteles intrínsecamente nocivos debe proporcionar el entorno adecuado para que se desarrollen los procedimientos adecuados en el campo de la cooperación voluntaria y el intercambio de información confidencial. De hecho, se asume que el intercambio de información es el núcleo de la cooperación entre autoridades, respetando, eso sí, las leyes sobre protección de información confidencial.

Este intercambio de información puede tomar distintas formas, incluyendo la notificación a otra u otras ANCs acerca de las investigaciones y procedimientos incoados que pudieran afectar a sus intereses. Para ser efectiva, la notificación ha de hacerse tan pronto como sea posible dentro del proceso de aplicación.

La información (no confidencial) objeto del intercambio entre ANCs puede ser clave para la lucha efectiva contra los cárteles. Dicha información puede tomar la forma de:

- a. La naturaleza y el alcance de la supuesta práctica anticompetitiva.
- b. El mercado implicado, así como los actores claves de ese mercado.
- c. Las etapas del procedimiento ya realizadas por la autoridad sujeto de la investigación, así como los siguientes pasos previstos en la misma.
- d. Cualquier documento relacionado con el caso que vaya a ser publicado durante el procedimiento.

Además de la notificación y el intercambio de información no confidencial, se contemplan otros dos cauces por los que debe desarrollarse la cooperación voluntaria en un marco multilateral de competencia. El primero es la provisión de asistencia mutua en los procesos

de aplicación. El segundo, la inclusión en el marco de cooperación de cláusulas de compromiso negativo y positivo²⁶. La experiencia de la cooperación bilateral pone de manifiesto que estas cuatro herramientas son indispensables para el establecimiento de una cooperación efectiva en el ámbito de la política de competencia (OMC, 2002c: 24).

V. Creación de capacidad.

Cuando hablamos de creación de capacidad nos referimos a la actividad por la que un país industrializado ofrece su asistencia para la creación o el fortalecimiento de un régimen de competencia en países en desarrollo. Esta asistencia puede tomar la forma de fondos monetarios o de conocimiento. Además, esta relación inter-jurisdiccional con motivo de la asistencia suele ser entendida como un compromiso a largo plazo por parte del donante (Clarke y Evenett, 2003).

Actualmente, los países que cuentan con los sistemas más sólidos y efectivos de política de competencia –EEUU, UE, Japón y Canadá– desempeñan labores de asistencia técnica y creación de capacidad a aquellos países que se están iniciando en la materia. Antes que un problema, se considera conveniente que todos los Estados cuenten con una legislación sólida de competencia para un control efectivo de las prácticas restrictivas a nivel internacional.

1.2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

La OCDE se creó en 1961 como parte de los esfuerzos norteamericanos por impulsar el desarrollo económico europeo tras la II Guerra Mundial. Hoy, la OCDE proporciona un foro para que los dirigentes de los Estados que forman parte de ella intercambien experiencias y perspectivas políticas para la búsqueda de soluciones a problemas comunes, identifiquen las prácticas económicas más adecuadas y trabajen en la coordinación de la acción política, tanto a nivel doméstico como internacional (Dabbah, 2010: 130). Su estructura se compone de más de 200 comisiones dedicadas a temas tan diversos como la ciencia, los mercados financieros y, por supuesto, la política de competencia.

²⁶ Ambas cláusulas son descritas en el epígrafe 1.1. del Capítulo VI.

Por tanto, la política de competencia es sólo un apartado de la agenda de la OCDE, aunque al frente de la Comisión de Competencia se encuentra una de las figuras más respetadas en el ámbito de la política de competencia internacional: Bernard (Joe) Phillips (Gerber 2010: 112). A la OCDE hay que reconocerle haber sido la primera organización internacional en adoptar un acuerdo –técnicamente, una Recomendación del Consejo de la OCDE- con respecto a la cooperación en materia de prácticas restrictivas comerciales que afectan al comercio internacional, en 1967.

El Comité de Competencia, también llamado Comité de Derecho y Política de Competencia, se estableció en 1987 y sustituye al anterior Comité de Expertos para las prácticas restrictivas, creado en 1953²⁷. Está compuesto por representantes de las ANCs de los Miembros de la OCDE y constituye la comisión más relevante en materia de competencia. Entre sus principales actuaciones destacan los esfuerzos encaminados a promover la convergencia de las leyes de competencia entre las distintas jurisdicciones (Dabbah 2010: 133-134).

El Comité de Competencia publica desde 1999 informes anuales sobre la evolución de las leyes de competencia en todo el mundo en su propia revista: el *Journal of Competition Law and Policy* (Gerber 2010: 112).

Además, la OCDE ha elaborado numerosos estudios relativos al proceso de internacionalización de la política de competencia. Entre éstos, destacan:

- *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement (2012)*
- *Competition Issues in the Financial Sector (2011)*
- *Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts and Recent Developments (2011)*
- *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement (2009)*
- *Recommendation of the Council concerning merger review (2005)*
- *Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hardcore cartel investigations (2005)*
- *Guiding principles for regulatory quality and performance (2005)*

²⁷ Este Comité de Expertos se estableció en la organización predecesora de la OCDE, la Organización Europea para la Recuperación Económica (OECE), creada tras la Segunda Guerra Mundial.

- *Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries (2001)*
- *Recommendation of the Council concerning effective action against hardcore cartels (1998)*
- *Recommendation of the Council concerning cooperation between General member countries on anticompetitive practices affecting international trade (1995)*
- *Recommendation of the Council for Cooperation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies (1986)*

El documento de la OCDE que ha causado un mayor impacto en la comunidad internacional sobre el particular es sin duda el ***Recommendation of the Council concerning effective action against hardcore cartels*** de 1998. En esta Recomendación se apunta que los países miembros deberían garantizar la disuasión de los cárteles intrínsecamente nocivos a través de su legislación sobre competencia; en especial mediante (OCDE, 1998: 3):

- a. *“Sanciones efectivas de un tipo y a un nivel adecuado para impedir que las empresas e individuos participen en dichos cárteles; y*
- b. *procedimientos de aplicación e instituciones con poderes adecuados para disuadir y remediar los cárteles intrínsecamente nocivos, incluyendo facultades para la obtención de documentos e información, así como la imposición de multas por el incumplimiento”.*

Por otro lado, la OCDE ha creado un Foro Mundial de Competencia en el que los participantes –miembros o no de la OCDE- tienen la oportunidad de dialogar acerca de sus experiencias en este terreno. En su última cita, los días 28 de febrero y 1 de marzo de 2013, los temas a tratar fueron la relación entre la competencia y la reducción de la pobreza, asuntos de competencia en los sectores de radio y televisión y el estado actual de la cooperación en la materia. Para este último tema, se tomaron como referencia los resultados que arroja la Encuesta OCDE/ICN sobre cooperación internacional²⁸.

Igualmente desde 2003 se celebra un Foro de Competencia de América Latina que anualmente reúne a los expertos de dicha zona interesados en esta problemática, a pesar de

²⁸ <http://www.oecd.org/competition/globalforum/programmeanddocuments.htm>, página consultada el 3.3. 2013.

que ningún país de América del Sur sea miembro de la OCDE²⁹. El último Foro data de los días 18 y 19 de septiembre de 2012 y fue celebrado en Santo Domingo. Allí se trataron asuntos como el impacto de la competencia en la reducción de la pobreza, el seguimiento de las evaluaciones entre homólogos de la competencia de nueve países latinoamericanos, la colusión y corrupción en la contratación pública y la neutralidad competitiva³⁰.

A modo de conclusión, hay que apuntar que la mayor contribución realizada desde la OCDE para la política de competencia ha sido su activo rol como promotor de la convergencia débil (*soft convergence*) entre los Miembros, que se caracteriza por los acuerdos no vinculantes. Esta convergencia entre los regímenes de competencia de los países desarrollados –pues son éstos los que componen la OCDE– se ve reflejada tanto en los procedimientos como en los aspectos sustantivos. Este resultado podría contribuir significativamente a la internacionalización de la política de competencia a través de la minimización de las diferencias en la visión que los distintos Estados mantienen acerca de la política de competencia (Dabbah, 2010: 140-141).

1.3. La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

Se creó esta institución en 1964 con el objetivo de promover la integración de los países en desarrollo en la economía mundial. La UNCTAD ha evolucionado hasta alcanzar los 173 países miembros y convertirse en toda una autoridad basada en el conocimiento. Su labor consiste en “*orientar los debates actuales sobre las políticas y la reflexión en materia de desarrollo, velando especialmente por que las políticas nacionales y la acción internacional se complementen mutuamente para lograr un desarrollo sostenible*”³¹.

Sus tres principales funciones son: actuar como foro de deliberaciones intergubernamentales buscando la creación de consenso; llevar a cabo investigaciones al objeto de analizar políticas y reunir datos para estas deliberaciones entre los expertos; y

²⁹ Únicamente México, que ingresó en la OCDE en 1994, representa a América Latina en dicha organización.

³⁰ <http://www.oecd.org/competition/latinameICNa/programmeanddocuments.htm>, página consultada el 3.3. 2013.

³¹ <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=1530&lang=3>, página consultada el 08/07/2011.

ofrecer asistencia técnica adaptada a las necesidades específicas de los países en desarrollo, prestando especial atención a los países menos desarrollados y a aquéllos con economías en transición³². Como se desprende de sus funciones, esta organización trata temas relacionados con la política comercial, pero no está claro que la política de competencia entre en su ámbito de actuación.

Sin embargo, en 1973 se iniciaron unas negociaciones promovidas por los países en vías de desarrollo, en el marco de la UNCTAD, que pretendían esclarecer cómo controlar del mejor modo las prácticas restrictivas. Para ello, se constituyó un Grupo Intergubernamental de Expertos en Leyes y Política de Competencia, integrado en la Comisión de Comercio de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos. Este Grupo se reúne periódicamente para discutir las alternativas existentes al objeto de mejorar la cooperación en la aplicación de la política de competencia internacional. Además, se encarga de promover la convergencia a través del diálogo enmarcado en el **Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas** (en adelante, “Conjunto”).

Este Conjunto, establecido en 1980, constituye un código de conducta multilateral en política de competencia que *“proporciona un conjunto de normas equitativas para controlar las prácticas contrarias a la competencia; tiene en cuenta la dimensión de desarrollo de la legislación y la política de competencia; y proporciona un marco para el intercambio y la aplicación internacionales de las mejores prácticas existentes”*³³. El documento original ya planteaba los siguientes objetivos (UNCTAD, 1980: 9):

- a. Lograr que las prácticas restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización del comercio mundial, prestando especial atención a los países en desarrollo.
- b. Alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo promoviendo, entre otras cosas, la creación, el fomento y la protección de la competencia; el control del capital, del poder económico, o de ambas cosas; y el fomento de la innovación.

³² Ibid.

³³ Ibid.

- c. Proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores.
- d. eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo puedan entrañar las prácticas restrictivas de las empresas, contribuyendo a maximizar las ventajas para el comercio internacional y en particular para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo.
- e. Formular un Conjunto de principios y normas equitativas convenidas multilateralmente para el control de las prácticas restrictivas para su adopción en el plano internacional, facilitando así la adopción y el fortalecimiento de las leyes y políticas en este ámbito a nivel nacional y regional.

Entre las particularidades del Conjunto encontramos el trato preferencial a favor de los países en desarrollo. En concreto, se establece que el control de las prácticas restrictivas debe realizarse teniendo las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de estos países, especialmente para que éstos alcancen los siguientes fines (UNCTAD, 1980: 13):

- a) Fomentar el establecimiento o desarrollo de industrias nacionales y el desarrollo de otros sectores de la economía; y
- b) Favorecer su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o globales entre países en desarrollo

Además, el Conjunto especifica una serie de prácticas que las empresas deben abstenerse a recurrir para garantizar la competencia en los mercados internacionales (UNCTAD, 1980: 14): *Acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones; licitaciones colusorias; acuerdos de asignación de mercados o de clientes; asignación por cuotas de ventas y producción; acción colectiva para la imposición de acuerdos (por ejemplo, mediante la negativa concertada a tratar); negación concertada de suministros a importadores potenciales; y rechazo colectivo a la participación en un acuerdo, o asociación, que sea vital para la competencia.*

Con respecto a los Estados, el Conjunto los considera responsables de la aplicación de las políticas que efectivamente reduzcan y eliminen las prácticas comerciales que restringen la competencia. Del mismo modo, se les insta a la cooperación e intercambio de información y experiencias entre ellos para el control de las prácticas restrictivas.

En el apartado relativo a las Medidas Internacionales, el Conjunto recoge las siguientes (UNCTAD, 1980: 18-19):

- a) Esfuerzos orientados a armonizar las políticas nacionales relativas a las prácticas restrictivas, de modo compatible con el Conjunto de principios y normas.
- b) Comunicación anual al Secretario General de la UNCTAD de información apropiada sobre las medidas adoptadas por los Estados y las agrupaciones regionales para cumplir su compromiso con el Conjunto, así como información sobre la adopción, el desarrollo y la aplicación de leyes, reglamentos y políticas relativos a las prácticas restrictivas.
- c) Continuación de la publicación por la UNCTAD de un informe anual acerca de la evolución de la legislación sobre las prácticas restrictivas, así como aquellas que afectan negativamente al comercio internacional.
- d) Celebración de consultas entre los Estados sobre problemas específicos de competencia.
- e) Aportaciones a los esfuerzos de la UNCTAD para la elaboración de una o varias leyes tipo sobre prácticas restrictivas.
- f) Ejecución o facilitación de programas de asistencia técnica, asesoramiento y capacitación sobre las prácticas restrictivas, especialmente en los países en desarrollo.
- g) Llamamiento a las organizaciones internacionales y a los programas de financiación que aporten recursos para financiar las actividades recogidas en el apartado f).

El Conjunto designa al Grupo Intergubernamental de Expertos en prácticas restrictivas como mecanismo institucional internacional. Actualmente, este Grupo de Expertos se reúne anualmente con el propósito de revisar este Conjunto de Principios en el seno de la UNCTAD, a fin de adaptarlo a la fluctuante realidad económica. En su última reunión –la decimotercera- programada para los días 8-12 de julio de 2013 en Ginebra, se abordaron temas como el impacto de los cárteles en los pobres, el establecimiento de prioridades y la asignación de recursos como herramienta para la eficacia del organismo, el examen de las actividades de creación de capacidad a las agencias de competencia más jóvenes y los

exámenes voluntarios entre homólogos del derecho y la política de competencia de Nicaragua, Pakistán y Ucrania³⁴.

Uno de los logros más significativos del grupo de Expertos ha sido la elaboración de una **Ley Tipo de Defensa de la Competencia**³⁵. Este documento, se encuentra en constante adaptación, datando la última actualización del 30 de abril de 2012. Otros documentos de interés impulsados por la UNCTAD son el *Handbook on Competition Legislation* y el *Directory of Competition Authorities*.

Cabe señalar que, mientras que en EEUU y en la UE estos instrumentos han jugado un papel meramente marginal, en los países en vías de desarrollo su impacto ha sido significativo. De hecho, desde la década de los noventa, una de las principales actividades de la UNCTAD ha consistido en impulsar programas de asistencia técnica para las autoridades de competencia de los países en vías de desarrollo, así como ofrecerles orientaciones para encontrar soluciones que minimicen el impacto negativo de la globalización (Gerber, 2010: 113).

En definitiva, y a pesar de no contar con una agenda específica de competencia, la UNCTAD se ha aproximado de una forma peculiar a la problemática de las prácticas restrictivas. De esto han salido beneficiados especialmente los países menos desarrollados, como es lógico, ya que se trata de una organización para el desarrollo.

1.4. La Red Internacional de Competencia (ICN)

A finales de la década de 1990, EEUU y otras jurisdicciones fueron conscientes de que la estrategia bilateral no era suficiente por sí sola para abordar los problemas de competencia que se sucedían en los mercados internacionales. Era necesario impulsar la convergencia entre los distintos regímenes de competencia para asegurar la efectividad en la aplicación de la política de competencia.

³⁴ <http://unctad.org/es/paginas/MeetingDetails.aspx?meetingid=215>, página consultada el 01.03.2013

³⁵ <http://unctad.org/es/Docs/tdrbpconf5d7.sp.pdf>, página consultada el 20.05.2013

Por ello, en 2000, un Comité Consultivo³⁶ de EEUU recomendó que se explorase la posibilidad de impulsar una Iniciativa Global de Competencia que fomentase las buenas prácticas y estimulase el diálogo entre los funcionarios encargados de la aplicación de las distintas políticas nacionales de competencia. El objetivo era impulsar la convergencia en los métodos de análisis, unos valores compartidos y, en definitiva, una cultura común de competencia (Clarke y Evenett, 2003).

Así, la ICN se constituyó en 2001 *“como una iniciativa multilateral que buscaba ofrecer una respuesta imaginativa a las autoridades de competencia de todo el mundo ante los desafíos que presenta la aplicación de las leyes de competencia en una economía globalizada, resultante del fenómeno de la mundialización de los mercados y la proliferación de regímenes de competencia a lo largo y ancho del mundo”*³⁷.

En la conferencia inaugural de la ICN se establecieron los ocho Principios Básicos que caracterizarían a tal organización, a saber: soberanía; transparencia; no discriminación sobre la base de la nacionalidad; equidad procesal; eficiencia, en tiempo y revisiones efectivas; coordinación, convergencia y confidencialidad.

La ICN ofrece a las autoridades de competencia un espacio especializado e informal que permite el mantenimiento de contactos regulares, así como abordar los problemas prácticos que plantea la competencia. Esto da lugar a un diálogo dinámico que sirve para construir el consenso y la convergencia hacia unos principios de política de competencia en toda la comunidad mundial de defensa de la competencia.

En realidad, la ICN surge como respuesta a la resistencia de la FTC y el Departamento de Justicia de EEUU a las aspiraciones de la UE de instaurar un marco global de defensa de la competencia. Desde las altas esferas europeas se ha venido insistiendo en la necesidad de atajar el acuciante problema de la competencia a nivel internacional a través de un acuerdo vinculante, con escasos resultados. Y es que la postura defendida por EEUU se ha basado hasta hoy en potenciar la coordinación y convergencia de las normas nacionales de competencia.

³⁶ Concretamente, el “International Competition Policy Advisory Committee” (ICPAC).

³⁷ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>, página consultada el 08/07/2011.

Sin embargo, los expertos europeos se dieron cuenta pronto de que se trata de una herramienta útil que guarda un gran potencial para la lucha contra las prácticas restrictivas internacionales. Actualmente, se considera a la ICN como el mejor medio con que cuentan las autoridades de competencia de todo el mundo para interactuar y compartir experiencias (Dabbah 2010: 150).

La estructura organizacional de la ICN también es genuina. La organización es dirigida por un Grupo Directivo compuesto por 15 miembros que son elegidos por mandato de dos años. Tales miembros son exclusivamente autoridades de competencia, tanto de países desarrollados como en vías de desarrollo, lo que permite que este organismo se centre única y exclusivamente en problemas de competencia. Esto constituye una limitación para la organización en términos de alcance, pues no estarán representados aquellos Estados que no cuenten con agencias de defensa de la competencia.

El Grupo Directivo se reúne una vez celebrada la Conferencia Anual para supervisar el progreso de los trabajos en curso, seleccionar los proyectos relevantes para futuros trabajos y desarrollar planes de trabajo para ponerlos en marcha (ICN, 2004).

Tras el Grupo Directivo se encuentran los Grupos de Trabajo, dedicados a la labor específica de la organización que se plasma en las decisiones del Grupo Directivo. Los Grupos de Trabajo se dividen en función de los diferentes frentes de la política de competencia y tienen como objetivo buscar el consenso entre los miembros, así como desarrollar “buenas prácticas” en los asuntos en cuestión. Así, podemos encontrar los siguientes equipos de trabajo³⁸:

- El **Grupo de Trabajo de Promoción** (*Advocacy Working Group*), encargado de crear una opinión pública favorable sobre la competencia;

³⁸ Además de los que se enumeran, la ICN ha formado Grupos de Trabajo para los asuntos de la aplicación de la política de competencia en sectores regulados (*Antitrust enforcement in regulated sectors*), operativo en los años 2003-2005; la creación de capacidad/implementación de la política de competencia (*Capacity building/Competition Policy Implementation*), los años 2002-2009; y las Telecomunicaciones (*Telecommunications*), los años 2005-2006.

- El **Grupo de Trabajo de Eficacia** (*Agency Effectiveness Working Group*), centrado en la eficacia en la labor de supervisión de la ICN sobre las distintas autoridades de competencia;
- El **Grupo de Trabajo sobre los Cárteles** (*Cartel Working Group*), que incluye la prevención, detección, investigación y sanción de conductas de cártel, tanto a nivel nacional como internacional;
- El **Grupo de Trabajo de Fusiones** (*Merger Working Group*), una de las primeras iniciativas de la ICN, encargado de elaborar directICNes y guías de buenas prácticas, con el fin de mejorar los distintos sistemas de revisión de fusiones en aspectos tales como la notificación de concentraciones, la investigación y el análisis;
- El **Grupo de Trabajo de Conducta Unilateral** (*Unilateral Conduct Working Group*) fue creado en 2006 y tiene por objeto el análisis de las conductas anticompetitivas de las firmas dominantes y de las empresas con poder de mercado, al tiempo que promueve la convergencia y la aplicación correcta de las leyes que rigen la conducta unilateral.
- El **Grupo de Trabajo del Marco Operativo** (*Operational Framework Working Group*) se ha establecido para discutir asuntos institucionales específicos tales como la estructura del Grupo Directivo o la necesidad de potenciar las redes de trabajo.

Hay que destacar que la ICN constituye una oficina virtual de especialistas en el campo de la competencia, por lo que disfruta de gran flexibilidad y dinamismo, actuando de modo independiente con respecto a otras organizaciones internacionales. Es interesante destacar que, debido a su composición, la ICN constituye un intento por separar los asuntos de política de competencia de aquéllos de política comercial (Clarke y Evenett, 2003).

El objetivo general de la ICN es desarrollar recomendaciones sobre buenas prácticas en la defensa de la competencia. Dichas recomendaciones son adoptadas por consenso en la Conferencia Anual. Además, la ICN se propone mejorar la gobernanza mediante el fomento de la cooperación multilateral entre las agencias de competencia, así como creando una cultura de competencia común promoviendo la convergencia entre las políticas de competencia nacionales y regionales (ICN, 2011).

Como ya hemos comentado, todas las recomendaciones que emanan de la ICN son no vinculantes, permitiendo a cada país decidir con autonomía cumplir o no con cada una de las propuestas formuladas. Sin embargo, los países se verán obligados informalmente a ponerlas en práctica a través de la presión del resto de miembros. De otro modo, aquéllas autoridades de competencia que no sigan las pautas consensuadas comunes serán difícilmente creíbles en ulteriores negociaciones (Budzinski, 2004b).

Gracias al intercambio de conocimiento y experiencias que ha impulsado, la ICN ha tenido un impacto sustancial en la evolución de las ideas de la comunidad internacional de la política de competencia. Especialmente reseñable ha sido su influencia en el desarrollo de estrategias de lucha contra cárteles y fusiones. Prueba de ello es su exitoso “*Recommended Practices for Merges Notification and Review Procedures*”, que ha servido de guía para más de la mitad de los miembros de la red en la revisión de sus sistemas de control de fusiones³⁹, o el conocido “*The Anti-Cartel Enforcement Manual*”.

Por último, aunque en conjunto se han conseguido importantes logros a través de la ICN, existen áreas tales como el comportamiento abusivo de las empresas dominantes y las restricciones verticales en las que no parece que se haya avanzado suficientemente, especialmente si nos referimos al tema de la convergencia. (Gerber, 2010: 116)

2. Una comparativa de dos enfoques distintos: la OMC y la ICN

Acabamos de analizar el tratamiento brindado por las organizaciones internacionales al problema de la política de competencia internacional. Atendiendo a sus objetivos, podemos dividir a estas organizaciones en dos grupos: por un lado, las que tratan (o han tratado) de apoyar de alguna manera el desarrollo de la política de competencia a través del estudio y difusión de cuestiones particulares, como la OCDE o la UNCTAD; y, por otro, aquéllas que pretenden (o han pretendido) liderar la gobernanza de la política de competencia a nivel internacional, como la OMC y la ICN.

³⁹http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/archive0611/ICN_Mission_Achievements_Statement.pdf, página consultada el 3.3.2013.

En el presente epígrafe realizaremos un análisis comparativo de estas dos últimas instituciones, posiblemente las que más han aportado al proceso de internacionalización de la política de competencia: la OMC y la ICN. El objetivo es determinar los pros y los contras de los enfoques propuestos por estas instituciones para liderar la política de competencia internacional.

Los enfoques que mantienen ambas organizaciones respecto al particular ya hemos visto que no son ni mucho menos parecidos. Por un lado, la OMC ha sido el foro en el que los Estados han propuesto y negociado las alternativas para abordar las prácticas restrictivas a nivel internacional. Tras la Declaración Ministerial de Doha (2001), muchos de los miembros más influyentes de la organización abogaban por el establecimiento de ciertos principios básicos, la creación de un órgano de supervisión y la suscripción de un código armonizado con un mínimo de normas de competencia. Sin embargo, el fracaso de Cancún ha impregnado de incertidumbre los futuros desarrollos de la OMC en este ámbito.

Por otro lado, la ICN ha sido exclusivamente concebida para hacer frente a los problemas de competencia internacional a través de la coordinación política. Su naturaleza dinámica y no vinculante contrasta con el enfoque de la OMC. A pesar de su corta vida, ya se pueden observar algunos logros como los descritos en el epígrafe 1.4.

2.1. Comparando ambos enfoques

A continuación vamos a realizar la comparativa de ambos enfoques basándonos en una serie de criterios propuestos por Bode y Budzinski (2005). Tales criterios son la viabilidad, aceptabilidad, eficiencia, negociación e implantación de normas internacionales de competencia, resolución de conflictos y adaptabilidad.

a. Viabilidad

Como no podía ser de otra manera, en primer lugar hemos de preguntarnos la idoneidad y viabilidad de ambos enfoques. El objetivo de la política de competencia internacional debe

ser maximizar el bienestar global, teniendo en cuenta que los países persiguen estratégicamente sus intereses buscando su propio bienestar nacional.

La OMC es una institución internacional sólida y con experiencia dedicada al comercio internacional. En términos operativos, ya hemos visto cómo, en ocasiones, los objetivos del comercio internacional y los propios de la política de competencia no son complementarios, lo que limita la capacidad de la OMC para albergar normas de competencia. Desde esta perspectiva, la OMC solo abordaría aquellas restricciones que incidiesen en el comercio internacional. Habría que establecer, además, un nuevo departamento de expertos en política de competencia, lo que conllevaría mayores esfuerzos y costes (Tarullo, 2000).

La ICN cuenta con una menor reputación y experiencia que la OMC, aunque su influencia es creciente en el ámbito de la política de competencia. Su mayor ventaja radica precisamente en el hecho de que su única preocupación descansa en los asuntos de competencia. Además, su carácter informal y no vinculante facilita la participación de las ANCs. Sin embargo, esta naturaleza informal también muestra su principal desventaja en términos de bienestar global: mientras que la protección de la competencia por la OMC puede internacionalizarse vinculando normas a la organización que permitan maximizar el bienestar global, no parece probable que la ICN cambie el enfoque exclusivo de los países en su propio bienestar nacional (Budzinski, 2004b).

b. Aceptabilidad

Para que un acuerdo multilateral resulte creíble, éste debe ser aceptado por los estados, las ANCs y los demás agentes que participan en el proceso competitivo. Ya sabemos que, inicialmente, la inclusión de normas de competencia en la OMC fue rechazada por EEUU y algunos países en desarrollo debido a su renuncia a perder parte de la soberanía nacional. Tras el nuevo enfoque adoptado en Doha (2001), todos los miembros parecían estar predispuestos a negociar y lanzaron sus propuestas.

Sin embargo, hay detalles que no han cambiado: el establecimiento de un mínimo de normas vinculantes de competencia implica renunciar irremediamente a parte de la

soberanía nacional para perseguir sus distintos objetivos de política de competencia. Además, los países en desarrollo mantienen el temor de que sus intereses no sean suficientemente considerados. Concretamente, estos países temen que un acuerdo de competencia desencadene el desembarco indiscriminado de grandes corporaciones en sus jurisdicciones, lo que amenazaría la supervivencia de su naciente sector industrial (Drexler, 1999)⁴⁰.

Por su parte, la ICN cuenta con alto apoyo gubernamental al renunciar a la transferencia de competencias hacia una autoridad supranacional, lo que en principio mantendría intacta la soberanía de las naciones. Las ANCs participan voluntariamente en las discusiones con las que se pretenden diseñar recomendaciones no vinculantes. Esto hace que la ICN sea la mejor alternativa en términos de aceptabilidad.

Con respecto a los países en desarrollo, ambas propuestas parecen considerar sus intereses y particularidades. Sin embargo, la ICN parece ofrecer mayores posibilidades de participación de estos países, que en muchos casos no se acaban de ver representados por la OMC.

c. Eficiencia

En este punto, hay que recordar que un acuerdo global sobre política de competencia reduciría las ineficiencias producidas por investigaciones paralelas, castigos cumulativos, sanciones contradictorias e información asimétrica.

La OMC, al aplicar sus principios de transparencia, no discriminación y equidad procesal a la política de competencia internacional reduciría presumiblemente los conflictos interjurisdiccionales y fomentaría la eficiencia en los procesos. Además, estos principios básicos limitarían la capacidad de los miembros para instrumentalizar sus políticas de competencia nacionales y buscar su propio bienestar, lo que iría en aras del bienestar global.

Empero, un marco multilateral basado en un mínimo de normas de competencia podría conducir también a ineficiencias, especialmente si estas disposiciones son demasiado

⁴⁰ Citado en Bode y Budzinski (2005).

débiles para proteger efectivamente la competencia a nivel internacional. Los países con regímenes de competencia más sólidos y restrictivos podrían encontrar incentivos para alinear su legislación a los estándares de la OMC, iniciando una peligrosa “carrera hacia el fondo”. De este modo, la protección internacional de la competencia podría ser menor que al principio (Davison y Johnson, 2002).

Por su parte, el modelo de la ICN, basado en la cooperación e interacción permanente también fomenta la eficiencia. La armonización de los procesos producto de la coordinación y las buenas prácticas redundan en un descenso tanto de los costes administrativos que las empresas deben soportar, como de las decisiones acumulativas y contradictorias (Bode y Budzinski, 2005). Bajo este enfoque, los conflictos también se verían reducidos. Sin embargo, tanto ciertas ineficiencias, como los conflictos más graves podrían persistir debido al carácter no vinculante de la ICN (Budzinski, 2004b)⁴¹.

d. Negociación e implementación de normas internacionales de competencia

Un acuerdo general sobre asuntos de competencia exige permanentes negociaciones para determinar y configurar las normas adecuadas. Por su parte, el régimen internacional de competencia debe gozar de competencia para implementar tales normas, obligando a los estados miembros a cumplirlas (Graham, 2003)⁴².

En este escenario, la OMC aventaja a la ICN debido a su experiencia en la negociación de acuerdos y en su capacidad para forzar su cumplimiento. Sin embargo, el enfoque de la OMC a la hora de negociar las normas de competencia se enfrentaría con mayor resistencia que la propuesta de la ICN, lo que juega en su contra. Es poco probable que las ANCs cedan soberanía para acordar normas procesales y sustantivas distintas a las que mantienen en sus jurisdicciones. Un mínimo alcanzable de normas de competencia ya hemos dicho que sería insuficiente para lidiar con los desafíos que plantea la protección de la competencia a nivel internacional (Davison y Johnson, 2002).

⁴¹ Citado en Bode y Budzinski (2005).

⁴² Citado en Bode y Budzinski (2005).

La estrategia impulsada por la ICN para la negociación de normas descansa en la coordinación política voluntaria. Las ANCs discuten asuntos de competencia, intercambiando información y experiencias. A pesar de las diferencias sustantivas y procesales, la interacción permanente entre autoridades puede llevar a la llamada “coordinación débil” de las normas de competencia (Bode y Budzinski, 2005).

Mantener el poder y control en las ANCs aumenta la disposición de éstas a participar en el proceso, además de facilitar la adopción de acuerdos. Sin embargo, la gran desventaja de la ICN con respecto a la OMC es que la primera no tiene competencias para hacer cumplir las normas vinculantes. Aunque se acuerden una serie normas de competencia a través de las buenas prácticas y la presión de los miembros, la implementación por parte de sus miembros no está garantizada, debido a que las ANCs dependen de los gobiernos y no disponen de poder legislativo.

e. Resolución de conflictos

Como vimos en el capítulo anterior, los conflictos suelen aparecer cuando los problemas de competencia afectan a distintas jurisdicciones. Esto se debe a que los distintos regímenes de competencia mantienen diferentes interpretaciones, intereses y cultura de competencia. Por tanto, un régimen global de competencia debe incluir un mecanismo de resolución de conflictos.

Esta exigencia juega a favor de la OMC, que actualmente cuenta con un mecanismo de resolución de conflictos que bien podría ser usado para asuntos de competencia. La capacidad de esta organización para abordar conflictos está probada y se considera legítima y justa. Sin embargo, hay que destacar la escasa experiencia que la OMC acumula en asuntos de competencia (Bode y Budzinski, 2005).

La ICN, en cambio, no posee ningún cuerpo diseñado para resolver conflictos. Presumiblemente, su confianza en la interacción y cooperación informal que se derivan en el diseño de buenas prácticas debe reducir la posibilidad de que surjan conflictos gracias al proceso de convergencia y armonización que aquéllas acciones impulsan. Los conflictos que pudiesen aparecer se resolverían a partir de la interacción cooperativa, el intercambio

de puntos de vista, la anticipación y la confianza entre las ANCs. Sin embargo, este enfoque informal no parece suficiente para abordar conflictos serios que envuelvan intereses nacionales ajenos a la política de competencia (Bode y Budzinski, 2005).

f. Adaptabilidad

En un entorno dinámico como el de las prácticas restrictivas, una variable importante que hemos de considerar es la capacidad de la política de competencia para innovar y adaptarse a los retos que plantea el comportamiento empresarial. De este modo, hay que considerar dos dimensiones respecto a este criterio evolutivo (Bode y Budzinski, 2005):

➤ Evolución de las prácticas restrictivas. El modo en que las empresas esquivan el proceso competitivo en busca de su propio beneficio evoluciona continuamente a través de un proceso sin fin. Teniendo en cuenta que los futuros comportamientos anticompetitivos no pueden ser anticipados ni por las autoridades de competencia ni por los legisladores, el sistema debe gozar de la capacidad de adaptarse a los nuevos retos planteados por el innovador carácter de las prácticas restrictivas.

➤ Evolución de la teoría. Presumiblemente, el progreso científico producirá nuevas teorías y criterio de evaluación de la competencia, ya que no es posible concluir que en algún momento dispongamos de conocimiento completo sobre el particular. En consecuencia, las buenas prácticas de hoy no tienen por qué serlo en el futuro. Por tanto, el sistema debe permanecer abierto a nuevas teorías y las consecuentes innovaciones en el ámbito político.

Teniendo en cuenta esta exigencia evolutiva, el enfoque de la ICN basado en las buenas prácticas consensuadas se presenta, a primera vista, como un instrumento apropiado para generar y mejorar una eficiente y efectiva protección de la competencia. La clave de este enfoque reside en su capacidad para identificar las mejores prácticas y soluciones para abordar el comportamiento anticompetitivo.

Sin embargo, si reflexionamos más profundamente en la dinámica del mecanismo de la ICN encontramos que este carácter innovador podría desaparecer a largo plazo. Si

consideramos que la actual diversidad de los regímenes de competencia es fundamental para el desarrollo de las mejores prácticas, nuestras dudas se acrecientan. Esto se debe a que, en el futuro, el proceso propuesto por la ICN llevaría a que todos los miembros adaptasen, vía presión de sus miembros, las buenas prácticas consensuadas por la organización, lo que supondría el fin de la heterogeneidad de los regímenes de competencia. De este modo, desaparecería su potencial para identificar las nuevas y superiores formas de abordar los innovadores comportamientos anticompetitivos (Bode y Budzinski, 2005). Sin embargo, hay que recordar el carácter voluntario respecto a la adopción de buenas prácticas a pesar de la presión de los miembros.

El problema de la OMC en este punto es su perspectiva a largo plazo de configurar un sistema más o menos homogéneo de normas de competencia. Los elementos descentralizadores, puestos de relieve por la Declaración de Doha (2001), se presentan como un medio para superar el inicial rechazo a una solución centralizada (Bode y Budzinski, 2005).

De este modo, ninguna de las dos alternativas parece ser válida desde el punto de vista de la adaptabilidad. Para conseguir un nivel deseable de innovación, resulta imprescindible que el sistema internacional mantenga un sustancial grado de descentralización. En el siguiente epígrafe reflexionaremos acerca de la idoneidad de mantener elementos descentralizadores en un sistema multilateral para la defensa de la competencia a nivel internacional.

3. Alternativas en el diseño organizacional de un futuro Sistema Multilateral para la Política de Competencia

Como hemos visto en éstos últimos dos capítulos, las propuestas para abordar los problemas de competencia internacionales han ido evolucionando a lo largo del tiempo. En las dos tentativas más lejanas en el tiempo –Conferencia Económica Mundial de Ginebra (1927) y Carta de la Habana (1948)- las propuestas giraban en torno a la suscripción de un acuerdo multilateral vinculante. De hecho, la Carta de la Habana proyectaba incluso la creación de una organización que se encargaría de que los Estados respetasen y cumpliesen las normas de competencia.

Sin embargo, en las últimas décadas, hemos visto como la propuesta se transformaba, dando lugar a un código que contuviese un mínimo de normas de competencia (como se vimos con el *Munich Antitrust Code*) que debían ser respetadas y controladas por las ANCs. Parece poco realista abogar hoy por la creación de una nueva institución mundial independiente que se encargue de aplicar la política de competencia.

Con este escenario, el presente epígrafe pretende esclarecer una cuestión: qué diseño institucional sería más apropiado para la política internacional de competencia. Con tal fin, estudiaremos a nivel teórico los diferentes grados de cooperación internacional sobre el particular. Esto nos ayudará a comprender el actual debate sobre la armonización de las normas de competencia, promovido, como acabamos de ver, por la ICN. Posteriormente, en el segundo epígrafe, se analizan las dos organizaciones internacionales que consideramos candidatas para ser responsables de la política de competencia a nivel internacional: la ICN y la OMC.

3.1. Posibles diseños institucionales para la política de competencia internacional

Como hemos tenido ocasión de analizar, la dinámica de los mercados en los últimos años ha llevado a una pronunciada internacionalización de la actividad económica. Esto ha provocado, directamente, la consecuente internacionalización de la política de competencia a través de la extraterritorialidad y la suscripción de acuerdos bilaterales. Esta cooperación internacional puede ser clasificada en función del grado de intensidad de la misma. Así, podemos distinguir entre (Mitschke, 2008: 11):



Figura 3: Niveles de cooperación internacional. Fuente: Mitschke (2008: 11)

- La **supra nacionalización** implicaría transferir derechos de los Estados, y por ende, de las ANC's a una autoridad global superior. Ésta tendría la facultad de formular, de un modo autónomo, disposiciones internacionales de competencia que prevalecerían sobre las normas nacionales de competencia.
- La **centralización** conllevaría la transferencia de ciertas competencias nacionales a una institución internacional. Este sería el caso de la centralización en la aplicación de normas de competencia alcanzadas por medio de un acuerdo producto de la cooperación inter gubernamental.
- La **armonización** se refiere a la convergencia de leyes –sustantivas o procesales– nacionales en consonancia con las demás. Un ejemplo sería la implementación internacional de un mínimo de normas de competencia; o bien, en el otro extremo, la creación de leyes idénticas.
- La **coordinación** afectaría a las acciones políticas de un país con respecto a los demás con el objetivo de alcanzar la mejor solución para un problema nacional o internacional de competencia. Esta coordinación se podría realizar con acciones *ad hoc* o con un régimen formal de coordinación.

- La **cooperación** implicaría el intercambio de información y conocimiento general o específico ante un determinado problema de competencia. También abarcaría la notificación de acciones políticas o procedimientos incoados, el intercambio de personal cualificado y la asistencia técnica y financiera.
- Finalmente, el **unilateralismo** alude a la preferencia por resolver los problemas internacionales sin recurrir a la cooperación internacional, con el consecuente riesgo de desencadenar conflictos internacionales.

Hay que mencionar que estos distintos grados de coordinación internacional no implican una elección estática. Podemos concebir estas alternativas desde una perspectiva dinámica, considerando que es posible, incluso deseable, avanzar desde posiciones inferiores – unilateralismo y cooperación- hacia alternativas superiores como la supra nacionalización.

Desde esta perspectiva, podemos justificar el fracaso de los proponentes de una institución internacional para la política de competencia en el hecho de no haber completado las fases intermedias del proceso. De este modo, la actual estrategia de la comunidad internacional impulsada por la ICN, consistente en la armonización de los regímenes nacionales de competencia, puede ser considerada como un paso intermedio hacia la configuración de una verdadera política internacional de competencia.

Las dos primeras etapas podemos considerarlas superadas. La solución unilateral se ha mostrado poco apropiada debido a su naturaleza intrusiva y promotora de conflictos internacionales. La proliferación de ANCs hizo que la estrategia virase hacia términos más cooperativos, encarnados en la estrategia bilateral. Durante las últimas décadas hemos experimentado un pronunciado crecimiento en la suscripción de estos acuerdos, siendo la última novedad la inclusión de la llamada cláusula de cortesía positiva. Actualmente, nos encontramos en la etapa de coordinación y armonización de los regímenes nacionales de competencia, pues la divergencia entre estos se ha mostrado como uno de los principales obstáculos para alcanzar una solución multilateral vinculante.

Sin embargo, no está del todo claro que todos los caminos lleven a una organización o institución internacional para la defensa de la competencia. Hay autores como Kerber (2003) que consideran poco realista esta solución, apostando por un modelo de política de competencia descentralizado basado en el federalismo. Este autor considera que la situación actual puede ser entendida a partir de dos perspectivas:

➤ En primer lugar cabe considerar que el actual intercambio de información y experiencias, así como la suscripción de buenas prácticas por consenso entre las ANCs, llevarán en algún momento a la uniformidad de los regímenes de competencia, con lo que muchos de los problemas actuales desaparecerían. Bajo este prisma, la actual estrategia sería considerada como un paso intermedio antes de alcanzar una meta más ambiciosa.

➤ La otra perspectiva, más escéptica, considera poco probable que todos los países acuerden un conjunto de normas de competencia incluso en el largo plazo. De este modo, la coexistencia de diferentes regímenes de competencia sería una realidad permanente en la política internacional de competencia, donde la descentralización se erigiría como la característica principal del sistema internacional de política de competencia.

Ambos enfoques serán comentados a continuación con el fin de esclarecer las ventajas e inconvenientes de dichas estrategias. Pero, antes, vamos a plantear ordenadamente el problema que queremos resolver, que no es otro que la asignación de competencias en un sistema multinivel para la defensa de la competencia.

3.1.1. Delimitación de competencias en un sistema multinivel

Teniendo en cuenta los intentos pasados por internacionalizar la política de competencia, por un lado, y el *statu quo* de la defensa de la competencia a nivel internacional, por otro, podemos afirmar que no parece realista plantear una estrategia totalmente centralizada, ni una absolutamente descentralizada. Estas soluciones extremas no parece que conduzcan al óptimo global. (Budzinski, 2007).

De este modo, la internacionalización de la política de competencia lleva automáticamente a un sistema en varios niveles en los que el problema principal radica en la delimitación de

competencias entre dichos niveles (asignación vertical) y entre los entes de un mismo nivel (asignación horizontal).

Esta estructura multinivel no es nueva para la política de competencia. No podemos olvidar que hay regiones como la UE o EEUU que cuentan con una política *antitrust* multinivel. Estos regímenes regionales constituyen auténticos entramados institucionales (*networks*) en sí mismos. La estructura organizacional del sistema multinivel sería la siguiente:

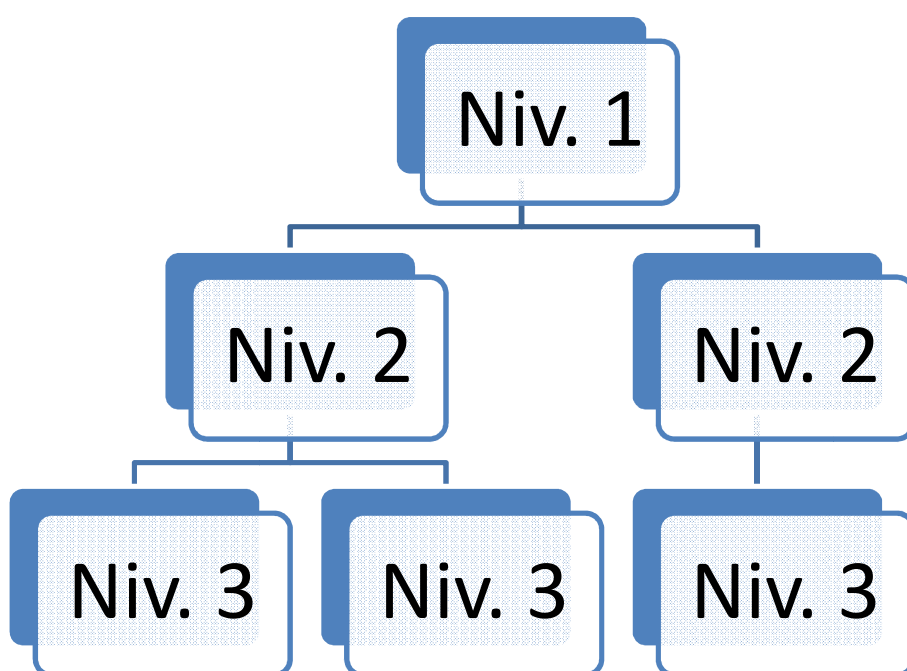


Figura 4. Régimen de competencia en tres niveles. Fuente: Kerber (2003)

En el nivel superior se encontraría la dimensión internacional de competencia; los niveles intermedios corresponderían a las autoridades supranacionales para la defensa de la competencia limitados regionalmente, tales como la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la UE; y los niveles inferiores serían ocupados por las ANCs. En este contexto, la asignación y delimitación de las competencias es decisiva para alcanzar la coherencia del sistema sin erosionar el carácter multinivel (Budzinski, 2007).

Pero, ¿qué competencias deben ser asignadas? Cuando analizamos los regímenes de competencia de mayor tradición y solidez, tales como el de EEUU o la UE, encontramos dos características principales (Kerber, 2003): Por un lado, las normas o disposiciones

sustantivas de competencia; por otro, el sistema de aplicación de dichas normas, que englobaría las normas procesales, las autoridades de competencia, los tribunales y los agentes privados. Podemos así considerar tres grandes elementos que pueden ser combinados de distintas formas entre los tres niveles considerados:

- a. Normas sustantivas
- b. Agencias de aplicación
- c. Tribunales

Como ya hemos deslizado, hay que considerar varias dimensiones en esta asignación de competencias. (Budzinski, 2007):

DIMENSIÓN I	Interrelaciones verticales y horizontales. Adicionalmente, podrían surgir diagonales		
DIMENSIÓN II	Competencias institucionales y de aplicación	DIMENSIÓN IIa	Creación, implementación y cambio de leyes
		DIMENSIÓN IIb	Aplicación de la normativa
		DIMENSIÓN IIc	Hacer cumplir la normativa aplicada
DIMENSIÓN III	Asignación exclusiva y concurrente de competencias		
DIMENSIÓN IV	Asignación de competencias sostenible y temporal		

Tabla 1. Dimensiones en la asignación de competencias. Fuente: Budzinski, 2007.

I. La primera dimensión se refiere a las interrelaciones verticales y horizontales. Adicionalmente, cabría plantearse también las relaciones diagonales, lo que supondría un auténtico sistema en red para la defensa de la competencia (*Dimensión I*).

II. La segunda dimensión atañe a las competencias institucionales⁴³ y de aplicación (*Dimensión II*). Entre éstas se encuentran las competencias para crear, implementar y cambiar leyes (*Dimensión IIa*), que pueden asignarse a un ente distinto al que albergue la competencia de aplicar las normas de competencia (*Dimensión IIb*), o la competencia de

⁴³ El concepto *institucional* lo utilizamos aquí para referirnos a un conjunto de normas, más que a una organización en concreto.

hacer cumplir la normativa aplicada (*Dimensión IIc*). Además, las normas sustantivas pueden distinguirse de las procesales, siendo asignadas de un modo distinto.

Resumiendo lo indicado hasta ahora, ante un caso específico de competencia, habría que decidir qué institución –conjunto de normas de competencia- se le aplica y qué agencia es responsable de incoar dicho caso. Por ejemplo, una agencia de nivel inferior podría albergar la competencia de aplicar las instituciones de una agencia de nivel superior. También podría darse el caso de que una agencia de nivel superior albergue normas procesales para la aplicación de las normas sustantivas de un nivel inferior. Asimismo, en un mismo nivel puede haber una agencia X con la competencia de moldear normas sustantivas, mientras que la agencia Y se encarga de aplicarlas. Este sería el caso en que una institución nacional es aplicada por un organismo extranjero. En definitiva, la asignación de competencias en materia de elaboración de normas puede diferir de la labor de aplicación y cumplimiento de dichas normas.

III. Asignación exclusiva y concurrente de competencias (*Dimensión III*). La competencia para ejercer jurisdicción sobre un determinado caso de competencia puede asignarse en exclusiva a una determinada agencia. Por otro lado, si la asignación de competencias es ambigua, puede surgir la concurrencia jurisdiccional, lo que daría lugar a ineficiencias. Este sería el caso en el que, por ejemplo, la CNC de España decidiese investigar un cártel que afectase a varios miembros (aunque a España en mayor medida) y que ya estuviese siendo investigado por la Comisión.

IV. Asignación de competencias sostenible y temporal (*Dimensión IV*). Equilibrar las fuerzas centralizadoras y descentralizadoras en un sistema multinivel esconde un problema dinámico. Los sistemas multinivel evolucionan junto con la asignación y delimitación de competencias, pudiendo ocasionar dos tipos de carencia: un proceso de centralización progresiva que erosionaría los beneficios de los elementos descentralizados del sistema; y un proceso de decadencia progresiva que amenazaría con socavar los beneficios de los elementos centralizados. A este respecto, sería deseable asegurar la sostenibilidad del sistema, lo que no implica que, una vez implementada una asignación de competencias, ésta no puede ser cambiada.

3.1.2. *Asignación de competencias horizontales*

El problema básico cuando planteamos la asignación y delimitación de competencias en un sistema multinivel de competencia radica en que, en muchas ocasiones, el alcance geográfico de los efectos de las conductas anticompetitivas no coincide con el territorio que delimitan las jurisdicciones, cada una con su propio régimen de competencia. Esta inconsistencia genera dos cuestiones (Kerber, 2003):

a. Casi todos los regímenes abordan los problemas de competencia si y solo si éstos afectan adversamente a la propia competencia en su jurisdicción. El ejemplo paradigmático de esta afirmación son los cárteles a la exportación, permitidos por la mayoría de regímenes de competencia. Esto provoca, como vimos en el epígrafe 3.2. del capítulo VI, lagunas en la defensa de la competencia a nivel internacional. La consecuencia de este problema es la aplicación extraterritorial de la normativa nacional a partir de la doctrina de los efectos, solución imperfecta, como ya hemos visto. La cooperación inter jurisdiccional a partir de acuerdos bilaterales y, por ende, multilaterales, podría ser la solución a esta insuficiente aplicación de la política de competencia internacional.

a. En contraste a estas lagunas regulatorias, la proliferación de regímenes de competencia provoca que se produzcan investigaciones paralelas que afectan particularmente a las operaciones de concentración. Este solapamiento aumenta los costes de transacción para las empresas y las ANCs, además de suponer el caldo de cultivo para la aparición de conflictos inter jurisdiccionales debido a las diferentes perspectivas que éstas mantengan ante la misma práctica restrictiva. La solución podría consistir en establecer una apropiada delimitación de competencias horizontales que redujese o eliminase esta superposición de competencias. Para ello, habría que establecer normas bilaterales y multilaterales que canalizasen los casos de competencia internacionales a una sola de las jurisdicciones afectadas: la llamada “jurisdicción líder” (*lead jurisdiction*). Otra solución pasaría por que la autoridad del nivel superior asignase los casos a una determinada agencia afectada de nivel inferior; o bien que la propia autoridad superior lidiase con la práctica anticompetitiva en cuestión cuando esta afectase a varias jurisdicciones, siguiendo el modelo de la UE.

Budzinski (2007) apunta que la solución para este problema de delimitación de competencias pasa por establecer dos principios básicos en el sistema que garanticen su efectividad y aceptabilidad: el principio de no discriminación y el principio de la jurisdicción líder obligatoria (*mandatory lead jurisdiction*). Vamos a analizar qué supondría para el sistema multinivel la aplicación de tales principios.

a. Como hemos tenido ocasión de analizar, el **principio de no discriminación** constituye un principio fundamental en el marco GATT-OMC para el comercio internacional. Trasladado a la política de competencia, este principio podría incorporar los siguientes elementos (Budzinski, 2007):

- Obviamente, el principio supondría la no discriminación entre consumidores y productores nacionales y extranjeros. Esto afecta tanto al diseño, como al modo en que son aplicadas las normas de competencia. Sería necesario establecer los mecanismos necesarios de supervisión, reclamación y sanción para identificar y eliminar aquellas políticas de competencia discriminatorias.
- La no discriminación limita la competencia de reclamar jurisdicción de forma extraterritorial debido al interés legítimo de las instituciones extranjeras a la hora de diseñar sus leyes de acuerdo a sus propias preferencias⁴⁴, siempre y cuando éstas respeten los principios acordados⁴⁵. Esto limitaría varias exenciones “popularizadas” de la política de competencia, tales como los cárteles a la exportación.
- En caso de discriminación y conflicto se acudiría, de un modo limitado, al nivel superior, que debe decidir qué institución o qué jurisdicción inferior se aplica a un caso específico⁴⁶. El ente de orden superior también puede cubrir las decisiones sobre el cumplimiento de las normas de competencia aplicadas⁴⁷.

⁴⁴ Dimensión I.

⁴⁵ Dimensión II.

⁴⁶ Dimensión IIb.

⁴⁷ Dimensión IIc.

b. Como hemos apuntado, el **principio de jurisdicción líder obligatoria** consiste en que si un acuerdo o práctica anticompetitiva debiese ser revisada por más de un régimen de competencia (con sus respectivas normativas), habrá una jurisdicción líder o principal que revisará y decidirá el caso por las demás. Esta jurisdicción, elegida por una comisión internacional, tendría la obligación de considerar los efectos anticompetitivos en todas las jurisdicciones afectadas. De este modo, las competencias normativas de los regímenes nacionales permanecen intactas⁴⁸, mientras que las competencias de ejecución se asignan a la jurisdicción líder⁴⁹, que aplica su propio sistema de competencia. La decisión sobre qué normativa de competencia se le aplica a un caso determinado corresponde así al nivel superior. Este principio lleva a la asignación exclusiva de competencias⁵⁰.

Como puede deducirse, ambos principios se complementan. Mientras que éste último subsana los problemas de los exámenes y procedimientos multijurisdiccionales, el principio de no discriminación garantiza el respeto de las preferencias de los distintos países al tiempo que limita la instrumentalización de la política de competencia. Ambos contribuyen a reducir los conflictos inter jurisdiccionales, así como a limitar los gastos administrativos de la burocracia internacional (costes de transacción) (Budzinski, 2007).

3.1.3. Asignación de competencias verticales: Descentralización Vs Centralización

Acabamos de ver cómo, para Budzinski (2007), las competencias de la autoridad de competencia de orden superior se limitarían a asignar los casos de competencia que afectasen a varias jurisdicciones a una de las afectadas y a la persecución de las normas y prácticas contrarias al principio de no discriminación. Asimismo, el nivel superior se encargaría de las reclamaciones y la resolución de conflictos que se produjesen entre las autoridades de orden inferior.

Este nivel superior no podría ni crear nuevas leyes, ni aplicar directamente las leyes correspondientes a niveles inferiores. Sin embargo, la decisión relativa a qué conjunto de

⁴⁸ Dimensión IIa.

⁴⁹ Dimensión IIc.

⁵⁰ Dimensión III.

normas se aplican a un acuerdo anticompetitivo es efectivamente asignada al nivel supranacional, al ser éste el encargado de elegir la jurisdicción líder o principal.

Budzinski (2007) considera que el establecimiento de este nivel global es una condición previa para la buena gestión de la competencia a nivel mundial. Éste se encarnaría en una Comisión -Budzinski (2007) lo llama *International Competition Panel*- que representaría la instancia definitiva en relación con las tareas de supervisión y resolución de conflictos. Además, sería necesario el establecimiento de un organismo de apelación con respecto a las decisiones de asignación jurisdiccional. Aquí se plantean dos opciones: por un lado, un Tribunal internacional; y, por otro, una segunda cámara del panel internacional (Comisión). Esta segunda opción puede parecer preferible para mantener compacto el proceso de selección y no incrementar los costes de transacción y la carga administrativa de las empresas. En el siguiente apartado reflexionaremos acerca del diseño organizacional de esta autoridad internacional de competencia.

El sistema propuesto por Budzinski (2007) se caracteriza por una relativa descentralización. En este punto creemos necesario realizar un análisis más detallado acerca de las ventajas y desventajas de la descentralización en un sistema internacional de competencia. Para ello, tomaremos como referencia las reflexiones de Kerber (2003), que aplica al particular las ideas provenientes de la teoría económica del federalismo⁵¹.

Las conclusiones que se desprenden del análisis han de ser interpretadas con prudencia, pues la teoría del federalismo se desarrolló pensando fundamentalmente en la provisión de bienes públicos, y no en un conjunto de leyes. Sin embargo, podemos considerar que la política de competencia comparte, de algún modo, las características de los bienes públicos⁵², por lo que creemos apropiado evaluar los siguientes criterios cuando nos planeamos el grado de descentralización en su provisión.

⁵¹ La teoría económica del federalismo fiscal ha desarrollado distintos criterios sobre la apropiada extensión de la centralización/descentralización en la provisión de bienes públicos, la redistribución y los impuestos en sistemas federales de naturaleza multinivel. Los principales criterios que considera son el alcance geográfico de los bienes públicos, la heterogeneidad geográfica de las preferencias, los efectos de las economías de escala, los costes de transacción, la influencia de los buscadores de renta, la medida en que la información se encuentra descentralizada y las ventajas del propio experimento de la descentralización (Kerber, 2003).

⁵² Estas características son la no rivalidad en el consumo y el principio de exclusión.

a. Economías de escala estáticas

La elaboración de las normas de competencia, los procesos de decisión de los legisladores y la implementación de dichas disposiciones pueden acarrear considerables costes, que pueden ser considerados como fijos. También entran en esta categoría la creación de capital humano (expertos, abogados, jueces, etc.). En contraste, el coste marginal de aplicar las leyes de competencia es relativamente pequeño, lo que significa que el coste medio va disminuyendo a medida que se incrementa el número de casos. Esto significa que estamos ante un caso de economías de escala.

En este escenario, una única política global de competencia centralizada sería más eficiente que un modelo basado en multitud de regímenes heterogéneos. Cada uno de estos regímenes debería soportar un volumen de costes fijos que requeriría de un gran número de casos para alcanzar su escala mínima eficiente.

b. Economías de escala dinámicas

Debido al efecto aprendizaje, se puede considerar que la calidad de una ley depende del número de casos que se hayan decidido con dicha ley. Por tanto, las economías de escala dinámicas parecen ser un claro argumento para la configuración de un régimen uniforme centralizado, ya que cuanto menor sea el número de regímenes de competencia, mayor será el conjunto de decisiones de los tribunales que se basen en tales leyes y más rápidamente aumentará la calidad de la política de competencia.

Sin embargo, en este punto también habría que considerar las “dependencias de la trayectoria” (*path dependencies*). Esto podría llevarnos al problema de que leyes ineficientes prevalezcan en el tiempo, provocando efectos de cierre. Por otro lado, el proceso de centralización provocaría que eventualmente se perdiese el conocimiento y la experiencia acumulados por los regímenes de competencia de niveles inferiores. Por tanto, las economías de escala dinámicas suponen un argumento ambivalente para el grado de centralización/ descentralización de la política internacional de competencia.

c. Costes de transacción

La coexistencia de una pléyade de regímenes de competencia incrementa los costes de transacción de las empresas que operan en los mercados internacionales. El caso paradigmático es el que sufren las operaciones de concentración, obligadas a cumplir con una serie de criterios heterogéneos en las distintas jurisdicciones. Además, los costes en que incurren las agencias de competencia al evaluar las operaciones de concentración, que se multiplican ante investigaciones paralelas, también pueden ser considerados como costes de transacción. Del mismo modo, hay que considerar los costes de información en que incurren las empresas ante distintos regímenes de competencia heterogéneos.

Con todo ello, podemos afirmar que la existencia de un régimen uniforme centralizado reduciría los costes de transacción, por lo que sería más deseable que un modelo descentralizado desde este prisma.

d. Alcance geográfico de los problemas de competencia

La teoría económica del federalismo sostiene que un determinado problema debe ser asignado a aquel nivel jurisdiccional cuyo alcance geográfico coincida con tal problema. El motivo es evitar que se generen externalidades que fomenten la aparición de efectos *free-rider* en otras jurisdicciones ante la provisión de un determinado bien público.

Con respecto a los asuntos de competencia, ya hemos visto que aquéllos que excedan las fronteras nacionales conllevan problemas de delimitación horizontal de competencia entre los distintos regímenes. Considerando la protección de la competencia en un mercado relevante como un bien público, hemos de estimar que el problema de las externalidades surge cuando el mercado relevante es mayor que el territorio de las jurisdicciones. La teoría económica nos dice en este caso que existe el peligro de provisión insuficiente de la protección a la competencia debido al efecto *free-rider*. A esto hay que añadir la situación en la cual un caso afecte a varias jurisdicciones y sea abordado por una que solo tenga en cuenta sus intereses.

Para lidiar con estas inconsistencias habría que establecer una identidad entre el alcance territorial de un problema de competencia y el de la jurisdicción que lidie con el mismo. Así, en un sistema multinivel deberían ser abordados a un nivel que abarcara todas las jurisdicciones afectadas, es decir, a un nivel superior. La solución propuesta por Budzinski (2007) –que una jurisdicción líder abordase el caso considerando los intereses de todas las jurisdicciones afectadas- se encontraría con un problema de incentivos.

Por tanto, en principio, esta inconsistencia geográfica llevaría a soluciones centralizadas al estilo de la UE. Sin embargo, cabe considerar la posibilidad de internalizar las externalidades (Coase, 1960) a través de la negociación inter jurisdiccional encarnada en los acuerdos bilaterales; más concretamente, en las cláusulas de cortesía. Una generalización y normalización de estas relaciones bilaterales la constituye el acuerdo multilateral. Esta estrategia, conocida como “solución de club”, coincide con la propuesta por Budzinski (2012), basada en el principio de jurisdicción líder obligatoria. Los efectos externos se internalizarían mediante un acuerdo inter jurisdiccional sobre las reglas procesales que determinen que solo una autoridad debe investigar un caso de competencia considerando los intereses de todas las jurisdicciones afectadas. El problema se trasladaría a:

- ¿Qué autoridad (jurisdicción líder) se asigna para la investigación?
- ¿Qué jurisdicciones son afectadas adversamente por el particular?

e. Heterogeneidad de preferencias y objetivos de política de competencia

La lógica de que las leyes deben corresponderse con las preferencias de los ciudadanos es, a priori, un argumento a favor de la descentralización del sistema. Cuanto mayor sea la heterogeneidad de preferencias entre la población, mayores serán los costes de la centralización. Trasladado a la política *antitrust*, diferentes preferencias darán lugar a distintos objetivos de política de competencia y, por tanto, a distintas normas y criterios de aplicación⁵³.

⁵³ En este punto, cabe recordar las diferencias existentes entre los actuales regímenes de competencia. Por ejemplo, en la comparativa entre la UE y EEUU, la primera mantiene entre sus objetivos de política de competencia la integración económica (además de la protección de la pequeña y mediana empresa frente a las compañías dominantes), mientras que en el segundo prevalece el objetivo de la eficiencia económica.

Sin embargo, podemos plantearnos la validez de este criterio como argumento para la descentralización. A este respecto, Kerber (2003) sostiene que se pueden considerar dos teorías:

➤ En primer lugar, muchos economistas piensan que el objetivo de la política de competencia debería limitarse a fomentar la eficiencia económica. Desde esta perspectiva, la disparidad de objetivos que mantienen los distintos regímenes podrían ser consideradas como una instrumentalización errónea de la política de competencia. Este debate en torno a los objetivos de la política de competencia no aclara que la heterogeneidad de preferencias (legítimas) de los ciudadanos sea un argumento para la descentralización. Dependerá del modo en que se conciba la política de competencia y el grado de confianza de las distintas jurisdicciones en la economía de mercado.

➤ En segundo lugar, hemos de considerar la posibilidad de que los objetivos de la política de competencia no reflejen las preferencias del distrito electoral. Esto puede deberse a factores tales como el efecto de los buscadores de renta, que persuaden a los legisladores con actividades de dudosa legitimidad. En este caso, podríamos dudar de la validez de este argumento para la descentralización del sistema.

f. Heterogeneidad de teorías, experimentación y efecto aprendizaje

Los problemas de información y conocimiento son actualmente⁵⁴ un criterio crucial para la asignación de competencias verticales. En este sentido, pueden distinguirse dos tipos de problemas:

➤ En primer lugar está el **conocimiento local**. Si la información relevante para la resolución de problemas no se encuentra en el nivel central (superior), sino esparcida por las jurisdicciones de nivel inferior, inmediatamente emerge un argumento a favor de la descentralización. Este argumento sería válido tanto para la creación de normas sustantivas de competencia como para la aplicación de las mismas.

⁵⁴ Tradicionalmente, la teoría económica del federalismo asumía que los políticos del nivel superior disponían de información perfecta, hipótesis absolutamente ajena a la realidad.

➤ Por otro lado estaría la **incertidumbre** acerca de las mejores teorías y disposiciones legales para la protección de la competencia. No cabe duda de que aun no hemos descubierto las normas perfectas para la política de competencia⁵⁵. Las agencias de competencia se encuentran en una permanente situación de mejora y adaptación de normas y criterios para la evaluación del (cambiante) comportamiento empresarial y las estructuras de mercado.

Además, no podemos olvidar que las empresas pueden crear nuevas formas de prácticas anticompetitivas o nuevas técnicas productivas que conduzcan a nuevos mercados. Esto supondría nuevos retos para la política de competencia, a la que se le exige una naturaleza evolutiva. Se trata de un sólido argumento a favor de la descentralización, en tanto en cuanto ésta potencia la innovación y la adaptabilidad. Además, la diversidad de regímenes permite el intercambio de experiencias y el consiguiente efecto aprendizaje.

g. Otros criterios

Además de todas las variables esgrimidas, existen muchos otros criterios que pueden ayudarnos a determinar el grado óptimo de descentralización en un sistema multinivel de política de competencia internacional. En primer lugar está el problema de la consistencia del sistema legal. La descentralización puede suponer problemas de incompatibilidad entre los distintos niveles jurisdiccionales, lo que generaría incertidumbre e inconsistencias. Por otro lado, cabe considerar la capacidad de los buscadores de renta para reducir el bienestar. Normalmente se asume que con los sistemas descentralizados, los ciudadanos encuentran mayor facilidad para controlar al Estado, reduciendo el riesgo de los efectos de los buscadores de renta.

El análisis pormenorizado sobre los criterios que deben ayudarnos a encontrar el grado óptimo de descentralización nos ha permitido poner de relieve los argumentos económicos que aconsejan y disuaden la descentralización en un sistema multinivel de competencia. Dependiendo del diseño y los objetivos de éste, habrá que otorgar un mayor peso a unos criterios que a otros.

⁵⁵ Una manifestación paradigmática de esta situación la representa las discusiones y debates entre los distintos estados acerca de los objetivos, criterios y mejores prácticas en política de competencia.

RESUMEN-CONCLUSIONES

Los problemas que entraña la protección de la competencia a nivel internacional no han pasado desapercibidos para las instituciones internacionales que ordenan la economía mundial. Tanto la OMC, como la OCDE, la UNCTAD y, sobre todo, la ICN han realizado, y en muchos casos realizan esfuerzos encaminados a minimizar las inconsistencias e ineficiencias del sistema internacional de política de competencia. Vamos a subrayar las principales acciones emprendidas por estas organizaciones de un modo esquemático.

a. La OMC

- La OMC cuenta con varios acuerdos y documentos que se encuentran estrechamente relacionados con la política de competencia. Entre estos, debemos destacar el Acuerdo sobre Contratación Pública, el Acuerdo sobre Salvaguardias, el Acuerdo sobre Aspectos Relativos a la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, el Documento de Referencia sobre Telecomunicaciones Básicas, el Acuerdo sobre subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, el Entendimiento relativo a los Compromisos en materia de Servicios Financieros y el Acuerdo Antidumping.

- Desde 1998 hasta 2004, la OMC trató de desarrollar un compromiso vinculante para que los Estados miembros acordasen unos principios básicos de competencia acordes con los principios propios de la OMC: transparencia, equidad procesal y no discriminación. El único ámbito concreto de la política de competencia en el que los miembros parecían estar de acuerdo era el problema de los cárteles intrínsecamente nocivos (*Hard-core cartels*).

- La cooperación entre las ANCs debe realizarse en un marco simplificado y apoyado por procedimientos precisos y transparentes. Estos deben incluir, por ejemplo, los principios de cortesía positiva y las actividades de apoyo en la aplicación de las normas nacionales de competencia. El acuerdo debe integrar a los países en desarrollo, a los que se debe prestar ayuda técnica para el establecimiento de leyes nacionales de competencia. Esta cooperación debe fomentar el intercambio de información y experiencias.

- A pesar del trabajo realizado, ya vimos cómo el llamado “Paquete de Julio de 2004” no consideraba las propuestas concernientes a la política de competencia. Incluso cesó la labor del Grupo de Expertos sobre Comercio y Política de Competencia. La falta de apoyo de países como EEUU, China y otros países en desarrollo resultó decisiva.

b. OCDE

- La política de competencia es una de las áreas que conforman la agenda de la OCDE, que cuenta con su propio departamento: el Comité de Derecho y Política de Competencia (1987). Está compuesto por representantes de las ANCs de los Miembros, y constituye la comisión más relevante en materia de competencia. El Comité publica desde 1999 informes anuales sobre la evolución de las leyes de competencia en todo el mundo en su propia revista: el *Journal of Competition Law and Policy*.

- Tradicionalmente, la OCDE ha servido de foro de discusión para el intercambio de información y experiencias entre los Miembros sobre política de competencia, fomentando la cooperación y reduciendo la posibilidad de que surjan conflictos. El objetivo es promover la convergencia de las leyes de competencia entre las distintas jurisdicciones.

- La OMC fue la primera organización en adoptar un acuerdo internacional relativo a la política de competencia: la “Recomendación del Consejo relativa a la cooperación entre sus miembros en materia de Prácticas Restrictivas Comerciales que afectan al Comercio Internacional” (1967). Empero, el documento de mayor relevancia para la comunidad internacional son las “Recomendaciones del Consejo relativas a las acciones efectivas contra los cárteles intrínsecamente nocivos”, de 1998.

- La OCDE ha creado un Foro Mundial de Competencia, celebrado con periodicidad anual, en el que los participantes tienen la oportunidad de dialogar acerca de sus experiencias en este ámbito. Desde 2003 se viene celebrando el Foro de Competencia de América Latina. Ambos están encaminados a fomentar la convergencia de los regímenes de competencia a través de la cooperación y el diálogo.

c. UNCTAD

- La UNCTAD trata temas relacionados con la política comercial y la política de competencia, siempre bajo la perspectiva del crecimiento económico de los países en desarrollo. En 1973 se constituyó un Grupo Intergubernamental de Expertos en Leyes y Política de Competencia, integrado en la Comisión de Comercio de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos. El Grupo se reúne periódicamente para mejorar la cooperación en la aplicación de la política de competencia internacional.

- En 1980 lanzó el “Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas”, documento de gran interés que establecía el marco de conducta multilateral para la política de competencia. Se trataba de formular una serie de principios comunes que guiasen el diseño de las políticas de competencia nacionales. El Conjunto contiene disposiciones específicas para los países en desarrollo, así como una relación de recomendaciones con respecto a la política de competencia internacional.

- El compromiso de la UNCTAD con la política de competencia se ve reflejado en los documentos publicados, entre los que destacan el “*Handbook on Competition Legislation*”, el “*Directory of Competition Authorities*” y, sobre todo, la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, que debe guiar a los países en desarrollo en la construcción de eficaces regímenes de política de competencia.

d. ICN

La ICN constituye una propuesta distinta y novedosa para lidiar con los problemas de la política de competencia internacional, que puede sintetizarse en las siguientes ideas.

- Su objetivo es mejorar la cooperación de las ANCs con el fin de evitar los conflictos que surgen de los distintos enfoques e interpretaciones de la política de competencia, así como crear una cultura común de competencia. Además, la ICN se propone estimular la convergencia de los regímenes de competencia mediante la

implementación de buenas prácticas no vinculantes para mejorar la aplicación de la política de competencia.

- El proceso de toma de decisiones está basado en el consenso entre los miembros tras el intercambio de perspectivas. Hay que destacar que la ICN no cuenta con ningún mecanismo para la resolución de diferencias.

- La gestión de los problemas de competencia se efectúa a través de la cooperación e interacción entre autoridades de competencia en un entorno informal. Los asuntos que afecten a intereses comunes serán discutidos y abordados con el fin de generar soluciones comprometidas que no amenacen la soberanía de los estados. Los posibles conflictos se verán reducidos por el intercambio permanente de puntos de vista, ya que los socios cooperantes forjarán expectativas sobre el comportamiento del resto, además de las correspondientes relaciones de confianza.

- La estructura institucional de la ICN se compone de un Grupo Directivo (15 miembros) y una serie de Grupos de Trabajo dedicados a las labores específicas de la organización, establecidas por las decisiones del Grupo Directivo en la Conferencia Anual. Los miembros proceden, exclusivamente, de las ANCs de todo el mundo, lo que permite a esta organización centrarse exclusivamente en asuntos de competencia.

- A pesar de su corta vida, la ICN ha tenido un impacto sustancial en la política de competencia, además de fomentar la cooperación multilateral entre las distintas jurisdicciones. Sin embargo, se espera que en el futuro extienda su éxito a áreas de la política de competencia que lo demandan, tales como los abusos de posiciones dominantes y las restricciones verticales.

Por tanto, estas cuatro organizaciones han dejado su huella en la configuración de la protección de la competencia a nivel internacional. Sin embargo, solo dos de ellas parece apropiada para liderar una verdadera estrategia internacional de política de competencia: la OMC y la ICN. Ambas propuestas son muy diferentes, por lo que una comparación entre ellas nos ayudará a comprender las ventajas y desventajas de tales iniciativas.

Dicha comparativa no pretende cual de las dos es más apropiada. Más bien se trata de subrayar los pros y los contras de ambas con respecto a una serie de variables que se deben sopesar a la hora de diseñar la política de competencia internacional. Tales criterios son la viabilidad, aceptabilidad, eficiencia, negociación e implantación de normas internacionales de competencia, resolución de conflictos y adaptabilidad. Dependiendo de los objetivos de la propuesta internacional, será más apropiada una u otra, contemplando la posibilidad de modificarlas en función de dichos objetivos.

El último epígrafe del capítulo aborda las cuestiones organizacionales relativas a un marco multilateral para la defensa de la competencia a nivel internacional. Se analizan las posibles alternativas de diseño organizacional que podría caracterizar una estrategia multilateral para la defensa de la competencia. Para ello se describen las distintas fases por las que la protección de la competencia a nivel internacional ha pasado y hacia donde podría dirigirse en el futuro, que son: unilateralismo, cooperación, coordinación, armonización, centralización y supra nacionalización.

Asimismo, la tarea de diseñar el diseño organizacional de un sistema multilateral para la defensa de la competencia exige considerar dos dimensiones. Dado que no parece probable que una solución totalmente centralizada, ni una absolutamente descentralizada, nos lleve al óptimo global, hemos de asumir que dicha solución se caractericen por un diseño multinivel con algún grado de centralización (un punto intermedio entre centralización y descentralización).

Esto lleva automáticamente a preguntarnos qué grado de centralización/descentralización sería óptimo para el sistema en cuestión. Dada la importancia que esta cuestión suscita para el diseño del sistema, hemos analizado las ventajas y desventajas que ambos extremos conllevan en función de una serie de variables: economías de escala, estáticas y dinámicas; costes de transacción; alcance geográfico de los problemas de competencia; heterogeneidad de preferencias y objetivos de política de competencia; heterogeneidad de teorías, experimentación y efecto aprendizaje; y otros criterios.

La segunda dimensión que debemos considerar es la delimitación de competencias entre los distintos niveles del sistema. Dichas competencias contendrían los mismos elementos

que actualmente ostentan los regímenes de competencia nacionales de mayor tradición y solidez, como el estadounidense o el de la UE. Así, los tres elementos principales (pueden ser desgranados en más) serían las normas sustantivas, las agencias de aplicación y los Tribunales.

Las relaciones que se pueden producir en un sistema multinivel son, en principio, de dos tipos: relaciones verticales –entre los distintos niveles- y relaciones horizontales –entre organismos del mismo nivel-. Lo que realmente marcará el éxito o el fracaso operativo de dicho sistema multilateral será la atinada asignación de competencias en ambas dimensiones: vertical y horizontal. Por ello, recogemos las alternativas que creemos que mejor podrían adaptarse al objetivo de la protección de la competencia a nivel internacional.

El objetivo no es llegar a una propuesta concreta, superior a las demás. Más bien hemos tratado de esclarecer los puntos fuertes y débiles de cada una de las alternativas en función de los objetivos que se planteen para la hipotética institución de política de competencia internacional. Arrojar algo de luz a dichas cuestiones resulta de vital importancia cuando nos planteamos el modo en que podría protegerse la competencia a nivel internacional sin incurrir en conflictos inter-jurisdiccionales.

CAPÍTULO VIII

LA UNIÓN EUROPEA, ACTOR PRINCIPAL DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN

Con este capítulo termina nuestro recorrido, en el que hemos puesto de manifiesto, por un lado, la necesidad de configurar un régimen global para la política de competencia; y por otro, el protagonismo y liderazgo de la UE para emprender dicha iniciativa. La naturaleza del capítulo difiere de los anteriores, en el sentido de que se trata de unas conclusiones, apoyadas por un análisis cuantitativo, de todo lo esbozado con anterioridad.

A lo largo del trabajo hemos estudiado el lugar que ocupa la competencia y su defensa en la historia del pensamiento económico; se han analizado pormenorizadamente los fundamentos teóricos y económicos, así como las claves de aplicación de la política de competencia; hemos abordado la historia de la política de competencia en Europa, identificando las distintas fases que ha experimentado; hemos dibujado con cierto nivel de detalle el actual modelo de política de competencia de la UE, incluyendo el impacto que la actual crisis económica ha traído consigo; y hemos reflexionado acerca de las principales ideas y aspectos institucionales que envuelven la internacionalización de la política en cuestión.

Ahora, estamos en disposición de abordar la dimensión internacional de la política de competencia de la UE y de poner en valor sus continuados esfuerzos por establecer un verdadero régimen global. Para ello, destacaremos sus principales objetivos e iniciativas, y evaluaremos su grado de éxito.

En el ámbito internacional de la política de competencia comunitaria podemos distinguir tres estratos que nos resultarán familiares: el unilateralismo, el bilateralismo, y el multilateralismo (tanto vinculante como no vinculante). En el primer caso, abordaremos el modo en que la Comisión se enfrenta a las prácticas anticompetitivas que, originándose fuera de la UE, afectan adversamente al mercado interior. Como veremos, las soluciones propuestas por Europa difieren sensiblemente de las que ya hemos tenido ocasión de analizar en los dos capítulos anteriores. Con respecto a los acuerdos bilaterales, veremos la importancia que estos albergan tanto para la aplicación de las normas de competencia, como para la exportación del modelo comunitario. Nos detendremos en las relaciones de la UE con EEUU y China por tratarse de las mayores economías del mundo y sus principales

socios comerciales. A continuación comentaremos el papel de la UE en el multilateralismo no vinculante para terminar recordando y poniendo en valor las principales iniciativas europeas por alcanzar un acuerdo multilateral vinculante para la política de competencia.

Ya que la UE concede una gran importancia a la “exportación” del modelo europeo de política de competencia, hemos creído apropiado realizar un análisis comparativo de carácter eminentemente cuantitativo confrontando el régimen de la UE con el de EEUU. A partir de la construcción de unos Índices de Política de Competencia podremos ver en qué áreas uno y otro modelo se aproximan a las mejores prácticas convenidas por los expertos en los foros internacionales.

Como corolario y resultado de todo el trabajo, subrayamos la contribución de la UE a la política de competencia internacional. Debido a la naturaleza de este último capítulo y a las conclusiones que se recogen en el último epígrafe, el capítulo carece de un apartado específico de Resumen-Conclusiones como los anteriores. Además, la tesis se cierra con un esquema de conclusiones que sintetiza las principales ideas que se desprenden del trabajo.

1. La dimensión internacional de la política de competencia de la UE

Tras todo lo que hemos argumentado sobre las prácticas anticompetitivas transnacionales en los capítulos anteriores, no es de extrañar que la UE conceda una gran importancia al ámbito internacional de su política de competencia. De hecho, a partir de la década de 1980, éste pasó a ser prioritario, conformando el sexto brazo que acompaña a las otras áreas de la política de competencia de la UE: *antitrust*, cárteles, operaciones de concentración, liberalización y ayudas de Estado.

En la página web de la DGC de la UE¹ se afirma que, dado el actual proceso de integración de las economías nacionales, “*una efectiva aplicación de la política de competencia de la UE en un entorno global exige una cooperación intensiva con autoridades de competencia externas a la UE*”. Esta estrategia tiene como objetivo promover la convergencia de la política de competencia, así como de sus instrumentos y prácticas a través de las distintas jurisdicciones, además de facilitar la cooperación con las autoridades de competencia de otras jurisdicciones respecto a los procesos de aplicación.

Dicha estrategia se materializa en dos niveles: a nivel bilateral, la UE ha suscrito acuerdos de cooperación con sus principales socios comerciales; a nivel multilateral, la UE ha participado activamente en los foros internacionales que han abordado la problemática de la política internacional de competencia (ICN, OCDE, UNCTAD y OMC). Ambos niveles serán analizados en los siguientes apartados.

Más allá del objetivo general de fomentar la convergencia y la cooperación de la UE con autoridades de competencia de otras jurisdicciones, podemos identificar tres metas concretas que guían la actuación de la política de competencia de la UE en el ámbito internacional (Aydin, 2012):

- a. Abordar las prácticas comerciales anticompetitivas que, originándose en algún país extranjero, afecten al Mercado Interior.
- b. Asegurar a las empresas de la UE el acceso a los mercados de terceros países.

¹ http://ec.europa.eu/competition/international/overview/index_en.html, página consultada el 27.08.2013.

- c. Garantizar que las empresas de la UE reciben un trato justo en lo que a regulación de competencia se refiere.

Dichos objetivos han ido cobrando importancia en los últimos tiempos debido a las tendencias que se observan en la economía mundial. Ya hemos argumentado cómo la globalización ha provocado la proliferación de las prácticas restrictivas transfronterizas. Al mismo tiempo, la liberalización de los mercados ha agravado, paradójicamente, el problema del acceso al mercado. Por último, la multiplicación de los regímenes nacionales de competencia alrededor del mundo ha fomentado la suscripción de acuerdos bilaterales que garanticen un tratamiento *antitrust* justo para las empresas de la UE.

A estos tres objetivos habría que añadir un cuarto relacionado con los aspectos institucionales. Se trata del interés burocrático de la DGC de la UE de expandir su poder y autonomía frente a otras instituciones de la UE y los Estados miembros, extendiendo el alcance de la política de competencia europea internacionalmente (Aydin, 2012).

Establecidos los fines, pasamos a comentar los medios a los que la Comisión ha recurrido para alcanzarlos. Tales estrategias dibujan un espectro en el que los extremos estarían representados por el unilateralismo, por un lado, y el multilateralismo vinculante, por otro. En medio se situarían la “exportación” del régimen europeo a terceros países, los acuerdos bilaterales y la cooperación multilateral no vinculante en foros internacionales.

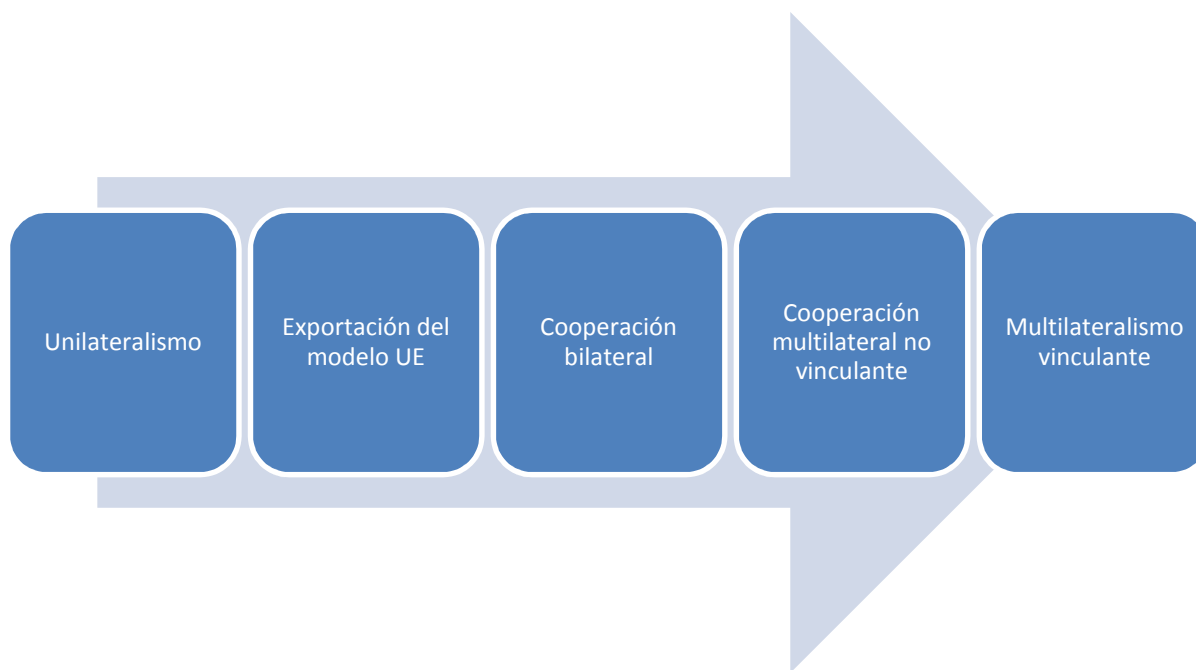


Figura 5. Estrategias de la UE respecto a la dimensión internacional de la política de competencia. Fuente: Aydin (2012).

Los siguientes sub epígrafes están dedicados a las distintas estrategias representadas en la Figura 5. En primer lugar abordaremos el principio de extraterritorialidad ejercido por la DGC de la UE. El segundo apartado, que versa sobre los acuerdos bilaterales, recoge también la exportación del modelo de la UE a terceros países. Hemos creído apropiado la agrupación de ambas estrategias en un solo bloque debido a que los acuerdos bilaterales contemplan tanto la cooperación en la aplicación de la política de competencia, como la capacitación y asistencia técnica a países que cuenten con escasa experiencia en el ámbito de la competencia. Finalmente, comentaremos los aspectos más relevantes de la aportación de la UE para la realización de la estrategia multilateral.

1.1. Unilateralismo y principio de extraterritorialidad

La fórmula del unilateralismo fue objeto de análisis en el epígrafe 3.1. del Capítulo VI. Con esta estrategia, el único objetivo de los señalados que se alcanzaría sería el de abordar las prácticas restrictivas extranjeras que afecten adversamente al mercado interior. Cabe recordar que las autoridades europeas han rehusado hasta el momento la “doctrina de los efectos” debido a su naturaleza intrusiva. En su lugar, han recurrido a otras dos fórmulas jurídicas que les permite igualmente regular las prácticas restrictivas que, originándose en el

extranjero, afectan negativamente al Mercado Único: la “doctrina de la unidad económica” y la “doctrina de la implementación”.

Desde el principio, el TJUE se mostró reacio a recurrir a la doctrina de los efectos. De hecho, la primera vez que aplicó las normas de competencia comunitarias a empresas ajenas a la UE fue en 1972², y lo hizo basándose en el vínculo material entre tales empresas y el territorio de la UE. Nos referimos al caso *Dyestuffs*³, en el que se introduce la llamada “doctrina de la unidad económica” (Elhaugue y Geradin, 2011: 1177). Pasamos a comentar brevemente los hechos.

Entre enero de 1964 y octubre de 1967, se produjeron en la Comunidad tres aumentos generales y uniformes de los precios de las materias colorantes en Italia, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo. Ante tal situación, la Comisión inició de oficio un procedimiento contra diecisiete productores de materias colorantes, establecidos dentro y fuera del mercado común (Inglaterra y Suiza), y contra numerosas filiales y representantes de dichas empresas por incurrir en un supuesto cártel. Finalmente, la Comisión impuso una multa que fue recurrida ante el TJUE por parte de *ICI*⁴, con sede en Manchester y Londres (en ese momento Inglaterra no pertenecía a la UE).

En el recurso se alegaba que la Comisión carecía de competencia para imponer multas a empresas ajenas a la UE basándose únicamente en los efectos producidos en el mercado común por actos cometidos en el exterior de la Comunidad. El Tribunal sostuvo que el comportamiento de la demandante **se había manifestado** en el mercado interior, afectando a los competidores que operaban en el mismo. Por tanto, las acciones que motivaron la multa objeto de litigio constituyen prácticas **realizadas directamente** en el interior del mercado común. *ICI* pudo imponer la aplicación de su decisión en la UE valiéndose de su poder de dirección sobre sus filiales establecidas en el citado mercado. Así, aunque las filiales tengan personalidad jurídica distinta a la matriz, su comportamiento puede estar determinado por la segunda, con la que forman una **unidad económica**. De

² Un año después, en 1973, el Tribunal volvió a hacer uso de la fórmula en cuestión en el caso 6/72 de *Continental Can*.

³ Sentencia *Dyestuffs* de 14 de julio de 1972. Caso 48-69

⁴ *Imperial Chemical Industries Ltd*.

este modo, las actuaciones de las filiales pueden imputarse a la sociedad matriz en determinadas circunstancias.

La segunda fórmula jurídica ideada por el TJUE para esquivar la doctrina de los efectos es la llamada “doctrina de la implementación”, que vio la luz en el caso *Wood Pulp*⁵ de 1987. En esta ocasión, la Comisión encontró que 40 productores de madera y 3 de sus asociaciones comerciales habían infringido el artículo 101 TFUE por pactar los precios de la pasta de sulfato blanqueada. Los principales productores de la pasta se encontraban fuera de la UE (Canadá, USA y Finlandia), por lo que recurrieron la decisión de la Comisión alegando la falta de competencia de la misma para aplicarles las normas comunitarias. El Tribunal sostuvo que, si bien el acuerdo sobre precios se había producido fuera de las fronteras de la UE, dicho acuerdo había sido **implementado** en el mercado común, lo que legitimaba la decisión de la Comisión. Lo determinante es, por tanto, el lugar donde se ejecuta el acuerdo colusorio.

Los problemas prácticos, legales y políticos que plantea la estrategia unilateral fueron objeto de análisis en el Capítulo VI.

1.2. Los acuerdos bilaterales de la UE

Como ya hemos señalado, los acuerdos bilaterales suscritos por la UE relativos a la política de competencia pretenden alcanzar dos fines concretos:

- a. La exportación del modelo de la UE de política de competencia a terceros países.
- b. La cooperación en la aplicación de casos concretos de competencia.

1.2.1. La difusión del modelo de competencia de la UE

El argumento que subyace a la exportación del modelo europeo es doble. Por un lado, cuanto mayor sea el número de países que alinee su normativa de competencia con la de la UE, menor será la incertidumbre a la que se enfrentarán las empresas de la UE cuando su actividad económica se desarrolle en los países en cuestión. Por otro lado, la UE ha exigido

⁵ Sentencia *Wood Pulp*. Caso 89/85.

que los países candidatos a ingresar en el bloque europeo adapten su normativa al *acquis* comunitario.

Dichos objetivos son alcanzados a partir de acuerdos bilaterales. Podemos encontrar fácilmente ejemplos de tales acuerdos. En el primer caso podemos acudir a la cooperación entre la UE y China, que se ha materializado en la Ley Antimonopolio del gigante asiático⁶. Para el segundo caso, puede consultarse el acuerdo suscrito entre la UE y Croacia, que recientemente se ha incorporado a la Unión. Además de éste, la página web de la DGC de la UE recoge otros dos acuerdos en la categoría de “países candidatos”: Turquía y la Antigua República Yugoslava de Macedonia.

Por otro lado, la UE ha firmado Acuerdos de Asociación y Estabilización con dos países de los Balcanes Occidentales: Albania y Macedonia. Por tanto, la UE ha jugado un papel activo en la configuración de los regímenes de competencia de sus países vecinos. De hecho, una de las primeras experiencias de la Comisión en este sentido fue el conjunto de acuerdos suscritos con los estados del EFTA. Países como Islandia, Noruega y Liechtenstein tuvieron que adaptar su legislación al acervo comunitario para incorporarse al Espacio Económico Europeo (EEE).

Es digno de mención que la UE ha sido el actor que más ha potenciado esta estrategia exportadora, además de ser la que mayor éxito ostenta en tal tarea (Fox, 2000)⁷. Sin embargo, dicha estrategia parece estar alcanzando sus límites (Aydin, 2012):

- En primer lugar, dado que cada vez son más los países que cuentan con una legislación *antitrust*, la exportación del modelo de la UE va perdiendo su sentido. Sin embargo, también es cierto que el objetivo de la Comisión en este ámbito podría sustituirse por buscar que estos regímenes fuesen aproximándose cada vez más al modelo europeo.

⁶ Dicha cooperación ha seguido avanzando con un nuevo memorando de entendimiento suscrito el 20 de septiembre de 2012.

⁷ Citado en Aydin, 2012.

- Por otro lado, no hay garantía de que la adopción de una legislación de competencia implique el establecimiento de un régimen operativo de competencia. La evidencia empírica muestra cómo los distintos países transfieren e implementan el modelo europeo en función de sus propias instituciones e intereses. La DGC ha de ser consciente de ello y fomentar en mayor medida la asistencia técnica y los proyectos de hermanamiento (Hille y Knill, 2006)⁸.
- Finalmente, hay que destacar que uno de los factores que ha contribuido al éxito de la UE en su estrategia exportadora ha sido la oferta de incentivos; en concreto, el ingreso en la UE de los países solicitantes. Esto supone un límite, toda vez que el proceso de ampliación de la UE parece haberse frenado, a pesar del reciente ingreso de Croacia.

A continuación vamos a describir la cooperación que ha mantenido la UE con China para la configuración del modelo de competencia del gigante asiático. China ha pasado a ser el principal socio comercial de la UE, adelantando a EEUU. Además, el modelo de competencia chino contiene una marcada influencia europea, por lo que su análisis servirá como ejemplo para entender el modo en que la UE está difundiendo su régimen de competencia.

1.2.1.1. El diálogo con China

Antes de abordar el proceso de cooperación entre la UE y China y las características de la política de competencia de China, hay dos aspectos a tener en cuenta: primero, a pesar del tamaño de su economía, China sigue siendo un país en desarrollo, en el sentido de que su población mantiene un discreto poder adquisitivo⁹ y su economía se encuentra en clara expansión. En segundo lugar, China es un país muy particular en el que la economía de mercado convive con una fuerte injerencia de planificación estatal.

Del primer aspecto, conviene remarcar las implicaciones que guarda para la política de competencia. Los países en desarrollo se caracterizan por su relativa dificultad a la hora de

⁸ Citado en Aydin, 2012.

⁹ Según la Organización Internacional del Trabajo de Naciones Unidas.

abrir negocios debido a la compleja y discrecional regulación, la burocracia y los altos niveles de corrupción; características que se ajustan al caso chino. El segundo de los aspectos reseñados estará presente a lo largo de nuestro análisis de la política de competencia en China.

Con la llegada de Deng Xiaoping, se produjeron tres importantes procesos que han propiciado la aparición de una legislación en materia de competencia en China (Fels, 2012):

- a. La transición de una economía de planificación centralizada a una de mercado, aunque con un papel protagonista por parte del Estado (como lo atestigua la existencia de las Empresas de Propiedad Estatal¹⁰).
- b. La transformación de una economía agrícola en una moderna basada en la industria, abierta al exterior¹¹, y en la que la población cuenta con mayores ingresos.
- c. La restauración de la ley como mecanismo de resolución de disputas comerciales, adoptando un enfoque europeo tanto en términos sustantivos como procedimentales.

Estos tres importantes desarrollos, junto con la colaboración de la comunidad internacional (especialmente por parte de la UE) a través del diálogo, han dado como resultado la Ley Antimonopolio (LAM) de 2007¹². A continuación vamos a detenernos en la relación que ha habido entre China y la UE en este sentido.

En la Cumbre UE-China del 5 de septiembre de 2001 se incluye por vez primera la política de competencia en el marco de la cooperación entre la UE y China, iniciada en 1978. El objetivo era crear un mecanismo de consulta permanente mediante el que la UE ofrecería apoyo y asistencia técnica a la implementación de una legislación de competencia en China (Laffont, 1998).

¹⁰ En 2006, el Consejo de Estado declaró que el Estado debía poseer (o al menos mantener una gran parte) las empresas dedicadas a la generación y distribución de energía, la industria petroquímica, la de gas natural, la armamentística y las telecomunicaciones; también debería participar en la extracción del carbón, la aviación, la industria naviera, la automovilística, el sector financiero, la industria pesada, los medios de comunicación, el tabaco, la construcción y los ferrocarriles, entre otras áreas.

¹¹ Cina ingresó en la OMC en 2001.

¹² Lo cierto es que China ya contaba con algunas disposiciones de competencia, tales como las *“Interim provisions for the promotion and protection on competition in the Socialist Economy”* (1980), la *“Circular on the prevention of regional market blockades”* (1990), la *“Anti-unfair competition law”* (1993) o la *“Price law”* (1997). Sin embargo, la LAM es la primera ley integral de competencia.

Posteriormente, en mayo de 2004, el Ministro de Comercio de China y el Director General de Competencia de la UE alcanzaron un acuerdo para mantener un diálogo estructurado sobre política de competencia. En este caso, al anterior objetivo se une el de mejorar el entendimiento entre ambas partes, así como el conocimiento de los planteamientos políticos actuales y futuros, la legislación y los asuntos relacionados (Comisión Europea, 2004k).

Las partes acordaron que el diálogo se centraría en (Comisión Europea, 2004k):

- a. La legislación de competencia y su aplicación, intercambiando sus respectivas experiencias y puntos de vista sobre problemas actuales y potenciales, así como los nuevos avances en la materia.
- b. El modo en que mejor puede ejecutarse el control de fusiones en una economía global.
- c. El establecimiento de un mecanismo de intercambio de experiencias sobre la puesta en práctica de la política de competencia, así como de la promoción de la competencia.
- d. El intercambio de opiniones respecto a las iniciativas multilaterales de competencia, con mención especial a la lucha contra los *hard core cartels*.
- e. Intercambio de opiniones sobre la liberalización de servicios públicos y la intervención del Estado en el proceso de mercado.
- f. Intercambio de experiencias en la proliferación de empresas y la sensibilización del público sobre la competencia y las leyes antimonopolio.
- g. Fomentar la asistencia técnica y la creación de capacidad de la UE hacia China.

Tras un período de consulta, China promulgó su LAM en 2007; una ley concebida con los principios comunitarios de política de competencia (Lefter y Oprea, 2011). La aplicación de la citada ley recae sobre tres agencias estatales: el Ministerio de Comercio, para el control de concentraciones; la Comisión Nacional para la Reforma y el Desarrollo, para las prácticas anticompetitivas relacionadas con el precio; y la Administración Estatal para la Industria y el Comercio, para los acuerdos entre empresas y abusos de posiciones dominantes no relacionados con el precio.

El contenido de la LAM es similar a las disposiciones en materia de competencia de la UE. Las áreas son prácticamente idénticas: acuerdos anticompetitivos (Capítulo II), distinguiéndose entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales; abusos de posiciones dominantes (Capítulo III); control de concentraciones (Capítulo IV) y el abuso del poder administrativo para eliminar o restringir la competencia (Capítulo V). Éste último ámbito es parecido pero diferente al control de ayudas estatales de la UE. Se trata de evitar que este tipo de conductas (denominadas “monopolio administrativo”) que emanan de los poderes públicos distorsionen el proceso competitivo, especialmente en el ámbito de las autoridades locales.

Lamentablemente, las provisiones en este sentido son relativamente débiles. De hecho, la LAM ni siquiera contempla una sanción específica para este tipo de conductas. Más preocupante aún es que la aplicación de las provisiones sobre monopolios administrativos puede ser delegada a nivel local; paradójicamente, los empleados que incurren en este tipo de comportamiento pueden ser los encargados de su propia investigación.

En definitiva, la LAM de 2007 desprende un aroma europeo con las ineludibles “características chinas”. La cooperación entre ambos bloques prosiguió tras la promulgación de la ley en cuestión. En 2012, la Comisión Europea, por un lado, y la Comisión Nacional para la Reforma y el Desarrollo y la Administración Estatal para la Industria y el Comercio, por otro suscribieron un Memorando de Entendimiento (*Memorandum of Understanding*). Este nuevo documento establece un marco de cooperación para la aplicación de la política de competencia, permitiendo que las autoridades europeas y chinas trabajen conjuntamente cuando sus intereses se vean afectados por conductas anticompetitivas. Precisamente a este tipo de cooperación está dedicado el siguiente apartado.

1.2.2. La cooperación bilateral de la UE en la aplicación de la política de competencia.

La UE ha confiado en la cooperación bilateral temporalmente y a la espera de que las iniciativas multilaterales fructifiquen y sean operativas (Davison y Johnson, 2002). En el apartado 1.1. del Capítulo VI se recoge a grandes rasgos el contenido que suelen caracterizar a este tipo de acuerdos bilaterales.

La UE ha suscrito acuerdos de esta categoría con multitud de países. Sin embargo, la mayoría de ellos son acuerdos de cooperación más amplios, siendo uno de los temas de los mismos la política de competencia. Acuerdos especialmente dedicados a la competencia (los llamados “Acuerdos Específicos”) se han firmado con EEUU, Canadá, Japón y la República de Corea¹³.

- Los acuerdos de competencia suscritos entre la UE y EEUU incluyen:
 - “Buenas Prácticas sobre cooperación en investigaciones sobre fusiones” (2011).
 - “Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de EEUU sobre la aplicación de los principio de cortesía positiva en la aplicación de sus leyes de competencia” (1998).
 - “Intercambio de Cartas Interpretativas entre la Comunidad Europea/Comunidad Europea del Carbón y el Acero y el Gobierno de EEUU” (1995).

- Por su parte, la cooperación con Canadá se encarna en el “Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Canadá relativo a la aplicación de sus normas de competencia” (1999).

- Con Japón se firmó el “Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Japón sobre la cooperación en actividades anticompetitivas” (2003).

¹³ <http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/agreements.html>, página consultada el 12.04.2013.

- Por último, se ha suscrito con la República de Corea un “Memorando de entendimiento sobre la cooperación entre la Comisión de Comercio Justo de la República de Corea y la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea” (2009).

Entre toda la red de relaciones bilaterales de la UE¹⁴ destaca sin lugar a dudas la cooperación con los EEUU. Esto se debe a que, por un lado, se trata de la mayor economía del mundo; y, por otro lado, EEUU ha sido tradicionalmente el principal socio comercial de la UE¹⁵. Por ello, hemos creído conveniente incluir un apartado en el que comentamos brevemente los aspectos más relevantes de esta colaboración.

1.2.2.1. La cooperación UE/EEUU

En septiembre de 1991, la CE y el Gobierno de EEUU rubricaron un acuerdo relativo a la aplicación del derecho de competencia. El objetivo del convenio era potenciar la cooperación y la coordinación entre las partes para disminuir tanto la posibilidad de que surjan diferencias en la aplicación de sus leyes de competencia, como el impacto de tales disputas. Posteriormente, el acuerdo se amplió y clarificó a través del llamado “Acuerdo EEUU/UE de cortesía positiva” en 1998 (Van Bael y Bellis, 2010: 142).

La cláusula de cortesía positiva es una de las grandes innovaciones que se han diseñado respecto a la estrategia bilateral. En virtud de tal provisión, cuando los intereses de una de las partes se viesen afectados por prácticas restrictivas originadas en el territorio de la otra parte, la jurisdicción afectada podrá solicitar una investigación a la otra parte para que, siguiendo sus propias leyes, emprenda los remedios que considere oportunos. Esto motiva a las partes a limitar, tanto como les sea posible, las acciones que afecten negativamente a los intereses de la contraparte¹⁶ (Ehlermann, 1993).

¹⁴ hemos de destacar que aquí solo hemos mencionado los acuerdos específicamente de competencia; las relaciones bilaterales de la UE abarcan más de 20 países.

¹⁵ Como ya se ha señalado, ese puesto lo ocupa hoy China.

¹⁶ Lamentablemente, la cláusula de cortesía positiva ha sido utilizada tan solo en una ocasión. Fue en 1998, en el caso Sabre/Amadeus (Bertrand e Ivaldi, 2006).

En la práctica, la cooperación entre las autoridades de competencia europea y estadounidense ha supuesto mutuos beneficios para ambas partes. Por un lado ha mejorado la aplicación de las leyes de competencia de cada jurisdicción, evitando que surjan conflictos o aparezcan inconsistencias; y por otro, ha ayudado a una mejor comprensión, para cada uno de los bloques, de los regímenes de competencia con respecto al otro.

A pesar de que, en la mayoría de los casos, la cooperación se efectúa sin que aparezcan notables discordancias entre ambas jurisdicciones, ya hemos visto cómo ocasionalmente emergen diferencias susceptibles de producir graves conflictos¹⁷. Dichas disputas aparecen debido tanto a los distintos modos de aplicación de sus respectivas leyes de competencia, como a la disparidad de objetivos existente entre ambos sistemas.

Las principales provisiones del Acuerdo UE/EEUU para la aplicación práctica incluyen (Van Bael y Bellis, 2010: 144-149):

- a. La notificación de las operaciones que afecten a los intereses de la otra parte,
- b. el intercambio de información, a través de reuniones bianuales, entre los responsables de competencia europeos y estadounidenses en relación a las actividades en curso de aplicación, prioridades de sectores económicos de interés común, y otros asuntos relevantes en este campo;
- c. la confidencialidad de la información compartida, lo que a veces limita el alcance de la cooperación entre ambas partes;
- d. la cooperación en relación a la ejecución de las leyes de competencia.

Esta cooperación ha sido especialmente intensa en los casos de fusión¹⁸, así como en la detección de comportamientos anticompetitivos entre empresas, incluyendo cárteles y abusos de posición dominante¹⁹. Como ya hemos señalado, los conflictos más serios provienen de las diferencias en la evaluación de las operaciones de fusión.

¹⁷ Como en el caso comentado de la fusión entre *GE y Honeywell*.

¹⁸ Estableciendo el acuerdo específico: "Buenas Prácticas sobre cooperación en investigaciones sobre fusiones" (2011).

¹⁹ El mejor ejemplo que ilustra la cooperación EU/US en el control de los abusos de posición dominante es el caso de *Microsoft* en 1993

Las desavenencias que se observan entre ambas autoridades, a pesar de los esfuerzos realizados por converger y cooperar, ponen de manifiesto la necesidad de un cuerpo internacional de leyes que rijan los casos que afecten a más de una jurisdicción simultáneamente.

1.3. Los acuerdos multilaterales no vinculantes

La Comisión Europea ha participado activamente en los foros multilaterales no vinculantes que se han aproximado a la problemática de la política de competencia internacional. Como ya vimos en el capítulo anterior, la estrategia multilateral no vinculante se remonta a los intentos de la OCDE en los años 60 por potenciar la cooperación entre las ANC's ante las prácticas restrictivas que afectasen al comercio internacional. Desde entonces, la realidad económica mundial ha cambiado drásticamente, exigiendo nuevas vías de actuación en el ámbito de la política de competencia, entre las que la ICN (2001) se erige como el máximo exponente.

En un primer momento, la UE confió plenamente en las recomendaciones de la OCDE, desechando la opción de las relaciones bilaterales hasta la década de 1990²⁰. En la práctica, dichas recomendaciones se traducían en el requisito de notificación al país extranjero ante la incoación de un caso que afectase a sus intereses. En la mayoría de los casos, esta estrategia arrojó resultados satisfactorios, paliando los conflictos potenciales que se podrían derivar del ejercicio de la extraterritorialidad (Ehlermann, 1993).

En la actualidad, tanto la Comisión, como los Estados miembros, forman parte activa de la ICN, potenciando de este modo la vía de la llamada *soft convergence* (convergencia débil) entre las leyes nacionales y los procedimientos de aplicación. La posición de la Comisión en dicha organización se ve reforzada por el hecho de erigirse como uno de los miembros fundadores de la misma. Sin embargo, el apoyo e implicación de la UE en la ICN no significa que desde Europa se conciba esta estrategia como una alternativa al establecimiento de un marco global vinculante de política de competencia. Más bien se

²⁰ A pesar de esta decisión en bloque, algunos Estados miembros sí que recurrieron a los acuerdos bilaterales con anterioridad; en concreto, la República Federal Alemana concluyó un acuerdo bilateral con EEUU. Por otro lado, Francia e Inglaterra adoptaron estatutos en bloque (Ehlermann, 1993).

entiende como un paso intermedio en el proceso de internacionalización de la política de competencia (Weinrauch, 2004: 159)²¹.

2. La lucha europea por el multilateralismo vinculante

Europa ha jugado un papel protagonista a la hora de abogar por la protección de la competencia a escala internacional a través de mecanismos vinculantes. Desde ningún lugar del planeta se ha apostado con tal decisión por el establecimiento de un régimen global para la política de competencia.

➤ Como se recoge en el epígrafe 4 del Capítulo VI, la alternativa de establecer un marco multilateral vinculante para la política de competencia se remonta a la década de 1920, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones. Durante la preparación de la **Conferencia Económica Mundial de Ginebra (1927)** se estudió la posibilidad de emprender medidas contra los cárteles internacionales, que en esos momentos constituían uno de los rasgos característicos de la economía²². Lamentablemente, no se pudo alcanzar ningún acuerdo que fuese más allá de la investigación y difusión de los efectos de los cárteles que campaban por el viejo continente.

El valor de esta iniciativa proviene de dos cauces: por un lado, del momento en que se produjo. Es llamativo que la propuesta de regular la competencia internacional fuese anterior a las propias leyes nacionales de competencia de los Estados europeos. Este hecho debe coadyuvar a que concibamos la política desde una perspectiva amplia. Dada la interrelación de las economías nacionales, tiene poco sentido que concibamos la protección de la competencia como un asunto nacional. Se trata de un argumento válido que puede erosionar la resistencia que hasta ahora han mostrado los distintos países a perder cierto grado de soberanía en el ámbito de la política de competencia.

²¹ Citado en Aydin (2012).

²² Cabe recordar que el motivo principal de la Conferencia era reducir las barreras comerciales que los Estados europeos habían levantado tratando de proteger sus economías.

Por otro lado, hemos de destacar que se trata de una iniciativa exclusivamente europea. Fue la Sociedad de Naciones, impulsada por los Estados europeos, la que lideró la conferencia citada ante la preocupante situación económica que asolaba Europa. Se trata por tanto de la primera contribución europea a la política internacional de competencia.

➤ El segundo intento por regular la competencia a nivel internacional se produjo tras la II Guerra Mundial, constituyendo parte de la agenda de *Bretton Woods*. La conocida **Carta de la Habana para una Organización Internacional del Comercio** (1948) contenía un capítulo específico que versa sobre las prácticas comerciales restrictivas. En este episodio, el liderazgo correspondió a los funcionarios de EEUU.

A pesar de que la propuesta surgió desde el otro lado del Atlántico, los países europeos recogieron el guante y apoyaron la creación de la ITO. Sin embargo, las primeras negociaciones sobre el contenido de la Carta de La Habana –en las que participaron EEUU, Canadá e Inglaterra- dejaron claras las diferentes perspectivas que mantenían cada una de las partes. Desde Europa, representada por Inglaterra, se veía la iniciativa norteamericana demasiado ambiciosa, toda vez que los países europeos no contaban con la experiencia necesaria para establecer un vigoroso régimen de política de competencia internacional. Por ello, la propuesta final fue más laxa, tanto desde el punto de vista de las normas sustantivas, como con respecto a la organización encargada de su aplicación (Gerber, 2010: 49). Lo que no podía esperarse es que fuesen los propios congresistas de EEUU los que frustrasen el proyecto.

Pese a provocar que la propuesta final fuese menos revolucionaria, podemos afirmar que la contribución de Europa a este particular episodio fue doble. Por un lado, la idea de frenar las prácticas comerciales restrictivas transfronterizas provenía del viejo continente. La propuesta contenida en la Carta de La Habana no era nueva, sino que se nutría de la herencia de los esfuerzos que se habían hecho desde la Sociedad de Naciones un par de décadas atrás.

Por otro lado, y pese a haber abogado por una propuesta más débil, los países europeos ratificaron la Carta de la Habana aún sin contar con una experiencia nacional sólida en la materia. Parecía haber un amplio consenso respecto a la regulación de las prácticas

anticompetitivas que afectaban a varios países. Un consenso que no se vio acompañado del apoyo del Congreso de EEUU.

Tras la división del mundo en dos bloques enfrentados, la idea de establecer un marco global para la política de competencia se abandonó. Sin embargo, éste resurgió con fuerza ante el proceso de integración económica mundial que supuso la caída del bloque socialista.

➤ Grupo de Munich (1993)

El llamado “Grupo de Múnich” realizó un audaz y atinado esfuerzo para establecer un marco operativo que permitiese abordar los problemas de competencia internacional²³. Sus ideas se plasmaron en el *Draft International Antitrust Code* (DIAC), conocido como el “*Munich Draft Code*”. En este código, se condenaban las conductas que se consideraban perjudiciales para el comercio mundial.

La prohibición central se dirigió a los acuerdos anticompetitivos horizontales que disminuían la producción y elevaban los precios. Además, se propuso la persecución de los acuerdos verticales cuando estos restringiesen sin razón la competencia, así como la conducta de las empresas dominantes que produjesen los mismos efectos. Finalmente, se contemplaba la creación de reglas de notificación previas a las fusiones a fin de prohibir aquéllas que creasen o reforzasen una posición dominante (Gerber, 2010: 102).

El proyecto aspiraba a la suscripción de un acuerdo internacional que obligaría a los estados a aplicar las normas del DIAC a través de sus correspondientes instituciones nacionales. Del mismo modo, se crearía un procedimiento obligatorio para la resolución de conflictos, lo que llevaría inevitablemente al establecimiento de una agencia internacional que velase por el cumplimiento de las normas.

La reacción de los congresistas del otro lado del atlántico no se hizo esperar y fue la esperada. A pesar de que los líderes europeos apoyaron la iniciativa y trataron de introducir un mínimo de leyes de competencia internacionales, la oposición norteamericana fue sólida

²³ Para una discusión más profunda del tema consultar Wolfgang Fikentscher (1997): “The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the context of International Technological Integration”

y firme. Alegaron que en el DIAC no se definían adecuadamente las conductas prohibidas, se concedía un poder excesivo a los administradores internacionales y se establecería un innecesario estrato de burocracia internacional (Gerber 2010: 102).

Por estas razones, la respuesta de los responsables de EEUU fue incrementar la cooperación entre las autoridades nacionales de competencia, antes que apostar por algún tipo de acuerdo internacional vinculante. Esta es la estrategia que se ha seguido hasta nuestros días y que, además de mostrarse insuficiente en algunos casos, ha originado algunos conflictos de gran dimensión como vimos en capítulos anteriores.

➤ La UE y la OMC

La UE ha liderado la propuesta de incluir normas de competencia en la OMC desde los inicios de esta organización. Prueba de ello es el documento, de gran interés, publicado a petición de la DGC y elaborado por un Grupo de Expertos en 1995: *Competition Policy in the New Trade Order*. Fruto de estos esfuerzos fue la constitución del Grupo de Expertos sobre la Interacción entre Comercio y Competencia en la OMC. Pasamos a comentar los aspectos más relevantes que el dossier contiene.

El informe comienza dibujando el escenario en el que nos encontrábamos (y que se ha agudizado más si cabe casi 20 años después), que no es otro que el de la intensa liberalización de los mercados y globalización de las relaciones comerciales. Por el contrario, los regímenes de competencia continuaban (y continúan) encerrados en las fronteras nacionales. Esta inconsistencia se ve reflejada en varios puntos:

- a. Proliferación de prácticas comerciales restrictivas que afectan a varias jurisdicciones.
- b. Las empresas multinacionales se ven sujetas a distintas legislaciones de competencia, lo que les supone hacer frente a mayores costes e incertidumbre, además de constituir barreras a la expansión del comercio y la inversión internacional.

- c. Los distintos grados de rigurosidad observados entre los regímenes nacionales de competencia provocan distorsiones en el comercio internacional. Además, las prácticas restrictivas toleradas por un país pueden tener un efecto de cierre de mercado en dicha jurisdicción.
- d. Los conflictos provocados por la aplicación extraterritorial de la política nacional de competencia. Además, en ausencia de cooperación, hay obstáculos legales y prácticos para obtener en el extranjero la información necesaria para probar la existencia de prácticas anticompetitivas.
- e. Finalmente, los países en desarrollo tienen un interés especial en que se controlen los comportamientos anticompetitivos. La reducción de las barreras legales al comercio los dejan más expuestos a las prácticas restrictivas. Además, pueden sufrir los efectos de la aplicación extraterritorial de las normas de competencia de un país desarrollado.

Todos estos problemas pueden minar los beneficios de la liberalización comercial, por lo que se instaba a la OMC a profundizar en los aspectos de competencia de las disposiciones relacionadas con el comercio. Finalmente, el documento repasa las relaciones bilaterales de la UE, así como los límites de dicha estrategia.

- Grupo de expertos en Leyes y Política de Competencia (OMC). Propuestas en Doha (2001)

Sobre la base de las premisas esbozadas en el documento recién comentado, la Comisión Europea propuso la formación de un grupo de trabajo de política de competencia dentro de la OMC en la Conferencia Ministerial de Singapur. Allí, la UE se atribuyó el papel de liderar los esfuerzos por *“construir un consenso internacional y alentar a otros miembros de la OMC a apoyar un trabajo multilateral en este campo”* (Comisión Europea, 1996).

Fruto de los esfuerzos del “Grupo de Singapur”, el cambio de siglo estuvo cerca de presenciar el primer paso concreto para introducir un marco legal de competencia en la OMC. El lugar elegido fue la Conferencia Ministerial de Doha, en 2001. Allí se acordó incluir la política de competencia en la Declaración Ministerial e iniciar un período de

negociaciones formales sobre la conveniencia de insertar la política de competencia en el seno de la OMC.

A esta reunión le siguió la Conferencia Ministerial celebrada en Cancún en 2003, donde se esperaba consumar el acuerdo. La Declaración que derivó de dicho encuentro estableció la visión de un futuro brillante para la agenda de política de competencia de la OMC, que se compondría de los temas que se habían estado negociando. Entre éstos se encontraba el control sobre los *hard core cartels*, ofrecer apoyo y capacitación a las autoridades de competencia de los países en vías de desarrollo, y el fomento de la cooperación entre las autoridades de competencia del mundo (Dabbah, 2010: 124).

Lamentablemente, los intentos continuados de la UE por introducir normas internacionales de competencia en el marco de la OMC no han tenido, de momento, el éxito esperado debido fundamentalmente a la firme oposición de EEUU al proyecto. A pesar de que en un principio parecían receptivos, los expertos norteamericanos se mostraron finalmente reacios a la idea de instaurar un marco global de competencia. El llamado “Paquete de Julio” (2004: 4) liquidaba el asunto de la competencia con la siguiente afirmación: *“el Consejo acuerda que estos temas (haciendo referencia a la Relación entre comercio e inversiones, interacción entre comercio y política de competencia y transparencia de la contratación pública), mencionados en los párrafos 20-22, 23-25 y 26, respectivamente, de la Declaración Ministerial de Doha, no formarán parte del Programa de Trabajo establecido en dicha Declaración y por consiguiente durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre ninguno de estos temas”*. Quedaba así suprimido el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia.

Sin duda, las sospechas que emanaban desde países con el peso de China o, sobretodo, de EEUU, terminaron por abortar el ambicioso proyecto. Gerber (2010: 106) resume los motivos de la negativa norteamericana:

El argumento principal de su resistencia consistía en subrayar que la configuración de la política de competencia envuelve, necesariamente, juicios normativos sobre objetivos y recursos destinados a dicho sistema. Las preferencias de los distintos países suelen variar en

un amplio rango, por lo que un hipotético código internacional sería inconsistente con los intereses de cada nación.

Desde EEUU también se aludía a la potencial incertidumbre y riesgo que implicaría añadir una nueva fuerza burocrática al ya de por sí complejo marco legal al que se enfrentan los operadores económicos internacionales. En definitiva, la postura de EEUU consiste en confiar totalmente en su sistema antimonopolio y en que el resto de los regímenes de los países converjan hacia el mismo.

Además de EEUU, y alegando razones bien diferentes, un grupo de países en vías de desarrollo se opusieron también a la inclusión de normas vinculantes de competencia en el ámbito de la OMC. Fundamentalmente, su resistencia estriba en la desconfianza en las instituciones internacionales, cuyas disposiciones suelen favorecer a las naciones y a los grupos más poderosos.

El principal temor se refiere a la facilidad de acceso a los mercados de estas economías emergentes. La posibilidad de que este marco global de competencia suponga el desembarco indiscriminado de grandes empresas extranjeras que amenacen el desarrollo de un sector industrial naciente provoca la reticencia y oposición de muchos de estos países.

Por último, no podemos olvidar que muchos países en desarrollo tienen escasa o nula experiencia en política de competencia, incluso en la economía de mercado. Esto genera incertidumbre y desconfianza entre sus políticos, que se muestran cautelosos ante las propuestas provenientes del primer mundo.

Aquí termina la última iniciativa (frustrada, como todas hasta el momento) por introducir un marco global para la defensa de la competencia. A pesar de que no se han alcanzado los resultados esperados, es conveniente considerar y poner en valor la determinación que hasta el momento ha mostrado la UE por elevar la política de competencia al nivel internacional.

3. Un análisis comparativo y cuantitativo de la política de competencia de la UE y EEUU

Una vez desgranado el modelo de competencia de la UE y esbozado cómo éste está sirviendo de referencia para muchos países que no cuentan con experiencia en la materia, podemos preguntarnos si realmente se trata del régimen mejor diseñado. Con tal fin, vamos a emprender un estudio cuantitativo que nos permita comparar objetivamente el modelo europeo y el estadounidense. Para ello recurrimos a una metodología parecida a la propuesta por la OCDE para calcular los indicadores de *Product Market Regulation*, consistente en construir unos **Índices de Política de Competencia** que puedan ser comparados entre las distintas jurisdicciones y en distintos momentos del tiempo. En concreto, la metodología es similar a la que utilizan Buccirosi et al. (2011)²⁴.

Estos índices de política de competencia, recién desarrollados, miden la capacidad de disuasión que los distintos regímenes de competencia mantienen para con las prácticas restrictivas. Se refieren básicamente a las **características institucionales**²⁵ de dichos sistemas de competencia. Con estos índices podemos medir la calidad e intensidad de la política de competencia de cada jurisdicción. En nuestro caso, realizamos una comparativa entre un régimen supranacional, la UE, y uno federal, EEUU.

Para la construcción de los índices se ha seguido un enfoque “de abajo hacia arriba”, en el cual la puntuación de cada régimen se alinea con una característica específica de su política de competencia. Trabajaremos por tanto una estructura piramidal en la que la agregación de los niveles inferiores de variables primero, e ítems después, conformarán los siguientes estratos (índices) hasta llegar a un único Índice de Política de Competencia para cada régimen (en este caso, solo para la UE y EEUU).

²⁴ Para una descripción detallada de la metodología consultar Buccirosi et al. (2011): “Measuring the deterrence properties of competition policy: The competition policy indexes”, *Journal of competition law and economics*, 7 (1), pp. 165-204.

²⁵ El trabajo de Buccirosi et al. (2011) también calcula índices para medir las características de aplicación a partir de los recursos empleados y las sanciones impuestas por cada jurisdicción. Nosotros hemos decidido no considerarlas debido a la imposibilidad de comparar el modelo de EEUU con el de la UE en este ámbito. Pensemos, por ejemplo, que en la UE corresponde en muchas ocasiones a los Estados miembros incoar y sancionar determinados problemas de competencia, por lo que la actividad de la DGC dista mucho, tanto en su naturaleza como en su volumen, de las de las autoridades norteamericanas.

Cada índice del estrato base -llamados Índices de Primer Nivel- recibe una puntuación en función de su grado de aproximación con las mejores prácticas convenidas por expertos en los foros internacionales, tales como la ICN o la OCDE. Cuanto más se aproxime a las mejores prácticas convenidas, mayor será su puntuación. Los Índices de Primer Nivel están compuestos por uno o más ítems que, a su vez, engloban una o más variables que determinarán su puntuación. Éstas, al igual que los ítems y los propios índices, oscilan entre 0 y 1. A pesar de que no vayamos a describir exhaustivamente la metodología empleada, sí que describiremos cada índice para que quede claro lo que estos miden. La Figura 6 resume la estructura descrita:

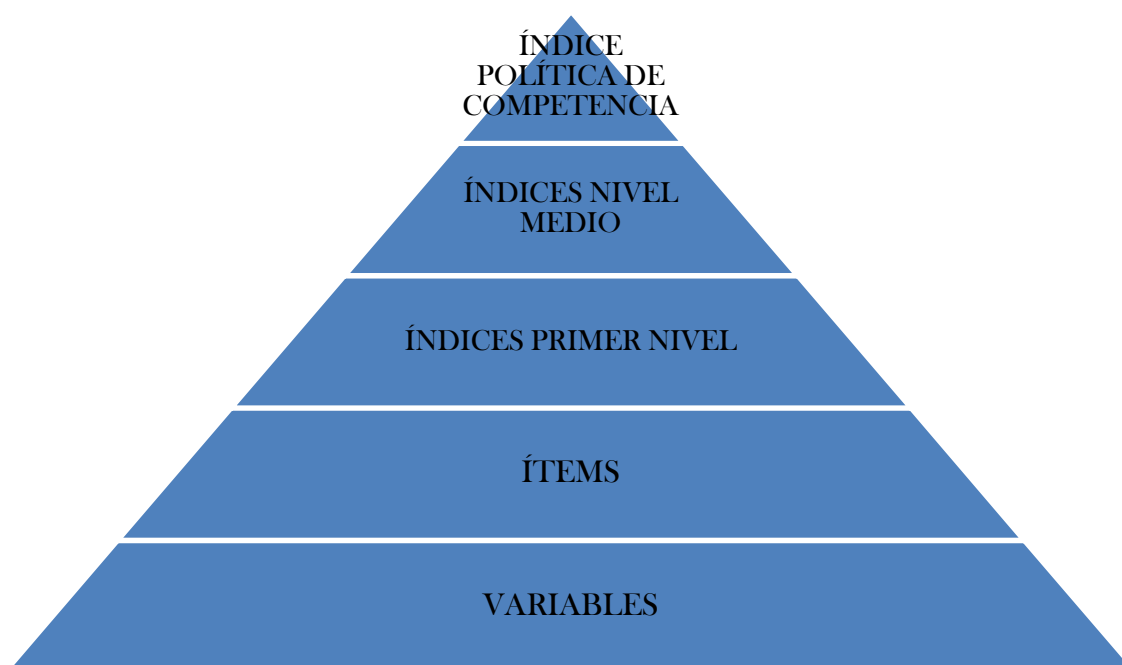


Figura 6. Estructura de los Índices de Política de Competencia. Fuente: Buccirosi et al. (2001)

Para la construcción de los índices dividimos los regímenes de competencia en cuatro ámbitos: cárteles intrínsecamente nocivos, otras prácticas restrictivas distintas a dichos cárteles, abusos de posiciones de dominio y control de concentraciones. Si bien muchos de los índices son similares en su composición para los cuatro tipos de infracciones, veremos que se producen ligeras modificaciones entre ellos, especialmente en el ámbito del control de operaciones de concentración.

Distinguimos hasta cinco Índices de Primer Nivel: independencia de las autoridades, separación de poderes, calidad de la ley, poderes durante la investigación y sanciones por daños y perjuicios. Los Índices de Primer Nivel serán agrupados para conformar un Índice de Nivel Medio para cada uno de los ámbitos mencionados. Finalmente, estos son agrupados para ofrecernos el Índice de Política de Competencia.

Comenzaremos presentando un esquema en forma de cuadro que recoja los Índices de Primer y Segundo Nivel para cada uno de los cuatro ámbitos de la política de competencia objeto de estudio. Esto nos servirá para ofrecer una panorámica del estudio.

A continuación presentaremos los argumentos subyacentes a las distintas ponderaciones que los distintos Índices de Primer Nivel, ítems y variables reciben. Posteriormente, procedemos a describir con cierto nivel de detalle los Índices de Primer Nivel a partir de los distintos ítems y variables que los componen. Una vez delimitados los distintos Índices de Primer Nivel, estamos en disposición de calcularlos.

Seguidamente, volvemos a presentar nuestro cuadro-esquema, ya con los valores de los distintos ítems e Índices de Primer Nivel. Dicho cuadro es la base de nuestro estudio. Posteriormente, los Índices de Primer Nivel serán agrupados, mediante una media ponderada, para conformar los Índices de Nivel Medio. Estos, como ya hemos indicado, representan en una sola cifra las características institucionales de cada régimen de competencia para cada uno de los ámbitos considerados.

Finalmente, los Índices de Nivel Medio pueden ser resumidos por un solo Índice de Política de Competencia a partir de una media aritmética. Dicho índice tiene la cualidad de resumir el conjunto de características institucionales de cada régimen de competencia. Por tanto, puede ser usado para comparar la calidad institucional de la política de competencia entre distintas jurisdicciones y para momentos distintos del tiempo. Nuestra evaluación se circunscribe a los modelos de la UE y EEUU en 2013.

El estudio se cierra con unas conclusiones en la que comentaremos los aspectos más relevantes del análisis comparativo. Se tendrá en consideración tanto el Índice de Política de Competencia, como los índices de niveles inferiores para esclarecer qué régimen se

presenta más alineado con el ideal y en qué áreas una y otra jurisdicción se aproximan a las mejores prácticas.

Abusos posición de dominio	<i>Hard core cartels</i>	Otros acuerdos anticompetitivos	Concentraciones
Independencia (1/6)²⁶ Naturaleza de la instancia investigadora (1/2) Naturaleza del organismo que resuelve y rol del Gobierno (1/2)	Independencia (1/6) Naturaleza de la instancia investigadora (1/2) Naturaleza del organismo que resuelve y rol del Gobierno (1/2)	Independencia (1/6) Naturaleza de la instancia investigadora (1/2) Naturaleza del organismo que resuelve y rol del Gobierno (1/2)	Independencia (1/3) Naturaleza de los organismos implicados en las fases 1 y 2 (1/2) Rol del Gobierno en la decisión (1/2)
Separación de poderes (1/6) Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (2/3) Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)	Separación de poderes (1/6) Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (2/3) Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)	Separación de poderes (1/6) Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (2/3) Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)	Separación de poderes (1/3) Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (1/3) Separación entre fase 1 y 2 (1/3) Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)
Calidad de la ley (1/6) Carga de la prueba (predación) y objetivos que condicionan la decisión (1/2) Carga de la prueba (rechazo a vender) y objetivos que condicionan la decisión (1/2)	Calidad de la ley (1/6) Carga de la prueba y objetivos que condicionan la decisión (1/2) Programa de clemencia (1/3)	Calidad de la ley (1/6) Carga de la prueba (contratos exclusivos) y objetivos que condicionan la decisión	Calidad de la ley (1/3) Obligación de notificación (1/2) Consideración de las eficiencias (1/2)
Poderes durante la investigación (1/6) Combinación de poderes (3/4) Posibilidad de medidas provisionales (1/4)	Poderes durante la investigación (1/6) Combinación de poderes	Poderes durante la investigación (1/6) Combinación de poderes (3/4) Posibilidad de medidas provisionales (1/4)	
Sanciones por daños y perjuicios (1/3) Sanciones a empresas (1/3) Sanciones a individuos (1/3) Demandas particulares (1/3)	Sanciones por daños y perjuicios (1/3) Sanciones a empresas (1/3) Sanciones a individuos (1/3) Demandas particulares (1/3)	Sanciones por daños y perjuicios (1/3) Sanciones a empresas (1/3) Sanciones a individuos (1/3) Demandas particulares (1/3)	
ÍNDICE NIV. MEDIO: ABUSO POS. DOM.	ÍNDICE NIV. MEDIO: CARTEL	ÍNDICE NIV. MEDIO: OTROS AC. A.	ÍNDICE NIV. MEDIO: CONCENTRACIÓN

Tabla 2. Índices de Primer Nivel. Fuente: Buccirosi et. Al (2011)

²⁶ Los valores entre paréntesis reflejan las ponderaciones de los distintos ítems.

Como se observa en la Tabla 2, los Índices de Primer Nivel se calculan para cada uno de los ámbitos de la política de competencia con la excepción del control de concentraciones. En este caso, no se consideran ni los “Poderes durante la Investigación”, ni las “Sanciones por Daños y Perjuicios”. La naturaleza del control de concentraciones nos empuja a excluir estas características en este brazo de la política de competencia.

Pasamos a describir los Índices de Primer Nivel, así como sus respectivos ítems y ponderaciones.

3.1. Descripción de los Índices de Primer Nivel

3.1.1. Independencia de las autoridades

Se trata de medir el grado de independencia de las autoridades con respecto a intereses económicos o políticos²⁷. Obviamente, cuanto mayor sea la independencia de una autoridad de competencia, mejor desempeño alcanzará²⁸. Por tanto, el primer índice mide, por un lado, (1) la independencia (estatutaria) de las autoridades; y por otro, (2) el rol que el Gobierno juega en las sentencias sobre infracciones de competencia, así como en la evaluación de fusiones y absorciones.

Este primer índice tiene la misma composición para los abusos de posición de dominio, los cárteles intrínsecamente nocivos y otros acuerdos anticompetitivos. Como veremos a continuación, los ítems para el control de concentraciones que conforman este Índice de Primer Nivel son algo distintos.

a. Abusos de posición de dominio, los cárteles intrínsecamente nocivos y otros acuerdos anticompetitivos.

Para el primer ítem (1), una jurisdicción obtiene 1 cuando la autoridad que emprende la investigación (a la que llamamos “instancia investigadora”) de una infracción es

²⁷ En nuestro esquema lo hemos llamado “naturaleza de la instancia investigadora” y “naturaleza del organismo que resuelve”.

²⁸ Podemos encontrar abundante literatura al respecto. Nosotros hemos recurrido al documento de la OCDE “Optimal design of a competition agency”, CCNM/GF/COMP(2003)2.

independiente (estatutariamente). Por el contrario, puntuará 0 cuando se trate de una agencia ministerial o similar. En casos de independencia relativa, la puntuación sería de un valor intermedio.

Un segundo ítem (2) recogería la naturaleza del organismo encargado de tomar la decisión en una determinada disputa (al que llamamos “organismo que resuelve”). Si disfrutase de independencia estatutaria respecto al Gobierno (por ejemplo, un tribunal), puntuaría 1; si goza de independencia estatutaria, pero el Gobierno puede revocar la decisión puntuaría 0,5; finalmente, si no fuese independiente (por ejemplo, si fuese una agencia o departamento ministerial) puntuaría 0.

Ambos ítems reciben la misma ponderación.

b. Control de concentraciones

Con respecto a las fusiones, puede darse el caso en que un organismo emprenda la evaluación preliminar (conocida como fase 1) y otro se encargue de las investigaciones más profundas cuando fuese necesario. Así, el índice recogería tanto (1) la naturaleza de los organismos encargados de las fases 1 y 2, como (2) el rol del gobierno ante decisiones ya tomadas.

En el primer caso, puntuaría 1 si ambos organismos son independientes y 0,5 si uno lo es pero el otro no. Si solo hay un organismo, puntuaría 1 en caso de ser independiente y 0 si no lo fuese. Respecto al segundo ítem, una jurisdicción puntuaría 0 cuando el Gobierno pudiese revocar una decisión ya tomada, y 1 en caso contrario.

Los ítems que componen este primer índice reciben la misma ponderación.

3.1.2. Separación de poderes

El segundo índice mide el grado de separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve si la conducta (o fusión) en cuestión merece ser sancionada (o prohibida). Suponemos que cuanto mayor sea la separación entre ambos, menor es la

posibilidad de cometer un error²⁹. Del mismo modo, es lógico pensar que si el Tribunal de Apelación está exclusivamente dedicado a asuntos de competencia, mayor será la calidad de las decisiones (OCDE, 2007).

a. Abusos de posición de dominio, los cárteles intrínsecamente nocivos y otros acuerdos anticompetitivos.

Este segundo índice está dividido en dos variables: en primer lugar, (1) si existe separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve; y, segundo, (2) la naturaleza del Tribunal de Apelación. Para el primer caso, una jurisdicción puntuará 0 cuando no haya separación, y 1 cuando se trate de órganos separados. En el segundo caso, un régimen puntuará 0 cuando el Tribunal de Apelación no esté especializado en materia de competencia y 1 cuando sí lo esté.

Cada una de las variables recibe una ponderación distinta. El primer ítem –separación entre instancia investigadora y organismo que resuelve- recibe 2/3 del peso y la segunda –naturaleza del Tribunal de Apelación- 1/3.

b. Control de concentraciones

En este ámbito, el índice recoge un ítem adicional (3) a la separación entre instancia investigadora y organismo que resuelve y la naturaleza del Tribunal de Apelación. Se trata de ver si el organismo que toma la decisión de realizar una investigación más profunda (a menudo conocida como fase 2) es distinto de aquél que efectivamente la emprende. Una jurisdicción puntuará 0 cuando el mismo cuerpo sea el encargado de ambas actividades, y 1 cuando se trate de organismos distintos.

En este caso, los tres ítems reciben las mismas ponderaciones.

²⁹ Ver por ejemplo Dewatripont y Tirole (1999); o Neven (2006).

3.1.3. Calidad de la ley

En este caso vamos a evaluar si la separación entre conductas legales e ilegales en la normativa de cada jurisdicción refleja los efectos de dichas conductas sobre el bienestar social. Por tanto, cada uno de los ámbitos de la política de competencia que estamos analizando tiene distintos ítems para conformar el Índice de Primer Nivel “Calidad de la Ley”.

a. Abusos de posiciones dominantes

Para los abusos de posición dominante tendremos en cuenta la carga de la prueba necesaria para las conductas excluyentes basadas en el precio: precios predatorios (1) y rechazo a vender (2). Si, a la hora de evaluar estas prácticas, se aplica un enfoque basado en la regla de la razón (*rule of reason*) y solo se consideran objetivos estrictamente económicos, la jurisdicción en cuestión puntuará 1³⁰; si se aplica la regla de la razón pero se consideran también objetivos no económicos en la evaluación (por ejemplo el impacto sobre el empleo de una determinada conducta), puntuará 0,5; la jurisdicción puntuará 0 cuando no concurren ninguna de las dos circunstancias (Voigt, 2007).

Ambos ítems reciben la misma puntuación.

b. Hard Core Cartels

Para los cárteles intrínsecamente nocivos, el índice contempla, además de la carga de la prueba necesaria, un elemento adicional: la existencia del programa de clemencia. Dado que será más fácil detectar un cártel gracias esta estrategia, una jurisdicción puntuará 1 si aplicase la política de clemencia, y 0 si no lo hiciese. Además, debido a la naturaleza intrínsecamente nociva de ésta práctica, la jurisdicción que contenga una prohibición *per se* para estos cárteles puntuará 1; en caso de aplicar la regla de la razón, su puntuación sería 0 (OCDE, 2002).

³⁰ En este caso se otorga la máxima puntuación porque se considera que tales prácticas deben ser evaluadas en función de los efectos reales que produzcan.

Ambos ítems reciben la misma puntuación.

c. Otros acuerdos anticompetitivos

Para el caso de los acuerdos anticompetitivos distintos de los *hard-core cartels* solo consideraremos la práctica de contratos exclusivos, al ser la más común en la mayoría de los mercados. Nos preguntamos si la autoridad encargada de la investigación debe probar los efectos reales de la práctica en cuestión y si solo considera objetivos estrictamente económicos en dicha evaluación. En caso afirmativo, la jurisdicción puntuaría 1; si ha de probar los efectos reales de la práctica, pero también tiene en cuenta objetivos no económicos, puntuará 0,5; la jurisdicción puntuará 0 cuando no se de ninguna de las dos premisas (Voigt, 2007).

d. Control de concentraciones

Finalmente, este índice tiene una composición distinta para el caso de las operaciones de concentración. Así, tendremos en cuenta (1) las características de la obligación de notificación y el (2) criterio utilizado para evaluar la fusión en cuestión. En el primer caso, en ausencia de obligación de notificación antes de efectuar la operación de concentración, la jurisdicción puntuará 0; puntuará 0,33 si existe tal obligación pero no se fijan umbrales mínimos (se considera que estos umbrales permiten a las autoridades centrar sus recursos en las operaciones más problemáticas); la jurisdicción puntuará 0,66 si dispusiese de tales umbrales basados en las cuotas de mercado, mientras que la puntuación sería de 1 si los umbrales estuviesen determinados por el volumen de facturación de las empresas sujetas a la operación de concentración. Esta última opción se considera superior debido que es más fácil de aplicar y menos sujeta a la incertidumbre³¹.

Un segundo elemento a considerar sería la evaluación de las eficiencias que pudiesen emanar de la operación de concentración. Si no hubiese consideraciones de eficiencias, la jurisdicción puntuaría 0; en caso contrario, puntuaría 1.

Ambos ítems reciben la misma puntuación.

³¹ ICN (2002).

3.1.4. Poderes durante la investigación

Este índice solo se calcula para los abusos de posición de dominio, los *hard core cartels* y otros comportamientos anticompetitivos. Sin embargo, el índice para los cárteles intrínsecamente nocivos solo considera un ítem, mientras que para los otros dos ámbitos se tienen en cuenta dos.

a. Abusos de posición de dominio y acuerdos anticompetitivos distintos de los *hard core cartels*

Los poderes durante la investigación que consideraremos serán (1) la posibilidad de imponer medidas provisionales que eviten que una conducta restrictiva cause daños irreparables mientras se emite la decisión final, por un lado; y (2) los poderes para investigar locales y negocios privados durante la investigación, por otro. Cuanto mayores sean los poderes de las autoridades, mayor será la calidad de la decisión al hacer éstas uso de una mayor cantidad de información.

Respecto a la primera variable, una jurisdicción puntuará 1 en el caso de que sus autoridades puedan imponer medidas provisionales, y 0 en caso contrario. Para la segunda, una jurisdicción puntuará 1 si su autoridad de competencia pudiese investigar tanto negocios como locales privados; 0 cuando ninguno de ellos pudiese ser investigado; y 0,5 si solo se pudiesen inspeccionar los negocios, pero no los locales o domicilios privados.

Para este índice, cada uno de los ítems recibe una ponderación distinta. Así, el primero tiene un peso de 1/4 y el segundo de 3/4.

b. *Hard core cartels*

En este caso, solo consideraremos los poderes de las autoridades para investigar negocios y locales privados. No se contempla la posibilidad de imponer medidas provisionales debido a que éstas no son relevantes en las investigaciones concernientes a cárteles intrínsecamente nocivos (Buccirossi et al. (2011).

3.1.5. Sanciones por daños y perjuicios

Para que un régimen de competencia sea efectivo, las sanciones han de ser suficientemente duras y creíbles para disuadir a los agentes económicos de transgredir la normativa en cuestión. Este último índice contempla tres ítems:

- (1) el rango de sanciones potenciales que las empresas deben afrontar;
- (2) el rango de sanciones potenciales que los empleados de las empresas han de afrontar; y
- (3) si las partes afectadas pueden demandar por daños y perjuicios.

Como es lógico, las concentraciones son ajenas a este elemento disuasorio. Por otro lado, el segundo y el tercer ítem de este último Índice de Primer Nivel son iguales para cada uno de los tres ámbitos restantes. Tan solo el primer ítem mantiene una composición distinta para el abuso de posición de dominio, donde, como veremos a continuación, se considera una variable adicional.

a. Abuso de posición de dominio

Para el primer ítem –sanciones a empresas- (1), el índice considera tanto el nivel máximo que puede alcanzar la sanción, como el tipo de sanción que puede ser impuesta. Una jurisdicción puntuará 1 cuando el umbral máximo esté determinado en función de los ingresos de la empresa o de las ganancias ilícitas obtenidas por la infracción; 0,66 cuando la cuantía de la sanción se determine arbitrariamente por el juez; 0,33 si la sanción está expresada en términos absolutos; y 0 cuando no se contemplen sanciones.

Respecto al tipo de sanción que puede ser impuesta, una jurisdicción puntuará 1 cuando se contemplen tanto sanciones económicas como remedios estructurales; 0,75 si solo se consideran sanciones económicas; y 0 si ninguna de ambas puede ser impuesta.

Se otorga un mayor peso al criterio con el que se calculen las sanciones (2/3) que al tipo de sanciones (1/3).

Con respecto a las sanciones a los empleados de las empresas infractoras (2) se contemplan las dos mismas variables para los tres ámbitos de actuación que el índice considera: nivel máximo que puede alcanzar la sanción y tipología de sanción. Para las sanciones económicas, una jurisdicción puntuará 0 si no pueden ser impuestas, y 1 si no hubiese un límite explícito para este tipo de sanción. En cambio, si la ley dispusiese de un máximo, la puntuación sería el valor normalizado de dicho límite máximo. Éste se obtendría dividiendo el límite por el límite más alto de las jurisdicciones consideradas. En lo que se refiere a la inhabilitación de los directivos, una jurisdicción puntuaría 1 si la considerase y 0 en caso contrario. Finalmente, para las sanciones penales, la puntuación sería de 0 si no se contemplasen y 1 en caso de que pudiesen ser impuestas.

La ponderación se reparte como sigue: 3/10 para las multas monetarias, 2/10 para la inhabilitación; y 5/10 para en el caso en que los infractores pudiesen ingresar en prisión.

En relación con las acciones particulares (3), una jurisdicción puntuaría 1 cuando tanto los individuos como las empresas afectadas pudiesen reclamar ante la autoridad competente en caso de verse perjudicados por una conducta anticompetitiva y 0 cuando está reclamación no estuviese disponible. Si se le concede este derecho solo a las empresas afectadas puntuaría 0,33, mientras que si ambos –empresas e individuos afectados- pudiesen reclamar, pero solo mediante demandas colectivas, puntuaría 0,66.

b. Cárteles intrínsecamente nocivos y otros acuerdos anticompetitivos

La diferencia en estos dos ámbitos con respecto al abuso de posición de dominio consiste en que el ítem de las sanciones a empresas solo contempla el nivel máximo de la multa. Excluimos el tipo de sanción en estos dos ámbitos debido a que las sanciones que se imponen a estos acuerdos competitivos son siempre monetarias.

Los dos ítems restantes se calculan análogamente a lo esbozado para los abusos de posición dominante.

3.2. Fundamentos de las ponderaciones

Siguiendo a Buccirosi et al. (2011), hemos aplicado el principio de razón insuficiente según el cual, si no tenemos motivos específicos para pensar que una característica es más importante que otra, reciben la misma ponderación. Además, hasta en cuatro ocasiones hemos considerado apropiado repartir distintas ponderaciones a las características que componen los índices:

- En el segundo índice, cuando hablamos de separación de poderes, se ha valorado más la “separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve” (2/3) que la “naturaleza del Tribunal de Apelación” (1/3). Esto se debe a que dicho Tribunal no interviene en todos los casos de competencia; solo lo hace cuando la empresa recurre una decisión. Por tanto, la naturaleza del Tribunal de Apelación tendrá menos influencia en la efectividad de un determinado régimen de competencia que la separación entre el fiscal y el juez.

- En el índice “Poderes durante la Investigación” correspondiente a los abusos de posición dominante y otros acuerdos distintos a los *hard core cartels*, la “disponibilidad de medidas provisionales” recibe menor ponderación (1/4) que la “combinación de poderes” (3/4). El motivo es el siguiente: mientras que el primer ítem solo suele influir en cuestiones temporales, el segundo es vital para realizar una investigación en profundidad y tomar la decisión a partir de la mejor información disponible.

- En el último índice, “Sanciones por Daños y Perjuicios”, para los abusos de posición dominante las sanciones a empresas (primer ítem) incluye dos variables³²: hemos otorgado un mayor peso (2/3) al criterio con el que se calcula el límite de dicha sanción que al tipo de sanción que puede ser impuesta (1/3). Suponemos que el primero tiene un mayor impacto disuasorio, ya que afecta directamente a los incentivos de las empresas en sus procesos decisorios.

³² No confundir los ítems (“sanciones a empresas”, “sanciones a empleados” y “demandas particulares”) que componen este Índice de Primer Nivel con las variables que engloba cada uno de los ítems.

- En el mismo índice, hemos contemplado los distintos tipos de sanciones que pueden ser imputadas a los individuos responsables de la infracción (segundo ítem). Al objeto de obtener una única puntuación, hemos otorgado distintos pesos a las multas monetarias (3/10), a las inhabilitaciones (2/10) y al encarcelamiento (5/10). Esto se debe a que las multas las puede sufragar la empresa infractora. Sin embargo, los directivos que sean declarados culpables y condenados a prisión no pueden recurrir a su empresa. Esto hace de las sanciones penales un poderoso elemento disuasorio de emprender comportamientos anticompetitivos.

- Finalmente, como puede apreciarse en el cuadro-esquema, las ponderaciones que se han otorgado a los distintos Índices de Primer Nivel reflejan un mayor peso para el último: “sanciones por daños y perjuicios”. Concretamente su ponderación es de 1/3 frente a 1/6 de las demás. La razón que subyace a esta ponderación estriba en que las sanciones se han mostrado como uno de los elementos de mayor disuasión para que las empresas no incurran en prácticas restrictivas.

3.3. Cálculo de los Índices de Primer Nivel

En este apartado vamos a otorgar las puntuaciones a los distintos ítems y variables para calcular los Índices de Primer Nivel. Como estos acaban de ser descritos, no nos detendremos nuevamente en explicarlos.

3.3.1. Independencia de las autoridades

- a. Abusos de posición de dominio, los cárteles intrínsecamente nocivos y otros acuerdos anticompetitivos.**

El cálculo de este índice plantea ciertos problemas. Empecemos con la UE. El sistema de gobernanza de la UE es complejo. Sin embargo, podemos atribuirle a la Comisión el estatus de Gobierno. De este modo, podemos afirmar que la instancia investigadora -en este caso, la DGC de la Comisión- es dependiente del Gobierno de la UE. Por el contrario,

el TJUE –organismo que resuelve³³- goza de independencia estatutaria tanto respecto a la Comisión. Por tanto, la instancia investigadora de la UE sería dependiente del poder político.

Recordemos que el primer ítem de este índice mide la independencia estatutaria de la instancia investigadora. Por la dependencia a la que hemos hecho alusión, la puntuación para la UE sería de 0 en este primer ítem (1).

Con respecto al segundo ítem –“naturaleza del organismo que resuelve y rol del Gobierno”-, partimos de la hipótesis de que, si bien la DGC puede incoar procedimientos, las partes siempre pueden recurrir al TJUE para que emita un juicio definitivo. Por tanto, considerando al TJUE como el “organismo que resuelve”, la puntuación sería de 1, ya que es independiente y sus sentencias no pueden ser revocadas por la Comisión.

El caso de EEUU tampoco es sencillo. La Oficina de Competencia³⁴ (FTC) y la División *antitrust* (DJ), junto con los fiscales generales de los Estados, comparten la competencia de iniciar investigaciones e incoar procedimientos en materia *antitrust* en el país norteamericano. Mientras que la FTC y los fiscales generales son independientes³⁵, el DJ depende de la Administración. La independencia relativa de las autoridades nos empuja a puntuar 0,25³⁶ en el primer ítem al régimen de EEUU.

En segundo lugar (2), la decisión de sancionar o no, recae sobre los tribunales y sobre la FTC. La FTC puede incoar procedimientos y realizar juicios administrativos, pero la decisión final de sancionar o no corresponde a los tribunales siempre que la parte acusada no esté conforme con la resolución de la FTC. Debido a su independencia, y a que el Gobierno no está facultado para revocar decisiones del tribunal, EEUU puntúa 1 en el segundo ítem.

³³ Hay que señalar que la Comisión, a través de la DGC, también puede incoar procedimientos e imponer sanciones; sin embargo, las partes siempre pueden recurrir al TJUE para que confirme o contradiga lo esgrimido por la Comisión.

³⁴ *Bureau of Competition*.

³⁵ Fornells, 2004.

³⁶ El motivo por el que hemos puntuado 0,25 en lugar de otro valor intermedio es que la División *antitrust* del DJ es la agencia preponderante en el modelo de EEUU, ya que es la que tiene facultades para iniciar investigaciones criminales y se encarga de los asuntos principales de la política de competencia. (Ministerio de Justicia, 2013)

b. Control de concentraciones

Respecto a las operaciones de concentración, y para la UE, tanto la fase 1 como la 2 la emprende la DGC. Al igual que en el caso anterior, la dependencia respecto del Gobierno de la UE nos lleva a puntuar este primer ítem con 0. Por otro lado, ya que la Comisión no puede revocar decisiones del TJUE, el segundo ítem puntúa 1.

En EEUU³⁷, las operaciones de concentración pueden ser evaluadas tanto por la *Bureau of Competition* de la FTC como por la *Antitrust Division* del DJ en sus fases 1 y 2. Al encontrarnos de nuevo con independencia relativa, puntuamos 0,25 este primer ítem. Como el Gobierno Federal no puede revocar una decisión, el segundo ítem puntuaría 1.

3.3.2. Separación de Poderes

a. Abusos de posición de dominio, los cárteles intrínsecamente nocivos y otros acuerdos anticompetitivos.

Tanto en la UE (DGC) como en EEUU (FTC y División *Antitrust* del DJ), (1) el organismo encargado de la investigación y, en última instancia, la acusación, es independiente del Tribunal que toma la decisión de si una conducta es o no sancionable. Por tanto, ambas puntúan 1³⁸.

En ambos regímenes de competencia, (2) el Tribunal de Apelación³⁹ no está especializado en asuntos de competencia; puntúan 0.

b. Control de concentraciones

Respecto a las operaciones de concentración, los ítems (1) y (2) reciben la misma puntuación que en el caso anterior para ambas jurisdicciones. Por otro lado (3), la decisión

³⁷ Consultar *Hart–Scott–Rodino Antitrust Improvements Act (1976)*.

³⁸ Partimos de la hipótesis de que las partes sancionadas, ejerciendo su derecho, siempre recurrirán la decisión a los tribunales.

³⁹ En la UE no hay Tribunal de Apelación, pero el TJUE realiza las mismas funciones en el ámbito del derecho de la competencia.

de iniciar la fase 2 corresponde al órgano que efectivamente la emprenderá (FTC/División *Antitrust* en EEUU y DGC en la UE). Ambas puntúan 0.

3.3.3. Calidad de la Ley

a. Abusos de posición dominante

Tanto en la UE⁴⁰ como en EEUU⁴¹, las conductas abusivas de precios predatorios y rechazo a vender se evalúan aplicando la regla de la razón. Además, se consideran objetivos estrictamente económicos, por lo que ambas jurisdicciones puntúan 1.

b. Acuerdos anticompetitivos distintos de los *hard core cartels*

En ambas jurisdicciones⁴² se exige probar los efectos económicos en la evaluación de los contratos exclusivos. Si bien la UE considera objetivos económicos (en el sentido de eficiencia económica), EEUU tiene en cuenta otro tipo de factores como queda de manifiesto en las dos leyes que eximen a los cárteles de exportación: la *Webb-Pomerence Act* (1918) y la *Export Trading Company Act* (1982). El objetivo de estas leyes es equilibrar la balanza comercial de EEUU, históricamente deficitaria. Por tanto, mientras que la UE puntúa 1, EEUU se queda en 0,5.

c. *Hard Core cartels*

En EEUU⁴³ y en la UE⁴⁴, este tipo de prácticas están prohibidas *per se*, pues se considera que son lesivas para la competencia por su propia naturaleza. Por otro lado, al considerar únicamente objetivos económicos, la UE puntúa 1 en este primer ítem. En contraste, EEUU considera otro tipo de objetivos, como hemos visto en el apartado anterior. Así, las puntuaciones se repiten: 1 para la UE y 0,5 para EEUU.

⁴⁰ Comisión Europea (2009a); Rey (2005); TJCE (2004).

⁴¹ Kovacic y Shapiro (1999).

⁴² Para EEUU, consultar Killingsworth (2010); para la UE, consultar Comisión Europea (2010h).

⁴³ FTC y DJ (2008).

⁴⁴ Artículo 101.1 TFUE.

El segundo ítem hace referencia a la existencia de programas de clemencia, por lo que ambas jurisdicciones puntúan 1.

d. Control de concentraciones

Para el primer ítem (1), tanto EEUU⁴⁵ como la UE⁴⁶ puntúan 1, pues la obligación de notificación se establece en función de unos determinados umbrales basados en el volumen de facturación. Dado que ambas tienen en consideración las eficiencias que de una concentración se pudiesen derivar (2), puntúan nuevamente 1.

3.3.4. Poderes durante la investigación

a. Abusos de posición de dominio y acuerdos anticompetitivos distintos de los *hard core cartels*

El primer ítem contempla la posibilidad de inspeccionar negocios y locales privados de las empresas que supuestamente transgredan las leyes de competencia. En el caso de EEUU, esto solo es posible en el contexto de investigaciones criminales⁴⁷, por lo que puntúa 0,5⁴⁸. En contraste, la UE permite que se investiguen los negocios y domicilios privados siempre que se considere necesario⁴⁹; puntúa 1. En el segundo ítem, Tanto en la UE⁵⁰ como en EEUU⁵¹, (1) se contempla la imposición de medidas provisionales mientras se ejecuta la investigación, por lo que su puntuación es 1.

b. *Hard core cartels*

⁴⁵ Sección 7(a) de la *Clayton Act*.

⁴⁶ Comisión Europea (2010i).

⁴⁷ ICN (2013).

⁴⁸ La *Sherman Act* deja en manos del Ejecutivo la elección entre proceso civil o criminal, no existiendo un criterio claro sobre cuándo se debe iniciar una investigación civil o criminal. Sin embargo, la gran mayoría de los casos de investigación criminal son violaciones "per se" de la sección 1 de la *Sherman Act* como la fijación de precios o la división de los mercados (Litvack, 1980); es decir, ante casos de *Hard Core cartels*. Por ello, vamos a suponer (por que en la práctica así ocurre) que las investigaciones criminales se circunscriben a los cárteles intrínsecamente nocivos.

⁴⁹ Consejo Europeo (2003: 5).

⁵⁰ Consejo Europeo (2002), artículo 8.

⁵¹ Blanke y Landolt (2011: 1419).

Para los cárteles intrínsecamente nocivos, solo se tienen en cuenta los poderes para la investigación de negocios y oficinas privadas, ya que la imposición de medidas provisionales no es relevante⁵². La UE⁵³ vuelve a puntuar 1. En EEUU, dado que los *hard core cartels* se enmarcan en el contexto de investigaciones criminales, dicha jurisdicción puntúa 1 en este ámbito.

3.3.5. Sanciones por daños y perjuicios

a. Abuso de posición de dominio

Empezando con las sanciones a las empresas (1), en la UE la multa máxima se determina como un porcentaje de las ventas totales (10%)⁵⁴. En cambio, en EEUU, el límite máximo está en términos absolutos: 10 millones de \$⁵⁵. Por tanto, la UE puntúa 1, mientras que EEUU se queda en 0,33 en esta primera variable.

Por otro lado, tanto en EEUU⁵⁶ como en la UE⁵⁷ se contempla la posibilidad de establecer tanto sanciones monetarias como remedios estructurales. Ambas jurisdicciones puntúan 1 en este caso. Esta variable se agrupa con la anterior (media aritmética) para obtener el ítem “sanciones a empresas” en los casos de abusos de posiciones dominantes: 1 para el caso de la UE y 0,665 para EEUU.

En lo que atañe a las sanciones a los empleados (2), distinguimos tres variables que se agrupan según la media ponderada descrita en el apartado descriptivo⁵⁸. En primer lugar, tan solo el régimen de EEUU contempla que los empleados de las empresas infractoras puedan ser sancionados; EEUU puntúa 1 y la UE⁵⁹ 0. En la segunda variable, ninguna de

⁵² Buccirosi et al. (2011).

⁵³ Consejo Europeo (2003: 5).

⁵⁴ Consejo Europeo (2003: 17)

⁵⁵ *Sherman Act 15 U.S.C. § 1.*

⁵⁶ Podemos encontrar ejemplos desde la *Standard Oil* (1911) hasta *Microsoft* (2001).

⁵⁷ Comisión Europea (2008e).

⁵⁸ 3/10 para las multas monetarias, 2/10 para la inhabilitación; y 5/10 para las sanciones penales.

⁵⁹ A pesar de que el derecho de la competencia de la UE no lo contempla, en 19 de los 27 Estados miembros, los empleados pueden ser sancionados por las ANCs (Slotboom, 2013).

las dos jurisdicciones⁶⁰ recoge inhabilitaciones a los responsables de una infracción de la normativa de competencia. Ambas puntúan 0. En tercer y último lugar, la UE⁶¹ no permite el encarcelamiento de empleados, mientras que EEUU⁶² sí -hasta un máximo de 10 años- pero solo en el contexto de *hard core cartels*. Por tanto la tercera variable es 0 para ambas jurisdicciones. El ítem “sanciones a individuos” muestra un 0 para la UE y un 0,3 para EEUU.

Finalmente, en lo que atañe a las acciones privadas, tanto en la UE⁶³ como en EEUU se permite a los agentes económicos y a los consumidores reclamar por los daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas que pudiesen sufrir. En este último ítem, ambas jurisdicciones puntúan 1.

b. Cártels intrínsecamente nocivos

En el primer ítem⁶⁴, la única diferencia respecto a los abusos de posición dominante consiste en que solo se considera la primera variable: nivel máximo de sanción que puede ser impuesta. Las puntuaciones vuelven a ser de 0,33 y 1 para EEUU y la UE, respectivamente.

Respecto al segundo ítem, EEUU obtiene una mayor puntuación debido a que en este caso sí se contempla que los empleados puedan ir a prisión. El resto de variables mantienen sus valores. La puntuación (tras la agregación ponderada de las tres variables) de EEUU sería de 0,8, mientras que la de la UE se queda en 0.

El tercer ítem registra la misma puntuación que en el caso anterior.

⁶⁰ Hay países en la UE como UK y Suecia que sí recogen la posibilidad de inhabilitar a directivos por infringir las leyes de competencia, pero esto no se reproduce a nivel comunitario.

⁶¹ Al igual que en los casos anteriores, hay países de la UE como UK que sí recogen en su normativa la posibilidad de encarcelar a los responsables de conductas anticompetitivas hasta un máximo de 5 años.

⁶² *Sherman Act 15 U.S.C. § 1*.

⁶³ En de junio de 2013, la Comisión publicó su esperado paquete de propuestas sobre litigios privados en el ámbito de las leyes de competencia. Éste se compone de tres documentos: una propuesta de Directiva sobre acciones por daños y perjuicios (Consejo Europeo, 2013a), una Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio (Comisión Europea, 2013) y una Guía Práctica para la cuantificación del daño que acompaña a la Comunicación anterior (Consejo Europeo, 2013c).

⁶⁴ Sanciones a las empresas.

c. Otros acuerdos anticompetitivos distintos a los *hard core cartels*

Para este tipo de infracciones, las puntuaciones de las variables son similares a las de los abusos de posición dominante. Sin embargo, y al igual que en el caso de los cárteles intrínsecamente nocivos, el primer ítem (1) solo considera el tipo de sanción que puede ser impuesta. De ahí que la puntuación de la primera variable sea de 1 para la UE y 0,33 para EEUU. Los otros dos ítems registran la misma puntuación que en el caso de los abusos.

3.4. Presentación y análisis de los resultados

A continuación vamos a presentar los resultados de los Índices de Primer Nivel que venimos desgranando, junto con los Índices de Nivel Medio. Incluiremos una tabla para cada uno de los ámbitos en que hemos dividido la política de competencia que vendrá seguida por su respectivo comentario. Comenzamos con el abuso de posición dominante.

El análisis de los índices calculados nos permitirá comparar el grado de adecuación de cada uno de los regímenes objeto de estudio con las mejores prácticas de política de competencia. Además, podremos comprobar de primera mano el efecto que está teniendo la actual estrategia internacional de convergencia y armonización de las políticas de competencia, abordada en el capítulo VII. Por último, haremos una valoración cualitativa de ambos regímenes de competencia a partir de aspectos que no han sido considerados por los índices calculados. Todo esto será abordado en el apartado de conclusiones del presente epígrafe.

	ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	
	UE	EEUU
Independencia (1/6)	0,5	0,625
Naturaleza de la instancia investigadora (1/2)	0	0,25
Naturaleza del Juez y rol del Gobierno (1/2)	1	1
Separación de poderes (1/6)	0,667	0,667
Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (2/3)	1	1
Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)	0	0
Calidad de la ley (1/6)	1	1
Carga de la prueba (predación) y objetivos que condicionan la decisión (1/2)	1	1
Carga de la prueba (rechazo a vender) y objetivos que condicionan la decisión (1/2)	1	1
Poderes durante la investigación (1/6)	1	0,625
Combinación de poderes (3/4)	1	0,5
Posibilidad de medidas provisionales (1/4)	1	1
Sanciones por daños y perjuicios (1/3)	0,667	0,655
Sanciones a empresas (1/3)	1	0,665
Sanciones a individuos (1/3)	0	0,3
Demandas particulares (1/3)	1	1
ÍNDICE NIV. MEDIO: ABUSO POS. DOM.	0,749	0,703

Tabla 3. Índices de Primer Nivel y de Nivel Medio para Abuso de Posición Dominante

Como puede observarse en la Tabla 3, los Índices de Nivel Medio para el abuso de posición dominante son 0,748 y 0,703 para la UE y EEUU, respectivamente. Si atendemos a los Índices de Primer Nivel vemos rápidamente por qué el régimen europeo es superior al norteamericano en este ámbito: Mientras que la calidad de la ley, la separación de poderes y las sanciones por daños y perjuicios reflejan valores prácticamente iguales, los Índices de Primer Nivel que marcan la diferencia son la independencia de las autoridades y, sobre todo, los poderes durante la investigación. En el primer caso, el régimen norteamericano es ligeramente superior debido a que cuenta con una agencia independiente que complementa a la División *Antitrust* del Ministerio de Justicia: la FTC. En segundo lugar, el hecho de que el régimen de EEUU mantenga una actitud más laxa con las empresas dominantes las excluye del ámbito criminal, lo que impide que sus locales y negocios puedan ser

investigados. Este es el motivo por el que el Índice de Primer Nivel “poderes durante la investigación” es inferior en el caso de EEUU.

	HARD CORE CARTELS	
	UE	EEUU
Independencia (1/6)	0,5	0,625
Naturaleza de la instancia investigadora (1/2)	0	0,25
Naturaleza del Juez y rol del Gobierno (1/2)	1	1
Separación de poderes (1/6)	0,667	0,667
Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (2/3)	1	1
Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)	0	0
Calidad de la ley (1/6)	1	0,75
Carga de la prueba y objetivos que condicionan la decisión (1/2)	1	0,5
Programa de clemencia (1/2)	1	1
Poderes durante la investigación (1/6)	1	1
Combinación de poderes	1	1
Sanciones por daños y perjuicios (1/3)	0,667	0,71
Sanciones a empresas (1/3)	1	0,33
Sanciones a individuos (1/3)	0	0,8
Demandas particulares (1/3)	1	1
ÍNDICE NIV. MEDIO: HARD CORE CARTELS	0,749	0,744

Tabla 4. Índices de Primer Nivel y de Nivel Medio para Hard Core Cartels

Para los cárteles intrínsecamente nocivos (véase Tabla 4), los Índices de Nivel Medio son 0,749 y 0,744, respectivamente; prácticamente idénticos. Es fácilmente observable que las puntuaciones de la UE se repiten en este ámbito. En contraste, EEUU luce una mejor puntuación debido a que los *Hard-Core cartels* se consideran crímenes económicos. Por ello, se contemplan tanto investigaciones en locales y negocios privados como las sanciones penales a los directivos que incurran en estas prácticas restrictivas.

Atendiendo a los Índices de Primer Nivel vemos que, por lo general, los EEUU tienen un régimen más apropiado en este ámbito. Sin embargo, tiene una deficiencia: la calidad de la ley. Al permitir los cárteles a la exportación, su puntuación acaba por igualarse a la del modelo europeo. Por su parte, la UE sigue arrastrando una menor puntuación en los Índices “independencia de las autoridades” y “sanciones por daños y perjuicios”, al no

contemplar sanciones a los empleados en este último caso. Sin embargo, el índice en cuestión refleja un valor medianamente alto debido a su alta puntuación en el ítem “sanciones a empresas”.

	OTROS ACUEDOS ANTICOMPETITIVOS	
	UE	EEUU
Independencia (1/6)	0,5	0,625
Naturaleza de la instancia investigadora (1/2)	0	0,25
Naturaleza del Juez y rol del Gobierno (1/2)	1	1
Separación de poderes (1/6)	0,667	0,667
Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (2/3)	1	1
Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)	0	0
Calidad de la ley (1/6)	1	0,5
Carga de la prueba (contratos exclusivos) y objetivos que condicionan la decisión	1	0,5
Poderes durante la investigación (1/6)	1	0,625
Combinación de poderes (3/4)	1	0,5
Posibilidad de medidas provisionales (1/4)	1	1
Sanciones por daños y perjuicios (1/3)	0,667	0,667
Sanciones a empresas (1/3)	1	0,33
Sanciones a individuos (1/3)	0	0,3
Demandas particulares (1/3)	1	1
ÍNDICE NIV. MEDIO: OTROS A. ANTICOM.	0,749	0,624

.Tabla 5. Índices de Primer Nivel y de Nivel Medio para Otros Acuerdos Anticompetitivos

Los Índices de Nivel Medio para otros acuerdos anticompetitivos distintos de los *hard core cartels*, recogidos por la Tabla 5, son de 0,749 y 0,624 para la UE y EEUU, respectivamente. Nuevamente se aprecia una diferencia, aunque en esta vez más que notable, entre ambos regímenes. Mientras que la UE mantiene la misma puntuación que en los anteriores casos, la de EEUU varía, en esta ocasión a la baja. Hay tres motivos fundamentales, si atendemos a los Índices de Primer Nivel y a los ítems que los conforman: primero están las leyes que permiten los cárteles a la exportación de EEUU comentadas con anterioridad, lo que resta “calidad de la ley”; en segundo lugar encontramos la imposibilidad de registrar los locales y negocios privados durante las investigaciones, a no ser que se trate de investigaciones

criminales⁶⁵; finalmente, y al igual que en los casos anteriores, al establecer el límite máximo de las sanciones a empresas en términos absolutos, su puntuación es inferior en este ítem a la de la UE, cuyos límites responden a porcentajes de ventas o daños causados.

	CONCENTRACIONES	
	UE	EEUU
Independencia (1/3)	0,5	0,625
Naturaleza de los organismos implicados en las fases 1 y 2 (1/2)	0	0,25
Rol del Gobierno en la decisión (1/2)	1	1
Separación de poderes (1/3)	0,33	0,33
Separación entre la instancia investigadora y el organismo que resuelve (1/3)	1	1
Separación entre fase 1 y 2 (1/3)	0	0
Naturaleza del Tribunal de Apelación (1/3)	0	0
Calidad de la ley (1/3)	1	1
Obligación de notificación (1/2)	1	1
Consideración de las eficiencias (1/2)	1	1
ÍNDICE NIV. MEDIO: CONCENTRACIONES	0,61	0,648

Tabla 6. Índices de Primer Nivel y de Nivel Medio para Concentraciones

Como se observa en la Tabla 6, los Índices de Nivel Medio son prácticamente iguales para el control de concentraciones en ambos regímenes, observándose una ligera diferencia a favor, en esta ocasión, de EEUU. Todos los Índices de Primer nivel son calcados, a excepción del primero: “independencia de las autoridades”. La UE mantiene este diferencial con EEUU a lo largo de todas las ramas de la política de competencia. Sin embargo, dado que este es el único caso en el que ambas jurisdicciones mantienen idénticas puntuaciones en el resto de índices, es solo aquí donde la independencia de las autoridades hace decantar la balanza.

Una vez analizados todos los Índices de Nivel Medio, vamos a mostrar los Índices de Política de Competencia que engloban toda la información comentada hasta el momento.

⁶⁵ Como ya hemos señalado, las investigaciones criminales se circunscriben en la práctica casi exclusivamente a los cárteles intrínsecamente nocivos.

La Tabla 7 incluye los cuatros Índices de Nivel Medio (IME) calculados, excepto en la última fila, donde aparece nuestro Índice de Política de Competencia para cada una de las dos jurisdicciones objeto de estudio. Éste índice global ha sido calculado a partir de una media aritmética de los cuatro Índices de Nivel Medio.

Un rápido vistazo a la Tabla 7 confirma lo que se desprende de nuestro reciente análisis: el modelo de la UE tiene un modelo institucional de política de competencia ligeramente más adecuado.

	UE	EEUU
IME ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	0,749	0,704
IME <i>HARD CORE CARTELS</i>	0,749	0,744
IME OTROS ACUEDOS ANTICOMPETITIVOS	0,749	0,624
IME CONCENTRACIONES	0,61	0,648
ÍNDICES DE POLÍTICA DE COMPETENCIA	0,71	0,68

Tabla 7. Índices de Política de Competencia

En líneas generales ya hemos comentado las áreas en las que cada uno de los regímenes se muestra más alineado con las mejores prácticas convenidas por los expertos en los foros internacionales. Sin embargo, en el siguiente sub-epígrafe recogemos las conclusiones más reseñables que se desprenden de nuestro estudio comparativo, ya que hay aspectos que merecen ser destacados.

3.5. Conclusiones

Lo primero que nos ha llamado la atención al realizar nuestro estudio comparativo es la similitud existente entre los dos regímenes de competencia más influyentes del mundo. Las diferencias observadas son mínimas y responden en buena medida a las particularidades de cada una de las dos jurisdicciones. Parece que la estrategia de convergencia y armonización de los regímenes de competencia está teniendo resultados. Ésta sería la primera de nuestras conclusiones.

En segundo lugar están las áreas en las que los regímenes de competencia de EEUU y la UE son mejorables. Primero comentaremos los aspectos en los que uno y otro régimen se muestran mejores que su contraparte para posteriormente subrayar las áreas en las que ambos regímenes divergen de las mejores prácticas convenidas.

Para el país norteamericano, sería aconsejable –de hecho, es un clamor que se viene repitiendo desde la explosión de la globalización en la década de 1990- que suprimiese las leyes que permiten la colusión de las empresas exportadoras. Es paradójico que, por un lado, EEUU se muestre partidario de regular los comportamientos anticompetitivos internacionales mientras que, por otro, apruebe los cárteles a la exportación dentro de su jurisdicción.

Un segundo área mejorable sería la posibilidad de emprender registros en negocios y locales privados en cualquier caso, se trate o no de investigaciones criminales. Cuanta más información pueda recabarse para abordar un asunto de competencia, menos probabilidad habrá de cometer un error en el juicio.

En tercer y último lugar, EEUU debería revisar el modo en que determina los umbrales máximos de las multas. No se trata de ampliarlo -como hizo hace unos años hasta los 100 millones de dólares- sino de establecerlo en función de las ganancias ilícitas que se deriven del comportamiento anticompetitivo, o del volumen de facturación de la empresa infractora.

Por su parte, dos son los aspectos en el que el régimen de EEUU se muestra más adecuado que el de la UE a las buenas prácticas identificadas. En primer lugar está el hecho de que una agencia independiente apoye a la autoridad de defensa de la competencia. Esto, lógicamente, separa de algún modo la regulación de la competencia del poder político. En segundo lugar está el caso de las sanciones a individuos responsables de comportamientos empresariales anticompetitivos. Dado que se trata de uno de los elementos disuasorios más poderosos⁶⁶, resulta sorprendente que la UE aun no se haya decidido a emprender esta vía.

⁶⁶ A nadie se le escapa que un directivo se vería más disuadido de incurrir en prácticas anticompetitivas en el caso de que el castigo vaya dirigido a su persona, que si la sanción corre a cargo de la empresa. Dado que la empresa puede cargar también con la multa del empleado, el castigo más disuasorio queda circunscrito a las sanciones penales.

La tendencia de algunos Estados miembros de establecer sanciones penales a los infractores puede ser un primer paso para que la UE abrace esta medida, sin duda disuasoria, de política de competencia.

Dos son las áreas en las que ambos regímenes de competencia divergen de las mejores prácticas. En primer lugar está la independencia de las autoridades. Si bien es cierto que en EEUU la FTC es independiente, su labor es complementaria a la agencia principal: la División *antitrust* del DJ. En segundo lugar, ambas jurisdicciones carecen de un tribunal de apelación específico dedicado al derecho de la competencia.

Si bien nuestro cometido era realizar un análisis comparativo y cuantitativo de los modelos de competencia de la UE y EEUU para ver cuál de los dos es más eficaz y podría ser tomado como referencia para los países que no cuenten con un sistema de competencia, creemos que nuestras conclusiones deben ser completadas con alguna observación adicional de carácter cualitativo. En este sentido, creemos que es importante destacar que en EEUU, uno de los pilares de la política de competencia como es la promoción de la competencia recibe menos importancia que en la UE. Esto tiene su lógica. Como vimos en el último epígrafe del capítulo 2, la promulgación de la primera ley de competencia en EEUU –*Sherman Act*– estuvo motivada por el poder que estaban adquiriendo los grandes grupos empresariales. De alguna manera, se interpretó como una medida popular. Por tanto, no es de extrañar que los ciudadanos de EEUU tengan más interiorizados los principios y valores de la competencia que sus homónimos europeos.

A la hora de establecer un régimen de política de competencia desde cero, resulta de vital importancia prestar una especial atención a la promoción de la competencia. Por ello, creemos que los países que tengan la voluntad de emprender tal medida pueden encontrar en el sistema europeo instrumentos más apropiados para forjar la cultura de la competencia.

4. Síntesis: la contribución de la UE a la política de competencia internacional

Llegados a este punto, vamos a sintetizar y a poner en valor la aportación que la UE ha realizado a la configuración de un régimen global para la política de competencia. Algunas de las ideas que vamos a comentar ya han sido deslizadas a lo largo de la tercera parte del presente trabajo. No obstante, nos parece adecuado ordenarlas y valorarlas en conjunto.

A lo largo del presente capítulo hemos visto cómo la UE ha asumido el papel de líder ante la iniciativa de establecer un régimen global de competencia. A pesar de no haberse consumado ningún acuerdo multilateral vinculante, se han producido significativos avances en la defensa de la competencia internacional. Especialmente reseñables y exitosos son los esfuerzos realizados por la DGC de la UE por que los distintos Estados instauren un régimen nacional de competencia siguiendo las pautas europeas. Es lo que hemos llamado “exportación del modelo europeo de competencia”.

Esta labor “exportadora” contribuye, por un lado, a que los países receptores puedan disfrutar de las ventajas económicas que se desprenden del proceso competitivo. Pero, además, el hecho de que sigan el modelo europeo permite tanto que las empresas europeas se enfrenten a un entorno de menor incertidumbre cuando desempeñen su actividad en esos países, como que los nuevos países que establezcan regímenes nacionales de competencia no lo hagan siguiendo diferentes perspectivas que dificulten la consumación de un acuerdo multilateral para la política de competencia.

Además de liderar el movimiento hacia la internacionalización, la DGC ha tejido toda una red de acuerdos bilaterales exclusivamente dedicados a la competencia⁶⁷ con sus principales socios comerciales. De hecho, la UE coopera en el campo de la competencia con las más de cien jurisdicciones que en la actualidad cuentan con autoridades de competencia (Van Bael y Bellis, 2010: 141).

Un ejemplo paradigmático de esta contribución europea es la Ley Antimonopolio de China. El gigante asiático es el país con el que mayores flujos mantiene la UE. Por tanto, la consumación de la política de competencia en China a partir del modelo europeo supone

⁶⁷ Son los llamados “acuerdos específicos”.

un gran éxito de cuyos beneficios debe disfrutar tanto la propia China como la UE. Las empresas europeas deben interpretarlo como un importante paso para consagrar la seguridad en las transacciones con sus clientes/proveedores chinos.

4.1. La experiencia europea y su valor en el desarrollo de un régimen global de competencia

Si observamos la política de competencia europea desde una perspectiva global e histórica, podemos identificar dos grandes cauces y niveles por los que la UE puede contribuir a la configuración de un régimen global de competencia (Gerber, 2010: 202-204).

I. A nivel nacional, los estados europeos -y la UE en conjunto- afrontaron un amplio abanico de problemas y circunstancias relativos a la competencia que están siendo actualmente abordados por otros sistemas de leyes de competencia en el siglo XXI.

Además, durante el proceso de construcción europea muchos países han pasado de una economía débil, caracterizada por los bajos ingresos y la inestabilidad política, a una economía de mercado que ha supuesto un cierto bienestar. Como se ha mostrado en el segundo capítulo, la política de competencia ha sido parte integrante de este proceso, jugando un papel central en el desarrollo económico y social de países, como es el caso de Alemania.

Antes, tras la II Guerra Mundial, algunos países europeos tuvieron que afrontar un conjunto de problemas y obstáculos para pasar de una economía intervenida a un sistema económico de mercado. Los economistas y políticos europeos confiaron de modo progresivo en las leyes de competencia para facilitar dicha transición, ofreciendo apoyo político y financiero para tal cometido y dotando a las nuevas instituciones de la independencia necesaria. El éxito alcanzado es aún mayor si consideramos que en las primeras décadas de la postguerra, la mayoría de los países europeos eran ajenos a todo lo relativo a las políticas de competencia.

Como puede apreciarse, las dificultades y obstáculos afrontados por estos estados europeos comparten características comunes con muchas naciones que actualmente no cuentan con

un sistema sólido de promoción y defensa de la competencia. Como apunta Gerber (2010: 203), esta experiencia es *“particularmente útil, sin embargo, para los países pequeños y medianos y para aquellos que cuentan con una ley civil basada en sistemas legales, y este grupo incluye a la gran mayoría de países, en los cuales la futura ley global de competencia se desarrollará”*.

II. Por otro lado, a **nivel supranacional**, la experiencia europea tiene en su haber el hecho de constituir el único proceso a gran escala de coordinación de leyes nacionales de competencia de la historia. Esto supone todo un experimento, de cuyo estudio se desprenden importantes implicaciones con vistas a extrapolar lo sucedido en Europa al resto del mundo.

Así, la interacción y coordinación de los sistemas nacionales de competencia de cada miembro de la UE, facilitada a través de la REC y el sistema de remisiones entre las distintas autoridades, ofrecen valiosa información que puede trasladarse a la compleja labor que a buen seguro debe suponer coordinar y orquestar un futuro sistema global de defensa de la competencia.

Por tanto, a pesar de que los EEUU fueron los pioneros en disponer de leyes específicas para la defensa de la competencia y promover su expansión hacia otros países durante décadas, es hoy el sistema europeo de competencia el que revela las claves de aplicación para los países que se incorporan al proceso de constitución de un marco legal, a nivel nacional e internacional, de defensa de la competencia.

El análisis del desarrollo del sistema comunitario de defensa de la competencia tiene un significativo valor, no sólo para entender la dinámica en el desarrollo de las leyes nacionales de competencia, sino también para ampliar nuestra visión de las opciones y modalidades que plantea la implementación de una hipotética ley global de competencia (Gerber 2010: 204).

Finalmente, debemos destacar que una de las características de la política de competencia de la UE ha sido la integración de las economías nacionales en un mercado único. Los movimientos que se están produciendo desde la caída del muro de Berlín van precisamente en ese sentido: la paulatina integración de las economías nacionales como medio para

expandir el comercio, el empleo y el crecimiento económico. La experiencia europea demuestra que el establecimiento de una política de competencia común coadyuva con este objetivo, de vital importancia en el período en el que vivimos. Tras varios años de estancamiento económico, la economía mundial demanda un nuevo impulso que le permita superar una de las peores crisis de la historia del capitalismo, y la respuesta puede estar precisamente en una política de competencia internacional.

4.2. La política de competencia internacional en un nuevo orden económico mundial

La economía mundial está en constante transformación. La actual crisis económica motivada por el crack financiero de 2008 está configurando un nuevo escenario internacional. Es importante reflexionar acerca de las dinámicas que se están produciendo y las consecuencias que pueden tener para el nuevo equilibrio de poderes a escala internacional, lo que condicionará las opciones reales de establecer una política internacional de competencia.

Por un lado, los países emergentes llevan años reclamando un sitio en la economía mundial. Apoyados por un crecimiento que en algunos casos han superado los dos dígitos (como China), los BRICs⁶⁸ no pueden ser vistos más como países en vías de desarrollo. A pesar de que actualmente encaran una desaceleración económica, la dimensión de sus mercados y el tamaño de sus economías invitan a pensar que serán unos actores protagonistas en los procesos internacionales.

Por otro lado, el mundo occidental “desarrollado” está sufriendo importantes cambios. Si bien EEUU ha conseguido enderezar su economía gracias a una rápida limpieza de su sector financiero, se prevé que su crecimiento sea débil en los próximos ejercicios. Peores son los augurios para el resto de países avanzados.

La UE se ha fracturado a raíz de la crisis económica, y ahora es posible distinguir dos tipos de países: los acreedores y los deudores. Mientras que los primeros, encabezados por Alemania, han conseguido esquivar con mayor o menor éxito las amenazas de la crisis, los

⁶⁸ Brasil, Rusia, India y China.

segundos han visto cómo la edad de oro tocaba a su fin. Con los salarios reales en caída libre (algo que no solo ocurre en la periferia de la UE) y las políticas de austeridad amenazando los sistemas de protección social y bienestar, podríamos tildar a los Estados deudores como “países en vías de subdesarrollo”. Europa necesita recuperar la unidad y dejar atrás las penurias económicas, algo que solo se conseguiría a partir de una mayor integración con medidas determinantes como la ansiada Unión Bancaria.

Japón, por su parte, se encuentra en un proceso de expansión monetaria con el que espera terminar con un período de estancamiento económico que se prolonga ya más de 20 años. Todavía está por ver qué consecuencias tienen las innovadoras medidas introducidas por el Primer Ministro conservador Shinzo Abe. Lo que es seguro es que la economía japonesa necesita también de un nuevo impulso.

Esta delicada situación internacional, en la que las antiguas potencias pierden terreno a favor de los BRICs, está dando lugar a un nuevo equilibrio de poderes que, unido al fracaso de las negociaciones de Doha (2004) en el ámbito de la OMC, están llevando a la comunidad internacional a buscar nuevas vías de estímulo. Dichas alternativas están materializándose en la negociación de dos nuevos acuerdos internacionales: El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica y el Tratado de Libre Comercio e Inversión Transatlántico.

El primero pretende crear un bloque económico en el área del pacífico, que incluiría a China, Japón y EEUU entre otros. El segundo busca avanzar en la integración entre los dos bloques tradicionalmente hegemónicos: la UE y EEUU.

Aun es pronto para que podamos evaluar el potencial valor de estos acuerdos, pues aun se encuentran en las primeras etapas de negociación. Sin embargo, sí debemos destacar que se trata de una muestra de que la economía mundial está clamando por unos estímulos que contribuyan a recuperar la senda del crecimiento. En este sentido, la política de competencia internacional se ve reforzada por dos cauces distintos:

Por un lado, la configuración de nuevos bloques comerciales brinda la posibilidad de que se repita el experimento de la UE en dichos bloques. Como hemos venido defendiendo a lo

largo del trabajo, la creación de áreas supranacionales integradas económicamente exige como condición *sine qua non* el establecimiento de una política de competencia común que garantice que dicha integración sea una realidad. En este caso, el experimento europeo sería aun más valioso que en el caso de la política de competencia global, pues se trataría de adaptar los pasos seguidos en el viejo continente a los nuevos bloques económicos.

Por otro lado, ya hemos subrayado la necesidad de la economía mundial de recibir nuevos estímulos que le ayuden a dejar atrás las penurias económicas. En esta línea, un régimen global de política de competencia actuaría a nivel micro fomentando la eficiencia en los procesos y evitaría comportamientos anticompetitivos que actualmente no son descubiertos y sancionados por las autoridades nacionales y transfieren renta desde los consumidores hacia los productores. Por tanto, la política global de competencia nos llevaría a una economía más eficiente y a un incremento del bienestar de los consumidores a nivel global. Ambas consecuencias serían bien recibidas por una mermada economía mundial.

CONCLUSIONES

La tesis se cierra con este apartado de conclusiones. Se trata de sintetizar las principales ideas que se desprenden del presente trabajo de un modo esquemático y ordenado. Hemos creído conveniente dividir las distintas conclusiones en función de su ámbito disciplinar. De este modo, las categorizamos en tres grupos: análisis económico, análisis jurídico y marco institucional. Sin embargo, dada la naturaleza multidisciplinar de la política de competencia, habrá ideas adscritas a más de una categoría. En tales casos, hemos optado por incluirla en aquélla a la que más se aproxime según nuestro criterio.

1. Conclusiones relativas al Análisis Económico

I. El estudio de la competencia y su importancia como medio de organización económica ha ocupado y preocupado a los economistas desde antes incluso que la ciencia surgiese como tal. Sin embargo, fue Adam Smith quien primero sitúa a la competencia como fuerza motriz y coordinadora de la organización social. Lamentablemente, el resto de economistas clásicos primeros, y sus herederos ortodoxos después, abandonarían el concepto dinámico de la competencia expuesto por Smith para centrarse en el modelo estático de competencia perfecta. La comprensión del proceso competitivo, entendido desde una perspectiva dinámica, es una de las aportaciones más relevantes de la Escuela Austríaca a la teoría económica.

II. No todo son beneficios en una sociedad competitiva. Desde los albores de la ciencia económica vienen surgiendo voces discordantes que destacan los efectos perjudiciales que se desprenden del proceso competitivo. A estos heresiarcas se les conoce con el nombre de socialistas. Sus críticas se complementan con la tesis de que el apoyo mutuo es también un factor de desarrollo que juega un papel igualmente importante en el progreso de las sociedades.

III. La llamada Nueva Economía Industrial proporciona el corpus teórico-económico necesario para la aplicación de la política de competencia, habida cuenta de la actual tendencia de cimentar dicha política sobre bases económicas. La Nueva Economía Industrial integra los enfoques de la escuela de Harvard, la Escuela Austríaca y la Escuela

de Chicago, añadiendo además la metodología de la teoría de juegos y sofisticadas técnicas econométricas para el análisis de la interacción estratégica de las empresas.

IV. La complejidad inherente al término “competencia” nos obliga a entenderla desde una perspectiva poliédrica. El valor de la competencia radica en que ésta promueve la eficiencia y el crecimiento económico; nos permite ejercer nuestra libertad económica como ciudadanos al “democratizar” el mercado; y contribuye decisivamente al desarrollo de las sociedades fortaleciendo nuestras libertades. Todo esto repercute directamente en el bienestar social.

V. La modelización de la competencia nos ayuda a comprender más profundamente su naturaleza y a reflexionar acerca de sus contradicciones: los objetivos de los competidores no tienen por qué ser coincidentes; las partes suelen tener consciencia de sus competidores; hay distintas características que, en mayor o menor medida, suelen estar presentes en el proceso competitivo, como son la rivalidad, la escasez, la incertidumbre, y la transitividad; no está claro en qué medida incide cada una de ellas en el crecimiento económico y el aumento de bienestar; por último, cabe destacar que ni la política de competencia, ni los objetivos de los competidores, son constitutivos de la competencia.

VI. El poder de mercado es un concepto básico para la aplicación de la política de competencia. Éste consiste en la capacidad que tienen las empresas para elevar los precios por encima del nivel competitivo en beneficio propio y modificar la estructura del mercado. De este modo, la determinación del mercado relevante, desde la perspectiva del producto y de la zona geográfica, se convierte en una labor de suma importancia para la política de competencia. Para comprobar si dos productos pertenecen al mismo mercado, la técnica más utilizada consiste en test del monopolista hipotético o Test SSNIP.

VII. En el escenario internacional encontramos todo un elenco de argumentos económicos que respaldan la tesis de que es necesario emprender medidas multilaterales vinculantes para la regulación de la competencia internacional: no es lógico, ni consistente, ni eficiente, ni sostenible, regular un mercado global a partir de políticas nacionales de competencia; las investigaciones paralelas emprendidas por distintas ANCs generan ineficiencias que podrían ser eliminadas; la cada vez más aguda globalización deja expuestas a las ANCs, concebidas para actuar regionalmente; ante la liberalización de los mercados

nacionales, los estados se ven tentados a utilizar la política de competencia de un modo instrumental como una nueva forma de neo-proteccionismo; la competencia inter estatal por atraer inversiones y empresas puede desembocar en una “carrera hacia el fondo” que termine perjudicando a todos los participantes; y las distintas visiones que pueden mantener varias ANCs respecto de la misma práctica anticompetitiva es una fuente de conflictos inter jurisdiccionales.

2. Conclusiones concernientes al Análisis Jurídico

VIII. La primera ley de defensa de la competencia fue promulgada en EEUU a finales del siglo XIX. *La Sherman Act* surge por clamor popular y como respuesta al poder económico que estaban adquiriendo los conglomerados industriales, producto de la Segunda Revolución Industrial.

IX. El germen de la política de competencia en Europa se remonta al último cuarto del siglo XIX. En Viena, las mentes más brillantes de la época reflexionaron en torno a los cárteles, que en ese momento eran percibidos como la manifestación de una nueva fase del capitalismo; un capitalismo que mostraba características más “organizadas”. Los rasgos distintivos del modelo europeo de competencia –legislación específica y precisa, derecho administrativo, publicidad o difusión de los acuerdos anticompetitivos al objeto de desincentivarlos, etc.- ahondan sus raíces en este particular episodio.

X. El Tratado CECA o Tratado de París (1951) ya contenía normas de competencia. Se trata del primer acuerdo multilateral vinculante que incluye normas de competencia. A diferencia del tratado de Roma (1957), las operaciones de concentración quedaban reguladas específicamente a través del artículo 66. La Alta Autoridad disfrutaba de competencia exclusiva sobre cuestiones de competencia.

XI. El Tratado de Roma sitúa a la política de competencia como uno de los ejes de la integración europea. La competencia en la aplicación de la normativa *antitrust* es compartida entre la Comisión y las ANCs, tal y como recoge el Reglamento 17/62. El control efectivo de las ayudas de estado no se produjo hasta que la política de competencia comunitaria

alcanzó su madurez. En este sentido, el Reglamento 659/1999 establecía normas de procedimiento claras y transparentes.

XII. Con motivo de la ampliación de la UE, y por la imperiosa necesidad de modernizar el régimen comunitario, en 2004 se produjo una modificación sustancial de la política de competencia de la UE. Las principales novedades se resumen en la utilización de un enfoque más económico; la necesidad de dotar a la política de competencia de un carácter proactivo que repercuta positivamente en la competitividad de las empresas europeas; la necesidad de modernizar el control de concentraciones mediante un nuevo Reglamento (139/04); descentralizar la aplicación de la política de competencia en favor de los Estados miembros para liberar a la Comisión y permitir que se centre en los asuntos más problemáticos; y fomentar la coordinación entre las distintas autoridades a través de la REC.

XIII. Las ayudas horizontales suponen una nueva orientación en el ámbito del control de ayudas estatales de la UE. Se trata de ayudas orientadas a la promoción de determinadas prioridades tales como la protección del medio ambiente, el fomento del empleo, la formación, las iniciativas empresariales de las mujeres, la investigación, el desarrollo y la innovación, o la financiación de las PYMES. Son ayudas que se conceden con independencia del sector o país. Entre sus efectos positivos destaca la reducción de la carga administrativa de la Comisión que se deriva del sistema de control. Por su parte, los Estados miembros disponen de cierto margen de política económica autónoma en relación con ciertas prioridades.

3. Conclusiones relativas al marco institucional

XIV. El nuevo orden económico internacional surgido tras la caída del muro de Berlín y la progresiva eliminación de los obstáculos gubernamentales al comercio, junto con la revolución de las tecnologías de la información y la comunicación, han provocado una globalización económica sin precedentes que plantea severos desafíos para la política internacional de competencia. La expansión del comercio mundial exige la configuración de

un marco institucional que garantice que no se produzcan abusos por parte de las compañías más poderosas.

XV. La idea de establecer un marco regulador que vele por el funcionamiento competitivo de los mercados internacionales data del período de entreguerras y estuvo motivado por la proliferación de los cárteles internacionales. El foro elegido fue la Sociedad de Naciones, una institución liderada por países europeos. Finalizada la II Guerra Mundial se retomó el citado proyecto, pero, nuevamente, circunstancias ajenas a la naturaleza del ansiado acuerdo frustraron la iniciativa.

XVI. Varias han sido las organizaciones internacionales que se han preocupado y ocupado de la política internacional de competencia. La OCDE es quizá la que históricamente, mayores esfuerzos ha destinado a tan complejo asunto; La UNCTAD ha sido la que más ha hecho por que los países en desarrollo estableciesen una normativa de competencia; la OMC ha sido la institución que más cerca ha estado de albergar una normativa multilateral vinculante relativa a la política de competencia; por último, la ICN es la única institución específicamente dedicada a la política de competencia, y actualmente se erige como el principal foro de debate en el que las distintas ANCs intercambian ideas y experiencias sobre el particular.

XVII. El estudio del funcionamiento del modelo comunitario nos acerca a entender las particularidades que envuelven a un sistema multilateral de competencia. La asignación de competencias, tema capital, se aborda por medio de conceptos tales como el de “parte sustancial del mercado interior” para los abusos de posición dominante; “dimensión comunitaria” para las concentraciones económicas; o “afectación al comercio de los Estados miembros” para el caso de las ayudas de Estado. La REC es el organismo encargado de catalizar los casos y servir como foro para el intercambio de información y experiencias entre las ANCs y la Comisión.

XVIII. El valor para la política de competencia internacional de la experiencia europea no se limita a su naturaleza supranacional. Desde una perspectiva nacional, muchos de los Estados que integran la Unión han pasado rápidamente de un estadio totalmente ajeno a la política de competencia, a integrarla en su agenda regulatoria. Hoy, la mayoría de los

Estados miembros cuentan con un sólido sistema de competencia auspiciado por las autoridades europeas.

XIX. Desde sus orígenes, la política de competencia comunitaria se ha erigido como un pilar fundamental para el proceso de construcción europea. Sin ella, resultaría inviable la consecución del mercado único. Esta idea adquiere gran relevancia cuando la extrapolamos a la esfera internacional. Dado que uno de los objetivos de la Comunidad Internacional consiste en la integración de los mercados nacionales para fomentar el crecimiento económico y el empleo, una política internacional de competencia daría un impulso decisivo al mencionado proceso integrador en un momento en que la economía mundial se encuentra estancada y ansiosa de nuevos bríos.

XX. En la actualidad, la UE comanda el proyecto de internacionalización de la política de competencia. Esto se ve reflejado en una de las ramas que componen el árbol de la competencia europea: la dimensión internacional. La UE dedica continuados esfuerzos en la cooperación bilateral y multilateral con el resto de Estados. Podemos afirmar que el área –internacional- en el que se observa un mayor grado de éxito de la Comisión es en la exportación del modelo europeo de competencia, gracias a lo cual, los conflictos y la incertidumbre se ven reducidos. Un análisis comparativo entre los dos principales regímenes de competencia –europeo y estadounidense- nos permite afirmar que el modelo europeo se alinea en mayor medida con las mejores prácticas convenidas. Por todo lo anterior, la UE se erige como el actor principal de la política internacional de competencia.

XXI. El establecimiento de un sistema multilateral de competencia exige resolver distintas cuestiones entre las que destaca la asignación de competencias entre las autoridades y el grado de centralización/descentralización del sistema. La teoría del federalismo aporta importantes ideas que pueden ayudarnos a establecer el modelo más apropiado en función de los anhelos de la Comunidad Internacional.

XXII. Los límites de la actual estrategia de convergencia y armonización de las políticas nacionales de competencia, junto con el actual contexto de estancamiento económico mundial y reconfiguración de los pactos regionales tras el fracaso de la iniciativa multilateral de la OMC, nos empujan a pensar que sería deseable emprender definitivamente medidas decididas y vinculantes que establezcan un marco multilateral de política de competencia.

Un proceso que irremediamente debe contar con el liderazgo europeo y el apoyo de otros actores globales de peso tales como EEUU, Japón o China.

CONCLUSIONS

The thesis ends with this section of conclusions. We will synthesize the main ideas that emerge from the present work in a schematic and tidy way. We deem it appropriate to divide the conclusions according to their disciplinary field. Thus, we categorized them into three groups: economic analysis, legal analysis and institutional framework. However, given the multidisciplinary nature of competition policy, there will be ideas covering more than one category. In such cases, we have chosen to include it in one to which most closely at our discretion.

1. Conclusions on Economic Analysis

I. The study of competition and its importance as a means of economic organization has occupied and concerned economists since before that economic science arose as such. However, Adam Smith was the first who puts competition as the driving force of social organization. Unfortunately, both the rest of classical economist and their heirs orthodox abandon the dynamic concept of competition exhibited by Smith for focusing on the static model of perfect competition. Understanding the competitive process from a dynamic perspective is one of the most important contributions of the Austrian School to economic theory.

II. But a society in competition not only brings advantages. Since the dawn of economic science discordant voices have been emerging that highlight the damaging effects triggering from the competitive process. His criticisms are complemented by the idea that mutual aid is also a factor of development that plays an equally important role in the progress of societies.

III. The New Economy Industrial provides the necessary economic-theoretical corpus for the competition policy enforcement, given the current trend of cementing such a policy on economic grounds. The New Economy Industrial integrates approaches from Harvard School, Austrian School and Chicago School, adding also both the methodology of game theory and sophisticated econometric techniques for the analysis of the strategic interaction of firms.

IV. The inherent complexity of the concept “competition” forces us to understand it from a polyhedral perspective. The value of competition lies in that it promotes efficiency and economic growth; it allows us to exercise our economic freedom as citizens by "democratizing" the market; and it contributes decisively to the development of societies by strengthening our freedoms. All of this has a direct impact on social welfare.

V. The modeling of competition helps us both to understand deeply its nature and to reflect on its contradictions: the objectives of competitors do not have to be coincident; the parties often be aware of their competitors; there are some features that, to a greater or lesser degree, are usually present in the competitive process, such as rivalry, scarcity, uncertainty, and transitivity; it is unclear to what extent each of them affects economic growth and increases welfare; and finally, it should be noted that neither competition policy nor competitors objectives are constitutive of competition.

VI. Market power is a basic concept for the competition policy enforcement. This refers to the ability of firms both to raise prices above the competitive level for their own benefit and to change market structure. Thus, the relevant market determination from the perspective of the product and the geographical area becomes a key issue for competition policy. To check whether two products belong to the same market, the most widely used technique is hypothetical monopolist test or SSNIP¹ Test.

VII. On the international scene, we found a cast of economic arguments supporting the thesis that multilateral action is needed to regulate binding international competition: it is not logical, nor efficient, nor sustainable, to regulate a global market with national competition policies; parallel investigations undertaken by NCAs² generate inefficiencies that could be eliminated; the increasingly globalization exposes the ANCs, designed to act regionally; with the liberalization of domestic markets, states are tempted to use competition policy as a new form of neo-protectionism; interstate competition for attracting business investment can lead to a "race to the bottom" that ends up hurting all participants; and, finally, the different visions NCAs have for the same anti-competitive practice is a source of inter jurisdictional conflicts.

¹ Small but Significant Non-Transitory Increase in Price

² National Competition Authorities.

2. Conclusions concerning legal analysis

- VIII. The first law on competition was enacted in the US at the end of nineteenth century. The Sherman Act arose by popular clamor and in response to the economic power that industrial conglomerates were gaining, product of the Second Industrial Revolution.
- IX. The seed of European competition policy dates back to the last quarter of the nineteenth century. In Vienna, the brightest minds of the time reflected about the cartels, which at that time were seen as the manifestation of a new phase of capitalism; a capitalism that showed features "organized". The distinctive features of the European model of competition -specific and precise legislation, administrative law, publicity or dissemination of anti-competitive agreements in order to discourage them- deepen their roots in this auspicious event.
- X. The ECSC Treaty or Treaty of Paris (1951) already contained rules of competition. This was the first binding multilateral agreement including competition rules. Unlike the Treaty of Rome (1957), mergers were regulated specifically through Article 66. The High Authority enjoyed exclusive jurisdiction over competition issues.
- XI. The Treaty of Rome puts the competition policy as one of the cornerstones of European integration. Competition in antitrust enforcement is shared between the Commission and the NCAs, as Regulation 17/62 set out. Effective control of state aid did not come until the EC competition policy reached its maturity. In this regard, Regulation 659/1999 provided clear and transparent procedure rules.
- XII. With the enlargement of the EU, and the urgent need to modernize the Community scheme, there was a substantial change in the EC competition policy in 2004. The main changes are summarized in using a more economic approach, the need to provide competition policy a proactive nature that had a positive impact on the competitiveness of European companies; the need to modernize merger

control through a new Regulation (139/04); decentralizing the implementation of competition policy towards Member States, allowing the Commission to focus on the most problematic issues; and promoting coordination between the various authorities through the ECN³.

- XIII. Horizontal aids represent a new approach in the field of State aid control in the EU. It is aids oriented towards promotion of certain priorities such as environmental protection, the promotion of employment, training, women's entrepreneurship, research, development and innovation, or the financing of SMEs. They are aids granted regardless of the sector or country. As a positive effect, horizontal aids reduce the administrative burden for the Commission derived control system. On the other hand, Member States have a certain margin of autonomous economic policy in relation to certain priorities.

3. Conclusions on the institutional framework

- XIV. The new international economic order that emerged after the fall of the Berlin Wall and the gradual elimination of government barriers to trade, along with the revolution in information technology and communication, have led to an unprecedented economic globalization that poses severe challenges for the international competition policy. The expansion of global trade requires the setting of an institutional framework to ensure that there is no abuse by powerful companies.
- XV. The idea of establishing a regulatory framework to ensure the competitive process on global markets dates from the interwar period, and it was motivated by the proliferation of international cartels. The forum chosen was the League of Nations, an institution led by European countries. When the II World finished, the project was revived but again, circumstances beyond the nature of the agreement frustrated the initiative.

³ European Competition Network.

- XVI. Several international organizations have worried about international competition policy. ODCE is perhaps which greater efforts has gone into this complex issue; UNCTAD has been the one that has done more for developing countries to establish competition rules; WTO has been the institution that has been closer to host binding competition rules on competition policy; and finally, ICN is the sole institution specifically dedicated to competition policy, and currently it stands as the main forum for debate in which the various NCAs exchanges ideas and experiences on competition regulation.
- XVII. The study of the functioning of the EC competition model helps us to understand the particularities that involve multilateral competition. The allocation of competencies, key issue, is addressed by means of concepts such as "substantial part of the internal market" for abuse of dominant position; "community dimension" for economic concentrations; or "trade affectation of the Member States" in the case of State aid. The ECN is the agency responsible for catalyzing the cases and serve as a forum for the exchange of information and experiences between the NCAs and the Commission.
- XVIII. The value for international competition policy from the European experience is not limited to its supranational nature. From a national perspective, many of the states of the Union have moved rapidly from one stage completely unrelated to competition policy, to integrate it into its regulatory agenda. Today, most Member States have a strong system of competition under the auspices the European authorities.
- XIX. Since its inception, the EU competition policy has emerged as a fundamental pillar for the European integration process. Without it, it would not be feasible to achieve the single market. This idea is more relevant when we extrapolate it to the international sphere. Since one of the objectives of the international community is the integration of national markets to promote economic growth and employment, international competition policy gives a decisive impetus to the integration process mentioned in this time, as the global economy is stagnant and anxious new vigor.

- XX. Today, the EU project commands the internationalization of competition policy. This is reflected in one of the branches in the tree of European competition regime: the international dimension. The UE has made sustained efforts in bilateral and multilateral cooperation with other states. We can say that the area in which the Commission has achieved a greater degree of success has been the export of EC competition model, thanks to which, conflicts and uncertainty are reduced. A comparative analysis between the two main regimes (EU's and USA's) allow us to claim that EC model is aligned more with agreed best practices. Given the above, the EU stands as the main actor in international competition policy.
- XXI. The establishment of a multilateral system of competition requires solving several issues among which we point out the allocation of powers between the authorities and the degree of centralization/decentralization of the system. Federalism theory provides important insights that can help us to determine the most appropriate model based on the aspirations of the international community.
- XXII. The limits of the current strategy of convergence and harmonization of national competition policy, along with the current context of global economic stagnation and reconfiguration of regional agreements after the failure of the multilateral WTO, push us to think that it would be definitely desirable take decisive and binding actions to establish a multilateral framework of competition policy. It is a process that inevitably must have European leadership and the support of other global actors such as USA, Japan and China.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOT, M. y GERBER, D. (eds.) (1997): “Public policy and global economic integration”, Kluwer International Law.
- ANDRIESSEN, F. (1982) “Speech to the Groupe des Presidents des Grandes Entreprises Europeennes”, Brussels: Commission Archives.
- ARROW, K. J. y DEBREU, G. (1954). “Existence of an equilibrium for a competitive economy”. *Econometrica* n° 22, pp. 265–290.
- ATTARAN, M. y SAGHAFI, M. M. (1988): “Concentration trends and profitability in the US manufacturing sector: 1970-1984”, *Applied Economics*, vol. 20, pp. 1.497-1.510.
- AUDRETSCH, D. et.al. (1991): Política Industrial, Teoría y Práctica. Economistas Libros.
- AUBÖCK, M., BURGER, C. y MANGLER, E. (2011): “Europe 2020 – A New Framework for New Growth”, *Monetary policy and the economy*, Q4/11, pp. 74- 84.
- ÁVILA, A. y DÍAZ, M. A. (2003): “Política de competencia y política comercial: hacia un acuerdo multilateral?”, Instituto Madrileño de Desarrollo, Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, Comunidad de Madrid.
- AYDIN, U. (2012): “Promoting Competition: European Union and the Global Competition Order”, *Journal of European Integration*, 34:6, pp. 663- 681.
- BACON, K. (2006): “The Concept of State Aid: The Developing Jurisprudence in the European and UK courts”, *European Competition Law review*, vol. 24, n°2, pp. 54-61.
- BAIN, J. (1968). “*Barriers to new competition*”. Cambridge, Massachussets. Harvard University Press.
- BAIN, J. (1973): “Organización Industrial”. Barcelona, Ed. Omega.
- BAKER, J. B.: “Developments in antitrust economics”. *Journal of Economic Perspectives*. Volume 13, N° 1Invierno de 1999, pp. 181–194
- BALDE, A. (2008): “Competition on the Global Market: A Way Towards an Autonomous International Court for Global Competition Cases”. *Managing Global Transitions*, vol. 6, 2, pp. 207-222.
- BARDONG, A. (2011): “Cooperation between National Competition Authorities in the EU in Multijurisdictional Merger Cases—the Best Practices of the EU Merger Working Group”. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 3, N° 2, pp. 126-140.
- BAUMOL, W. J. (1993): “Mercados Perfectos y Virtud Natural: La ética de los negocios y la mano invisible”. Colegio de Economistas de Madrid. Celeste Ediciones.

- BAUMOL, W., PANZAR J., Y WILLING, R. (1982): "Contestable Market and the Theory of Industry Structure", New York: Harcourt Brace Jovanovich, Inc.
- BECKER, G. (1968): "Crime and punishment: an economic approach", *Journal of political economy*, vol. 76, pp. 169- 217.
- BELL, G. (2000): "Liberalización y competencia", *Claves de Razón Práctica*, 0 (105), pp. 23-29.
- BELL, G. y ESTRUCH, A. (2013): "Liberalización, privatización, desregulación", en Ruiz Ojeda (2013), pp. 163-209.
- BENEYTO, J. M. y MAÍLLO, J. (2005): "Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España". Tomo 1. Editorial Bosch, Barcelona.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.) (2011). "Comentarios a la Ley de Competencia Desleal". Editorial Aranzadi, Navarra.
- BERENGUER FUSTER, L., GINER PARREÑO C.A. Y ROBLES MARTÍN (2010): "La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia". Fundación Rafael del Pino. Barcelona.
- BERENGUER GIMÉNEZ, L. (2010): "El derecho de la competencia en un marco de crisis global". *Revista de la Facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, Volumen 1, nº6, marzo de 2010, pp. 1-12.
- BERLIN, I. (1958): "Two Concepts of Liberty", en *Four Essays on Liberty*. Oxford University Press.
- BERTRAND, O. e IVALDI, M. (2006): "European Competition Policy in International Markets", disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951594> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.951594>, página consultada el 15.04.2013.
- BISHOP, S. y WALKER, M (2010): "The economics of EC competition law: concepts, application and measurement". Sweet and Maxwell-Thomson Reuters. London.
- BITTLINGMAYER, G. (1992): "Economics and 100 Years of Antitrust: Introduction". *Economic Inquire*, vol. 30, vol 2, april 1992, pp. 203-206.
- BLACK, O. (2010): "Conceptual Foundations of Antitrust". Cambridge University Press.
- BLANC, L. (1845): "Organisation du travail", Cuarta Edición, Paris.
- BLANKE, G. y LANDOLT, P. (eds.) (2011): "EU and US antitrust arbitration. A handbook for practitioners". Kluwer Law International.
- BODE, M. y BUDZINSKI, O. (2005): "Competing Ways Towards International Antitrust:

the WTO versus the ICN”. Marburg Papers on Economics, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=888682, página consultada el 4.3.2013.

BORK, R. (1978): “The Antitrust paradox: a policy at war with itself”. Basic Books Inc. Nueva York.

BORRA MARCOS, C. (2006): “La Defensa de la Competencia desde los Paradigmas de la Economía Industrial”, en Palma Martos, L. (Dir.) (2006). “Modernización Económica, Defensa de la Competencia y Estado de Bienestar en España”. MIMEO, Dpto. Economía e Historia Económica. FCEYE. US.

BOURGEIX, L. (2010): “Ayudas estatales y crisis financiera. La rápida reacción de la Comisión Europea y su posible impacto futuro: España como caso de estudio”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº16, Julio- Agosto 2010, pp. 31-45.

BRESNAHAN, T. (1987): “Competition and collusion in the American automobile industry: the 1955 price war”. *The journal of Industrial Economics*, vol. 35, nº4.

BUCHANAN, A. (1985): “Ethics, Efficiency, and the Market”. Oxford University Press.

BUCH- HANSEN, H. y WIGGER, A. (2010): “Revisiting 50 years of market-making: The neoliberal transformation of European competition policy”. *Review of International Political Economy*, vol. 17, Issue 1, pp. 20-40.

BUCCIROSSI, P. et al. (2011): “Measuring the deterrence properties of competition policy: The competition policy indexes.”. *Journal of competition law and economics*, 7 (1), pp. 165-204.

BUDZINSKI, O. (2003): “Cognitive Rules, Institutions, and Competition”. *Constitutional Political Economy*, Springer, vol. 14(3), pages 213-233, September.

BUDZINSKI (2004a): “Towards an International Governance of Transborder Mergers? Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism”. *NYU Journal of International Law and Politics*, 36 (1), pp. 1-52.

BUDZINSKI, O. (2004b). “The International Competition Network: Prospects and Limits on the Road towards International Competition Governance”, *Competition and Change*, Vol. 8 (3), pp. 223-242.

BUDZINSKI (2007): “An International Multilevel Competition Policy System”. Documento de debate nº159 de la Universidad de Duisburg-Essen. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927710, página consultada el 14.02.2013.

- BUDZINSKI, O. (2012): “International Antitrust Institutions”, Ilmenau Economics Discussion Paper, Ilmenau University of Technology, Institute of Economics, nº72.
- CABRAL, L. (1997): “Economía Industrial.” McGraw Hill. Madrid.
- CABOU, C. G., HADDOCK, D. y THORNE, M. H. (1992): “An analytic history of delivered price litigation: do courts properly distinguish rivalrous from collusive instances?” *Economic Inquire*, vol. 30, issue 2, april 1992, pp. 307- 321.
- CAILLOIS, R. (2001): “Man, play and games”. Urbana: University of Illinois Press.
- CALVO CARAVACA, A-L, y GOÑI URRIZA, N. (1999): “El control de las concentraciones de empresas en Europa”. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid
- CANI FERNÁNDEZ (2009): “Cuota de mercado y poder de mercado”, en Martínez Lage, S. y Petitbó Juan, A. (2006), pp. 61-74.
- CANOY, M., REY, P., y VAN DAMME, E. (2004): “Dominance and monopolization” en Neumann, M. (Ed.) y Weigand, J. (2004), pp. 210-289.
- CAÑIZARES, E. y DOMÍNGUEZ, D. (2009): “Perspectiva Económica de la Colusión” en MARTÍNEZ, S. y PETITBÓ, A. (2009), pp. 23-45.
- CARUSO, A. (2010): “Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission”. *Journal of Competition Law and practice*, vol. 1, nº6, pp. 453- 477.
- CAVES, R. E. (1972): *American Industry: Structure, Conduct, and Performance*, Third Edition, Prentice Hall, Englewood Cliffs, NJ.
- CEJNAR, L. (2011): “After the Global Financial Crisis: Key Competition Law Developments in Australia, the United States, the EU and the UK”. *Law and Financial Markets Review*, volume 5, issue 3, mayo de 2011, pp. 201-212.
- CHAMBERLIN, E (1962): “The Theory of Monopolistic Competition”. Harvard University Press, Cambridge, MA.
- CLARK, J. B. (1899): “The distribution of wealth”. London: Macmillan.
- CLARK, J. M. (1940): “Toward a Concept of Workable Competition”, *The American Economic Review*, Vol. 30, Nº 2, Part 1 (Jun., 1940), pp. 241-256.
- CLARK, J. L. y EVENEETT, S. J. (2003): “A Multilateral Framework for Competition Policy?”. In State Secretariat of Economic Affairs, en Evenett, S. J. (Eds.): “The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond”, pp. 77-168.

- CLARKE, R. (1993): "Economía Industrial." Colegio de economistas de Madrid. Celeste Ediciones.
- COASE, R. H. (1960): "The problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 1-44.
- COLLINS, N. R. y PRESTON, L. E. (1969): "Price-Cost Margins and Industry Structure", *Review of Economics and Statistics*, vol. 51, pp. 271-286.
- COMANOR, W. S. y WILSON, T. A. (1967): "Advertising, Markets Structure and Performance", *Review of Economics and Statistics*, vol. 49, pp. 423-440.
- COMANOR, S. et al. (1997): "Competition policy in the global economy: Modalities of cooperation". Taylor & Francis.
- COMANOR, W.S. y REY, P (1997): "Competition policy towards vertical foreclosure in a global economy", en Comanor, W. S. et al. (1997), pp. 303-316.
- CONNOR, J. M. (2004): "Global antitrust prosecutions of modern international cartels". *Journal of Industrie, Competition and Trade*. 4:3, pp. 236- 267.
- CONRAD, C. A. (2005): "Improving International Competition Order: An Institutional Approach". Palgrave Macmillan.
- CONSIDÉRANT, V. P. (1848): "Destinée Sociale", Tercera Edición. París.
- CORNISH, W R. (1979): "Legal Control over Cartel and Monopolization 1880-1914: A comparision" en Horn, N. y Kocka J. (eds): *Law and the Formation of Big Enterprises in the 19th and early 20th Centuries* (Göttingen, 1979), Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co Kg, Alemania, pp: 280-305.
- COWLING, K. y MUELLER, D. (1978): "The Social Costs of Monopoly Power". *The Economic Journal* n°88 (dic. 1978), pp. 727- 748.
- CRESPO, R. J. (1997): "Dumping, antidumping y fundamentos del Antidumping", *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. 3, n°2, pp. 55-81
- CZÉKUS, A. (2012): "Responses of European competition policy to the challenges of the global economic crisis". *Crisis Aftermath: Economic policy changes in the EU and its Member States*, Conference Proceedings, Szeged, University of Szeged, pp. 324-336.
- DABBAH, M. M. (2010): "International and Comparative Competition Law". Cambridge, Cambridge University 2010.
- DAVISON, L. M. (2009): "EU Competition Policy: Article 82 EC and the Notion of Substantial Part of the Common Market", *Intereconomics*, vol. 44, n°4, pp. 238- 245.
- DAVISON, L. y JOHNSON, D. (2002). "The EU's Evolving Stance on the International

- Dimension of Competition Policy: A Critical Commentary". *Intereconomics*, 37 (5), pp. 244-252.
- DELGADO, J. (2010): "El Papel del Análisis Económico en la Política de Competencia", conferencia pronunciada el 10/11/2010 en el marco del *XVI Seminario Análisis Económico de la Política de Defensa de la Competencia: cuatro Estrategias para una Economía en Recuperación*, FCEYE, US, Sevilla.
- DEWATRIPONT, M. y TIROLE, J. (1999): Advocates, *Journal of Political Economy*
- DEMSETZ, H. (1973): "Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy" *Journal of Law and Economics*, vol. 16, nº1, pp. 1-9.
- DEWATRIPONT, M. y SEABRIGHT, P. (2006): "Wasteful Public Spending and State Aid Control". *Journal of the European Economic Association*. Volume 4, Issue 2-3, pp. 513-522, April-May 2006.
- DOLAN, E. G. (1976): "The foundation of modern Austrian Economics", Kansas City: Sheed & Ward.
- DREXL, J. (1999). "Trade-Related Restraints of Competition: The Competition Policy Approach", en Zäch, R. (Ed.): "Towards WTO Competition Rules", pp. 225-260.
- ECO, U. (2004): "Cómo se hace una tesis", Gedisa Mexicana S.A.
- EDGEWORTH, F. Y. (1881): "Mathematical Psychics. An essay on the application of mathematics to the moral sciences", London. C. Kegan Paul & Co. 1 Paternoster Square.
- EINAV, L., y J. LEVIN. (2010). "Empirical Industrial Organization: A Progress Report." *Journal of Economic Perspectives*, 24(2): 145-62.
- EL-AGRAA, A. (2004): "The European Union: Economics and Policy", 7th Edition, Prentice Hall.
- ELHAUGE, E. y GERADIN, D. (2011): "Global competition law and economics". Oxford, Portland.
- ELHERMANN, C-D. (1993): "The International Dimension of Competition Policy", *Fordham International Law Journal* vol. 17, 4, pp. 832- 845.
- ENGRA MORENO, J. C. y RODRÍGUEZ ENCINAS, A. (2006): "El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea". *Ekonomiax: Revista vasca de economía*. Nº61, 2006, pp. 108-135.
- ERIKSON, F. (2010): "The Europe 2020 strategy: time for Europe to think again". *European View*, vol. 9, n. 1, pp. 29-37.

- EVENETT, S. J. (Eds.): "The Singapore Issues and The World Trading System: The Road to Cancun and Beyond. Bern, Switzerland: Swiss State Secretariat of Economic Affairs.
- FARRELL, J. y SHAPIRO, C., (1990): "Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis", *American Economic Review*, American Economic Association, vol. 80(1), pp. 107-26, March.
- FELS, A. (2012): "China's Antimonopoly Law 2008: An Overview", *Review of Industrial Organisation* (2012) 41, pp. 7- 40.
- FERGUSON, P. (1988): "Industrial Economics: issues and perspectives". Mcmillan Education Ltd. Londres.
- FERNÁNDEZ DE CASTRO, J, DUCH BROWN, N. (2003): "Economía Industrial. Un enfoque estratégico". McGraw Hill. Madrid.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. (2000): "La Competencia". Alianza Editorial, Madrid.
- FIELDING, M. (1976): "Against competition: in praise of Malleable Analysis and the Subversiveness of Philosophy". *Proceedings of the Philosophy of Education Society of Great Britain*, 10.
- FIKENTSCHER, W. (1997): "The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the context of International Technological Integration", en Abbot, M. y Gerber, d. (1997), pp. 211-220.
- FINKELSTEIN, M. y FRIEDBERG, R. M. (1967): "The Application of an Entropy Theory of Concentration to the Clayton Act", *Yale Law Journal*, pp. 677-717.
- FISHER, F. M. (1989): "Games Economists Play: A non-cooperative View". *Ran Journal of Economics*, vol. 20, pp. 113-124.
- FORNELLS, J. (2004): "Derecho de la competencia en Estados Unidos", Boletín Económico de ICE N° 2802, pp. 45- 57.
- FORNI, M. (2004): "Using Stationary tests in Antitrust Market Definition". *American Law and Economics Review*, vol. 6, pp. 441-464.
- FOURIER, C. (1808: 1974): "Teoría de los Cuatro Movimientos y de los Destinos Generales." Biblioteca de rescate. Barral Editores.
- FOX, E. (1995): "Competition Law and the Agenda for WTO: Forging the links of Competition and Trade", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol.. 4, n°1, pp. 1-36.
- FOX, E. (1997): "US and EU Competition Law: A Comparison", en Graham, E. M. y Richardson, J. D. (eds) (1997), pp. 339-354.

- FOX, E. (2000): “Antitrust and regulatory federalism: races up, down, and sideways”, *New York University Law Review* 75, nº 6, pp. 1781–1807.
- FRIEDEN, J. (2007): “Capitalismo Global”. Memoria Crítica, EGEDSA, Barcelona.
- FUCHS, V. R. (1961): “Integration, Concentration and Profits in Manufacturing Industry”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 75, pp. 278-291.
- FUENTES QUINTANA, E. (1999): “Economía y Economistas Españoles”. Galaxia Gutenberg. Barcelona.
- FURNISH, D. (1970): “A Transnational Approach to Restrictive Business Practices”, *International Lawyer* 317, pp. 322-326.
- GALBRAITH, J. K. (1989): “Historia de la economía”. Ariel. Barcelona.
- GARCÍA VILLAREJO, A. y SALINAS SÁNCHEZ, J. (1994): “Manual de hacienda pública: general y de España”. Madrid Tecnos.
- GARRIDO RUIZ, F. (2004): “Novedades aportadas por el nuevo Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la competencia*. Nº231. Mayo/junio 2004, pp. 71-82.
- GERBER, D. (1992): “The Origins of the European Competition Law Tradition in Fin-de-Siecle Austria”, 36 *American Journal of Legal History* 405, pp. 405-440.
- GERBER, D. J. (1994): “The Transformation of European Community Competition Law”. *Harvard International Law Journal*, vol. 35, nº1, pp. 97- 147.
- GERBER, D. J. (2010): “Global competition: law, markets, and globalisation”. Oxford University Press. Oxford.
- GEROSKI, P. y GRIFFITH, R. (2004): “Identifying antitrust markets” en Neumann, M. y Weigand, J. (2004), pp.290- 305.
- GILPIN, R. (1987): “The Political Economy of International Relations”, Princeton: Princeton University Press.
- GINER PARREÑO, C.A. (2010): “La aplicación del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia” en Berenguer Fuster, L., Giner Parreño C.A. y Robles Martín-Laborda, A. (2010), pp. 119-166.
- GRAHAM, E. M. y RICHARDSON, J. D. (eds.) (1997): “Global Competition Policy”. Washington, DC: Institute for International Economics.
- GRANGER, C. (1969): “Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-Spectral Methods”. *Econométrica*, vol. 37, pp. 424-438.

- GRICE-HUTCHINSON, M. (1952): “The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary Theory 1544-1605”, Oxford: Clarendon Press.
- GROUT, P. A. y SONDEREGGER, S. (2006): “Structural Approaches to Cartel Detection”, European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies.
- GÓMEZ CAMACHO, F. (1981) (Prólogo y edición): “La teoría del justo precio” de Luis de Molina. Editora Nacional. Madrid.
- GONZÁLEZ CAMACHO, C. (2003): “Introducción de mecanismos de competencia en la provisión de servicios sanitarios. Un análisis del caso español”. Universidad de Sevilla, Departamento de Economía e Historia Económica.
- GOYDER, J. y ALBORS-LLORENS, A. (2009): “Goyder’s EC Competition Law”. 5th Edition. Oxford University Press.
- GRAVELLE, H y REES, R (2006): “Microeconomía”. Tercera Edición. Prentice Hall.
- GRICE-HUTCHINSON, M. (2005): “La Escuela de Salamanca: una interpretación desde la teoría monetaria”. Caja España.
- GUTIERREZ, I. y PADILLA, J. (2006): “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en Martínez Lage, S. y Petitbó Juan, A. (2006), pp. 15-32.
- GUZMAN, A. (2004): “The Case for International Antitrust. Berkeley”. *Journal of International Law* 22, pp. 355-374.
- HARBERGER, A. (1954): “Monopoly and Resource Allocation”. *The American Economic Review*, Vol. 44, No. 2, Papers and Proceedings of the Sixty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1954), pp. 77-87.
- HAYEK, F. A. (1945): “The use of knowledge ion society”. *American Economic Review*, 35, pp. 519- 530.
- HIGH, J. (2001): “Competition: critical ideas in economics”. Edward Elgar.
- HILLE, P., y KNILL, C. (2006): “It’s the bureaucracy, stupid’: the implementation of the Acquis Communautaire in EU candidate countries, 1999–2003”, *European Union Politics* 7, n° 4, pp. 531–52.
- HOBBS, T. (2009: 1651): “Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil”, Alianza editorial.
- HORN, N. Y KOCKA J. (eds.) (1979): “Law and the Formation of Big Enterprises in the 19th and early 20th Centuries”. (Göttingen, 1979), Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co Kg, Alemania.

- HOROWITZ, I. (1981): “Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression-based Approach”. *Southern Economics Journal*, vol. 48, pp. 1-16.
- HOROWITZ, A. R. y HOROWITZ, I. (1968): “Entropy, Markov Processes and Competition in the Brewing Industry”, *Journal of Industrial Economics*, vol. 16, pp. 196-211
- ITALIANER, A. (2010): “Competition Policy in support of the EU 2020 policy objectives”, *Industry Vs Competition*, Vienna Competition Conference 2010.
- JACQUEMIN, A. (1991): “Objetivos e instrumentos de la política europea de la competencia después de 1992”, en Audretsch, D. et.al. (1991), pp. 109-138.
- JEVONS, W. S. (1998): “La teoría de la economía política”. Pirámide. Madrid.
- JIMÉNEZ LATORRE, F. (2009): “Las prácticas comerciales excluyentes del operador dominante”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº12, noviembre-diciembre 2009, pp. 9-28.
- KAISER, W. et al. (2008): “The History of European Union. Origins of a trans- and supranational policy, 1950-1972”. London. Routledge.
- KERBER, W. (2003): “An International Multi-Level System of Competition Laws: Federalism in Antitrust”. German Working Papers in Law and Economics. Vol. 2003, paper 13. Philipps-Universität at Marburg.
- KIPPING, M. (2002): “La France et les origenes de l’Union Européenne. Integration Économique et compétitivité internationale”. París.
- KIRZNER, I. M. (1997): “Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach”. *Journal of Economic Literature*, vol 35. N°1 (Mar.), pp. 60-85.
- KIRZNER, I. M. (1998a): “Competencia y empresarialidad”. 2ª Ed. Unión Editorial. Madrid.
- KIRZNER, I. M. (1998b): “Los objetivos de la política antitrust: Una crítica”. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº775, 1998-1999, pp. 67-78.
- KLEIT, N. A. (1993): “Common Law, Statute Law, and The Theory of Legislative Choice: an Inquiry into the Goal of The Sherman Act”. *Economic Inquire*, vol. 31, issue 4, april 1992, pp. 203-206.
- KLODT, H. (2001): “Conflicts and Conflict Resolution in International Anti-trust: Do We Need International Competition Rules?”, *The World Economy*, vol. 24, Issue 7, pp. 877–888.
- KOHN, A. (1992): “No Contest” (revised edition). Boston. MA: Houghton Mifflin.
- KOKKORIS, I. y OLIVARES-CAMINAL, R. (2010): “Antitrust law amidst financial crises”. Cambridge University Press.

- KORAH, V. (2007): “Law and Economics of Competition: Modernization of Article 82” en Mateus, M. y Moreira, T. (2007), pp. 301-323.
- KOVACIC, W. Y SHAPIRO, C. (1999): “Antitrust Policy, a Century of Economic and Legal Thinking”. Competition Policy Center. UC Berkeley.
- KOVACIC, W. (1992): “The influence of economics on Antitrust Law”. *Economic Inquiry*, 30, Abril de 1992, pp. 294-306.
- KUHN KAI-UWE (2001): “Fighting collusion by regulating communication between firms”. *Economic Policy*, vol. 16, Issue 32, pp. 167-204.
- KWOKA, J. E. Jr. (1981): “Does the Choice on Concentration Measure Really Matter?” *Journal of Industry Economics*, vol. 29, pp. 445-453.
- LABORDA, A. (2010): “La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia”. Fundación Rafael del Pino; Colección Derecho. Madrid, 2010.
- LAFFONTE, J.-J. (1998): “Competition, Information, and Development”, *Annual World Bank Conference on Development Economics, 1998*, pp.237-257.
- LAGUNA, J. M. (1991): “Historia de la Comunidad Europea”. Mensajero. Bilbao.
- LANDRETH, H. Y COLANDER, D.C. (2006): “Historia del pensamiento económico”. Cuarta edición. McGraw Hill. Madrid.
- LARRAZ, J. (1954): “La época del mercantilismo en Castilla, 1500-1700”, Madrid: Aguilar.
- LEFTER, C. y Oprea, A. (2011): “Law Antimonopoly of China – a Model of European Inspiration”, *Theoretical and Applied Economics* Vol. XVIII (2011), No. 8(561), pp. 75-82.
- LEIBENSTEIN, H. (1966): “Allocative Efficiency vs “X-Efficiency”, *American Economic Review*, 56, 1966, en Leibenstein, H. (1989), pp. 392-415
- LEIBENSTEIN, H. (1989): “The collected essays of Harvey Leibenstein. Volume 2 X-Efficiency and Micro-Micro Theory”. Edited by Kenneth Button. Edward Elgar Publishing Limited.
- LENIN, V.I. (1917): “El imperialismo, fase superior del capitalismo”. Editorial Fundamentos. Madrid.
- LIPSEY R. G. y LANCASTER, K. (1957): “The General Theory of the Second Best,” *Review of Economic Studies*, 24 pp. 11–32.
- LITTLECHILD, S. (1981): “Misleading Calculations of the Social Costs of Monopoly Power”. *The Economic Journal* n°91, (june 1981), pp. 348- 363.
- LITVACK, S. (1980): “Report from the Antitrust Division”, 49 Antitrust L.J.1073(1980).

- LLAGAS, F. (2012): “La patente de la Unión Europea: Protección de la actividad inventiva, desarrollo económico y mercado único”. Tesis Doctoral. Depto. De Estadística, Econometría, Investigación Operativa, Organización de Empresas y Economía Aplicada. Universidad de Córdoba.
- MANKIW (2007): “Principios de Economía.”, Cuarta Edición. Thomson. Madrid.
- MARSHALL, A. (1890: 2005): “Principios de Economía”. Fundación ICO. Editorial Síntesis. Madrid.
- MARSHALL, A. (1890): “Some aspects on competition”. *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 53, N° 4 (Dec., 1890), pp. 612-643.
- MARTÍNEZ FONTS, D. (2006a): “Libre competencia y derecho del trabajo. Efectos del Derecho económico comunitario en las relaciones laborales”, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, Diciembre 2006.
- MARTÍNEZ FONTS, D. (2006b): “La normativa comunitaria relativa a las ayudas de Estado y sus efectos sobre las políticas estatales y comunitarias de empleo” en Martínez Fons, D. (2006a), pp. 97- 170.
- MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.)(2006): “El Abuso de Posición de Dominio”. Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.
- MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (2009): “Los acuerdos horizontales entre empresas”. Fundación Rafael del Pino. Colección Derecho. Madrid.
- MASSON, R. T. y SHAANAN J. (1984): “Social Costs of Oligopoly and the Value of Competition”. *The Economic Journal*, vol. 94. Issue 375. Sep. 1984, pp. 520- 535.
- MASON, E. S. (1939): "Price and production policy of large scale enterprises". *American Economic Review*, 29, pp. 61-74.
- MATEUS, A. (2009): “The current financial crisis and state aid in the EU”, *European Competition Journal*, volume 5, nº1, abril de2009, pp. 1-18.
- MATEUS, M. Y MOREIRA, T. (2007): “Competition Law and Economics. Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement”. I Lisbon Competition Law and Economics Conference, Lisbon, 3-4 November 2005. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, cop.
- MATEUS, A. y MOREIRA, T. (2010): “Competition Law and economics: Advanced in Competition Policy and Antitrust Enforcement”. Edward Elgar.

- MAUDES, A. (2004): “Notas sobre el nuevo Reglamento comunitario de concentraciones”, Tribunal de Defensa de la Competencia, Subdirección General de Informes, febrero 2004, documento interno, 12.
- MCNULTY, P. J. (1968): “Economic theory and the meaning of competition”. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 82, nº4. pp. 639-656.
- MENGER, C. (1997): “Principios de economía política”. Unión editorial. Madrid.
- METCALFE, J. S. (1998): “Evolutionary Economics and Creative Destruction”. Routledge, Londres.
- MILL, J. S. (2008): “Principios de economía política”, Fundación ICO. Editorial síntesis. Madrid.
- MILL, J. S. (2011): “Capítulos sobre el socialismo. La civilización”. Alianza Editorial. Madrid.
- MISES, L.V. (2011): “La acción humana”. Unión Editorial. Décima Edición.
- MITSCHKE, A. (2008): “The influence of National Competition Policy on the International Competitiveness of Nations”. Physica-Verlag. Springer.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2012): “Regulación económica y derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”, en Ruiz Ojeda, A. (2012) (Dir.), pp. 81- 111.
- MOTTA, M. (2004): “Competition Policy: Theory and Practice”. Cambridge University Press.
- MOTTA (2007): “The economic foundation of Merger Control”, en Mateus, A. y Moreira, T. (2007), pp. 269- 298.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R. y BONETE, R. (2002): “Introducción a la Unión Europea. Un análisis desde la economía”. 3ª Edición. Alianza Editorial, Madrid.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R. y BONETE, R. (2009): “Introducción a la Unión Europea. Un análisis desde la economía”. 4ª Edición. Alianza Editorial, Madrid.
- MULAS GRANADOS, C. (2005): “La Estrategia de Lisboa, el programa nacional de reformas y las políticas de oferta en España”. *ICE. Política Económica de España*, julio- agosto de 2007, nº837, pp. 231- 245.
- NEUMANN, M. (Ed.) y WEIGAND, J. (2004): “The International Handbook of Competition” Edward Elgar.
- NICOLAIDES, P. y RUSU, I.E. (2010): “The financial crisis and the state aid”. *The Antitrust bulletin*, vol. 55, No. 4/Winter 2010, pp. 759-782.

- NIMINET, L. A. (2009): “European Competition Policy in time of crisis. To be or not to be”. *Studies and Scientific Researches - Economic Edition*, 14, pp. 67-71.
- O'DONOGUE, R. y PADILLA, A. J. (2006): “The law and Economics of Article 82 EC”, Hart Publishing.
- ORDÓÑEZ DE HARO, J.M. (2009). “Aspectos Económicos del funcionamiento competitivo de los mercados”. Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. Consejería de Economía y Hacienda. Sevilla.
- ORTIZ BLANCO et al. (2008): “Manual de Derecho de la Competencia”. Editorial Tecnos. Madrid.
- OTAMENDI, J. (1998): “La Competencia Desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, octubre (1998), pp. 1-44.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (2001): “Privates Parties under the present WTO (Bilateralist) Competition Regime”. *Journal of World Trade Law*, vol. 35, nº1, pp. 99- 122.
- OVERBEEK, H. W. (1990): “Global Capitalism and National Decline”, London: Unwin Hyman.
- OYSTEIS, D. y SOGARD, L. (2011): “Single-Product versus Uniform SSNIPs”, *International Review of Law and Economics*, vol. 3, pp. 142-146.
- PALMA MARTOS, L. y CANTERO FERNÁNDEZ, J. (1992): “Exención de los acuerdos de I+D como quiebra del principio de libre competencia: una reflexión sobre su justificación económica” en *El sistema económico de la Constitución Española*, vol. 1. XV Jornadas de Estudio, p. 390.
- PALMA MARTOS, L. (Director) (2006): “Modernización Económica, Defensa de la Competencia y Estado de Bienestar en España”. MIMEO, Dpto. Economía e Historia Económica. FCEYE. US.
- PALMA MARTOS, L. (2006): “Fundamentos Económicos y Claves de Aplicación de la Política de Defensa de la Competencia”, *Cuadernos de Administración* (Universidad del Valle), Agosto-Diciembre 2005, pp. 32- 59.
- PALMA MARTOS, L. (2008): “The Common Market and Competition Policy in the European Union”. *Analele Științifice ale Universității “Alexandru Ioan Cuza” din Iași*. Tomul LV. Științe Economice, pp. 286-301.
- PASCUAL y VICENTE, J. (2004): “Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia*. Nº 231, mayo/Junio 2004.

- PAULIS, E. (2010): “Abuses of dominant position: conclusions of the major debates in the EU and USA”, en Mateus y Moreira (2010), pp. 161-168.
- PEPALL, L., NORMAN, G., RICHARDS, D. (2006): “Organización Industrial. Teoría y Prácticas contemporáneas”. Thomson International.
- PERDICES DE BLAS, L. y REEDER, J. (2005): “Estudio Introductorio: Marjorie Grice-Hutchinson y la Escuela de Salamanca” en Grice-Hutchinson, M. (2005), pp. 13-67.
- PETTIBÓ JUAN, A. (2012): “La defensa de la competencia. Derecho y economía”, en Ruiz Ojeda (2012) (Dir.), pp. 25-80.
- PHILIPS, L. (1995): “Competition Policy: A Game Theoretic Perspective”. Cambridge, Cambridge University Press.
- POSNER, R. (1976): “Antitrust Policy: An economic perspective”. University of Chicago Press. Chicago.
- PRIETO KESSLER, E. (2005): “La Política de Competencia en la Unión Europea”. Información Comercial Española, nº 820, enero-febrero, pp. 99-100.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2012): “Las ayudas públicas: evolución y situación actual”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº11, pp. 49- 76.
- RAHL, J. (1981): “International Cartels and their regulation” en Schachter, O. y Hellawell, R. (1981), pp. 240- 276.
- RESCH A. (2005): “Phases of Competition Policy in Europe”. Institute of European Studies, UC Berkeley.
- REY, P. (2010): “Abuses of dominant position: an economic perspective, en Mateus y Moreira, 2010, pp. 189- 198.
- ROBINSON, J. (1933): “The Economics of Imperfect Competition”. Macmillan, London.
- RÖLLER, L-H. (2011): “Challenges in EU competition policy”. *Empirica*, vol. 38, issue 10, pp. 287- 314. Springer.
- ROTHBARD, M. N. (1976): “New light on the prehistory of the Austrian School” en E. G. Dolan (1976), pp. 52- 74.
- ROWLEY, C. y RATHBONE, A. (2004): “Political Economy of Antitrust” en Neumann (Ed) y Weigand (2004).
- RUIZ VALIENTE, R. (2011): “Reseña crítica de *Principales Doctrinas del Pensamiento Económico*”, La Bisagra, Buenos Aires.

- RUIZ OJEDA, A. (Dir.) (2012): “Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas). Editorial Iustel. Ministerio de Ciencia e Innovación.
- RUSSO, F. *et al.* (2010): “European Commissions Decisions on Competition”. Cambridge University Press. UK.
- SALINGER, M. A. (1984): “Tobin's q , Unionization, and the Concentration-Profits Relationship”. *The RAND Journal of Economics*, vol. 15, No. 2, pp. 159-170.
- SAUTER, W. y LANGER, J. (2004): “Competition Policy”, en El-Agraa, A. (2004), pp. 239- 260.
- SCHERER, F. M. (1989): “Efficiency, Fairness, and the Early Contributions of Economists to the Antitrust Debate.” *Washburn Law Review*. 29, pp. 243–55.
- SCHERER, F. M. y ROSS, d. (1990): “Industrial Market Structure and Economic Performance”. 3ª Edición. Boston
- SCHWARTZMAN, D. (1959): “The Effects of Monopoly on Price”, *Journal of Political Economy*, vol. 67, pp. 352-362.
- SEIDEL, K. (2008): “DG IV and the origins of a supranational competition policy: establishing an economic constitution for Europe”, en W. Kaiser *et al.* (2008), pp. 129- 147.
- SEN, A. (1993): “La vida y la muerte como indicadores económicos”. *Revista de Investigación y Ciencia*, nº 202, julio de 1993. Madrid
- SEN, A. (2000): “Desarrollo y libertad”. Editorial Planeta. Barcelona.
- SCHACHTER, O. y HELLAWELL, R. (1981): “Competition in international business: law and policy on restrictive practices”. Columbia University Press. New York.
- SHAPIRO, C. (1989): “The Theory of Business Strategy”. *Rand Journal of Economics*. vol 20, pp.125-137.
- SHERMAN, R. (2008): “Market Regulation”, Pearson Colleague Division.
- SYMEONIDIS, G. (2003): “In Which Industries is Collusion More Likely? Evidence from the UK”, *Journal of Industrial Economics*, Wiley Blackwell, vol. 51(1), pp. 45-74.
- SIMS, C. A. (1972): “Money, Income, and Causality”. *American Economic Review*, vol. 62, pp. 540-552.
- SLADE, M. E. (1986): “Exogeneity Tests of Market Boundaries Applied to Petroleum Products”, *Journal of Industrial Economics*, vol. 34, pp. 291-303.

- SMITH, A. (1776: 1987): “Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”, Campbell, R. H. y Skinner, S. (eds.); Todd, W. B. (ed. Literario). Oikos-tau, Barcelona.
- SORIA, M. (1633: 1992): “Tratado de la justificación y conveniencia de la tasa del pan”. (Publicado originalmente en 1633). Reeditado por Fundación BEX. Madrid.
- SOSNICK, S. (1958) “A critique of Concepts of Workable Competition” *Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, pp. 380-423.
- SPENGLER, J. (1950): "Vertical Integration and Antitrust Policy," *Journal of Political Economy*, 58(4), pp. 347- 352.
- SPILLER, P. T. y HUANG, C.J. (1986): “On the Extent of the Market: Wholesale Gasoline in the Northeastern United States”. *Journal of Industrial Economics*, vol. 35, pp. 131-145.
- STIGLER, J. y SHERWIN, R. A. (1985): “The Extent of the Market”, *Journal of Law and Economics*, vol. 28, pp. 555-585.
- STIGLER, J. (1987): “El Economista como predicador y otros ensayos”. Ediciones Folio SA.
- STIGLITZ, J. y WALSH, C. (2008): “Microeconomía”, 4ª Edición, Ariel Economía.
- SWEENEY, B. (2004): “Globalisation of competition law and policy: some aspects of the interface between trade and competition”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5, 375, pp. 375-433.
- TARULLO, D. K. (1999): “Competition Policy for Global Markers”. *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, No. 3 (Sep., 1999), pp. 445-455.
- TAY, A. y WILLIAM, G. (2005): “Why (no) global competition policy is a tough choice”, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 45, pp. 312–324.
- TAYLOR, M. D. (2006): “International Competition Law: A New Dimension for the WTO?”. Cambridge.
- TEDDE DE LORCA, P. Y PERDICES DE BLAS, L. (1999): “La Escuela de Salamanca en el siglo XVI español”, en Fuentes Quintana, E. (Dir.) (1999), pp. 101- 130.
- THEIL, H. (1967): “Economics and Information Theory”, Chicago: Rand McNally.
- TIROLE, J. (1990): “La teoría de la organización industrial”. Editorial Ariel. Barcelona.
- TORRES LÓPEZ, J. (2005): “Economía Política”. Pirámide, Madrid.
- TREIDLER, O. (2011): “Evaluating the Lisbon Strategy”. Leibniz Information Centre for Economics.

- UTTON, M. (2006): "International competition policy: maintaining open markets in the global economy". Cheltenham: Edward Elgar.
- VAN BAELE & BELLIS (2010): "Competition law of the European Community". Fifth Edition. Kluwer Law International.
- VARELA CARID, F. (2006): Economía y Defensa de la Competencia: Una visión General. *Ekonomia*, n°61, 1.er Cuatrimestre (2006).
- VARELA GONZÁLEZ, J. A. (2008): "Características y situación actual de los programas de clemencia", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 38/2008, pp. 203-247
- VASCONCELOS, H. (2005): "Tacit collusion, cost asymmetries, and mergers", *Rand Journal of Economics*, vol. 36, pp. 39-62.
- VICKERS, J. (1995): "Concepts of Competition". *Oxford Economic Papers, New Series*, Vol. 47, n° 1, pp. 1-23.
- VIDAL MARTÍNEZ, P. (2010): "Novedades de competencia en materia de Reglamentos de exención por categorías de acuerdos verticales, automóviles y seguros". *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, 27-2010; pp. 74-79.
- VITZILAIU, L. (2011): "Crisis Cartels: For Better or For Worse". *CPI Journal*, vol. 3, marzo de 2011.
- VOIGT (2007): "The Economic Effects of Competition Policy – Cross Country Evidence Using Four New Indicators". Mimeo.
- WALRAS, L. (1987): "Elementos de economía política pura (o Teoría de la riqueza social)". Alianza editorial. Madrid.
- WARLOUZET, L. (2010): "The rise of European Competition Policy, 1950- 1991: A cross-disciplinary survey of a contested policy sphere". RSCAS 2010/80. Florencia.
- WEINRAUCH, R. (2004): "Competition law in the WTO: the rationale for a framework agreement". Vienna: Neuer.
- WEISS, L. W. (1963): "Average Concentration Ratios and Industry Performance", *Journal of Industrial Economics*, vol. 11, pp. 237-254.
- WERDEN, G. J. (1998): "Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview". *Antitrust Law Journal*. Vol. 66, pp. 701-735.
- WERDEN, G. J. et al. (2012): "Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions". Department of Justice. 26th Annual National Institute on White Collar Crime.
- WHINSTON, M. D. (1990): "Tying, Foreclosure and Exclusion". *American Economic Review*, 80, pp. 837- 859.

WILBERFORCE, R. et al. (1966): "The Law of Restrictive Practices and Monopolies", 2nd edition, London: Sweet and Maxwell.

WILLIAMSON, O. E. (1968): "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs". *The American Economic Review*, vol. 58, N°. 1, pp. 18-36.

WU, D. (1983): "Test of Causality, Predeterminedness and Exogeneity". *International Economic Review*, vol. 24, pp. 547-558.

ZÄCH, R. (ed.) (1999): "Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition: Proceedings of the Seminar, Zurich University", 8-10 July 1999. Kluwer International Law.

FUENTES DOCUMENTALES

COMISIÓN EUROPEA (1962): “Reglamento (CEE) 153/62 por el que se completa y modifica el Reglamento 27 del 03 de mayo de 1962.”, DOCE 139, de 24.12.1962, pp. 2918-2920

COMISIÓN EUROPEA (1967): “Reglamento 67/67 (CEE) de 22 de marzo de 1967 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva”. DOCE L 276 de 09.12.1972, p. 15.

COMISIÓN EUROPEA (1996a): “Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas”. DOCE (96/C 207/04), de 18.07.1996, pp. 4- 6.

COMISIÓN EUROPEA (1996b): “Towards an International Framework of Competition Rules. Communication from the Commission to the Council”. COM (96) 284 final. 18.06.1996.

COMISIÓN EUROPEA (1997): “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”. (97/C 372/03) de 09.12.1997, pp. 3-9.

COMISIÓN EUROPEA (1998): “Comunicación de la Comisión, de 10 de diciembre de 1998, relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas” DOCE C 384, de 10.12.1998, pp. 3- 9.

COMISIÓN EUROPEA (1999a): “Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CE”. DOCE n° C 132 de 12.05.1999.

COMISIÓN EUROPEA (1999b): “Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”. DOCE L 336 de 29.12.1999, pp. 21- 25.

COMISIÓN EUROPEA (2000a): “Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales”. DOCE C 130, de 13.10.2000, pp. 1-46.

COMISIÓN EUROPEA (2000b): “Reglamento (CE) n° 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización”. DOCE L 304, de 5.12.2000, pp. 3-6.

COMISIÓN EUROPEA (2000c): “Reglamento (CE) N° 2659/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo”. DOCE L 304, de 5.12.2000, pp. 7-12.

COMISIÓN EUROPEA (2001a): “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo”. COM (2001) 745 final. Bruselas 11.12.2001.

COMISIÓN EUROPEA (2001b): “Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*)” DOCE. C368/13, de 22.12.2001, pp. 13-15.

COMISIÓN EUROPEA (2001c): Asunto n° COMP/M.2220 de 3 de julio de 2001, *General Electric/Honeywell*, en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2220_20010703_610_es.pdf, página consultada el 26.06.2013.

COMISIÓN EUROPEA (2002): “Reglamento (CE) N° 1400/2002, de la Comisión de 31 de julio de 2002 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor”. DOCE L 203, de 1.08.2002, pp. 30-41.

COMISIÓN EUROPEA (2004a): “Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva” COM (2004) 293. Bruselas 20.04.2004.

COMISIÓN EUROPEA (2004b): “Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia”. DOUE C 101/03 de 27.4.2004, pp. 43-53.

COMISIÓN EUROPEA (2004c): “Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)”. DOUE, C 101/06, de 27.4.2004, pp. 78-80.

COMISIÓN EUROPEA (2004d): “Reglamento (CE) N° 773/2004 de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE”. DOUE L 123, de 27.04.2004, pp. 18-24.

COMISIÓN EUROPEA (2004e): “Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis”. DOUE C 244 de 1.10.2004, pp. 2-17.

COMISIÓN EUROPEA (2004f): “Comunicación de la Comisión- Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado”. DOUE C 101 de 27.4.2004, pp. 81-96.

COMISIÓN EUROPEA (2004g): “Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE” (2004/C 101/04). DOUE, de 27.04.2004, pp. 54-64.

COMISIÓN EUROPEA (2004h): “Reglamento (CE) N° 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología”. L 123, de 27.04.2004, pp. 11-17.

COMISIÓN EUROPEA (2004i): “Directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”. C 265, de 05.02.2004, pp. 5-18.

COMISIÓN EUROPEA (2004j): “Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings”, en <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>, consultada el 18.08.2013.

COMISIÓN EUROPEA (2004k): “Terms of Reference of the EU-China Competition Policy Dialogue (2004)”, en: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html#c>, página consultada el 02.10.2013.

COMISIÓN EUROPEA (2005a): “Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, de 29 de noviembre de 2005”. DOUE, C 297, de 29.11.2005, pp. 4-7.

COMISIÓN EUROPEA (2005b): “Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa”. COM (2005) 24 final. Bruselas, 02.02.2005.

COMISIÓN EUROPEA (2005c): “Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo”. DOUE L 149, de 11.06.2005, pp. 22-39.

COMISIÓN EUROPEA (2006a): “Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel”. DOUE C 298, de 8.12.2006, pp. 17-22.

COMISIÓN EUROPEA (2006b): “Directrices sobre las ayudas de estado de finalidad regional para el período 2007-2013”, DOUE C 54, de 04.03.2006, pp. 13-44.

COMISIÓN EUROPEA (2008a): “Vademecun. Legislación comunitaria en materia de ayudas estatales”. Dirección General de Competencia, en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/vademecum_on_rules_09_20_08_es.pdf, consultada el 22.08.2013.

COMISIÓN EUROPEA (2008b): “Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comisión de 6 de agosto de 2008 por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías)”. DOUE, L 214, de 09.08.2008, pp. 3-47.

COMISIÓN EUROPEA (2008c): “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”. DOUE C 270 de 25.10.2008, pp. 8- 16.

COMISIÓN EUROPEA (2009a): “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”. DOUE C 045, de 24.02.2009, pp. 7-20.

COMISIÓN EUROPEA (2009b): “Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas ayudas estatales”. C 136, de 16.06.2009, pp. 3- 12.

COMISIÓN EUROPEA (2009c): “Comunicación de Comisión 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”. DOUE C 10, de 15.1.2009, pp. 2- 10.

COMISIÓN EUROPEA (2009d): “Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario”. DOUE C 72, de 26.3.2009, pp. 1- 22.

COMISIÓN EUROPEA (2009e): “Comunicación de la comisión por la que se modifica el 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”. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/atf_es.pdf.

COMISIÓN EUROPEA (2009f): “Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”. DOUE C/235/04, de 30.09.2009, pp. 7- 25.

COMISIÓN EUROPEA (2009g): “Commission decision on 26.11.2008 relating to a proceeding under article 82 of the EC Treaty and article 54 of the EEA Agreement”. Cases COMP/39.388 and COMP/39.389. C 36 de 13.02.2009, p.8.

COMISIÓN EUROPEA (2009h): “Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales”. DOUE C 195/04 de 19.08.2009, pp. 9- 20.

COMISIÓN EUROPEA (2009i): “Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario”. DOCE C 72 de 28.03.2009, pp. 1-22.

COMISIÓN EUROPEA (2010a): “Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Documento de evaluación de la Estrategia de Lisboa”. SEC (2010) 114 final. Bruselas, 02.02.2010.

COMISIÓN EUROPEA (2010b): “EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. COM (2010) 2020. Bruselas, 3.3.2010

COMISIÓN EUROPEA (2010c): “Reglamento n°330/2010 relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”. DOCE L 102, de 23.04.2010, pp. 1-7.

COMISIÓN EUROPEA (2010d): “Reglamento n° 461/2010 de 27 de mayo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor”. DOUE L 129, de 28.05.2010, pp. 52- 57.

COMISIÓN EUROPEA (2010e): “Comunicación de la Comisión: Una política industrial integrada para la era de la globalización: poner la competitividad y la sostenibilidad en el punto de mira”, COM(2010) 614 final. Bruselas, 28.10.2010.

COMISIÓN EUROPEA (2010f): “Informe sobre la política de competencia 2010”. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010.

COMISIÓN EUROPEA (2010g): “Guidelines on vertical restraints”. DOUE C 130 de 19.05.2010, pp. 1- 46.

COMISIÓN EUROPEA (2010h): “EU Competition Law. Rules applicable to merger control. Situation as at 1 April 2010.” Competition Handbooks. Bruselas, 2010.

COMISIÓN EUROPEA (2011a): “Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de enero de 2012, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera”. DOUE C 356 final. Bruselas, 1.12.2011, pp. 7-10.

COMISIÓN EUROPEA (2011b): “Comunicación de la Comisión: Marco temporal de la Unión aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera”. DOUE C 6, de 11.01.2011, pp. 5- 15.

COMISIÓN EUROPEA (2011c): “Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review”, EU Merger Working Group, en http://ec.europa.eu/competition/ecn/nca_best_practices_merger_review_en.pdf, consultada el 16.08.2013.

COMISIÓN EUROPEA (2011d): “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal”. DOUE C11 de 14.01.2001, pp. 1-72.

COMISIÓN EUROPEA (2012): “Informe sobre la Política de Competencia 2011”. COM (2012) 253 final. Bruselas, 30.5.2012.

COMISIÓN EUROPEA (2013a): “Guía Práctica cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf, consultada el 20.08.2013.

COMISIÓN EUROPEA (2013b): “Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, DOUE C 167 de 13.06.2013, pp. 19-21.

CONSEJO EUROPEO (1962): “Reglamento (CEE) nº 17/62: primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del TCEE”. DOCE 13, de 21.02.1962, pp. 22- 28.

CONSEJO EUROPEO (1965): “Reglamento (CEE) 19/65, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas”, DOCE L 36 de 06.03.1965, pp. 533- 535.

CONSEJO EUROPEO (1989): “Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas”, DOCE L 395, de 30.12.1989, pp. 1-12.

CONSEJO EUROPEO (1998): “Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales”. DOCE L 142, de 14.05.1998, pp. 1- 4.

CONSEJO EUROPEO (1999): “Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE”. DOCE L 83, de 27.03.1999, p.1.

CONSEJO EUROPEO DE LISBOA (2000): “Conclusiones de la Presidencia de 23 y 24 de marzo de 2000”. En http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm, página consultada el 12.08.2013.

CONSEJO EUROPEO (2003): “Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado”. DOCE L 1, de 04.01.2003, pp. 1-25.

CONSEJO EUROPEO (2004): “Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas; Reglamento comunitario de concentraciones”. DOCE L 24, 29.01.2004, pp. 1-22.

CONSEJO EUROPEO (2011): “Consejo Europeo 24 y 25 de marzo de 2011. Conclusiones”. EUCO 10/1/11, REV 1. Bruselas, 20.04.2011.

CONSEJO EUROPEO (2013): “Propuesta de Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea”, COM(2013) 404 final, de 11.06.2013, Estrasburgo.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA UE (1991): “Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia”, en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21995A0427\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21995A0427(01):ES:HTML), página consultada el 29.07.2013.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA UE (1995): “Intercambio de Cartas Interpretativas entre la Comunidad Europea/Comunidad Europea del Carbón y el Acero y el Gobierno de EEUU”, en

<http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/usa02.pdf>, página consultada el 29.07.2013.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA UE (1998): “Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia”, DOCE L 193 de 18.06.1998, pp. 28-31.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA UE (1999): “Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Canadá relativo a la aplicación de sus normas de competencia”, DOCE L 175, de 10.07.1999, pp. 50- 60.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA UE (2003): “Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Japón sobre la cooperación en actividades anticompetitivas”, DOUE L 183, de 22.07.2003, pp. 12- 17.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA UE (2009): “Memorando de entendimiento sobre la cooperación entre la Comisión de Comercio Justo de la República de Corea y la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea”, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:202:0035:01:EN:HTML>, página consultada el 29.07.2013.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA UE (2011): “Buenas Prácticas sobre cooperación en investigaciones sobre fusiones”, en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2011_en.pdf, página consultada el 29.07.2013.

ECOSOC (1952): “Report on the First Sesion of the ECOSOC Comitee on Restrictive Business Practices”. SM/52/12.

ENCICLOPÉDIE on Dictionaire Raisonné des Ciencies (1751: 1967). Tomo I (A-H). Friedrich Frommann (Günter Holzboorg). Nueva edición facsímile de la 1ª Edición.

EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES (2001): “The exchange of information between members on multijurisdictional mergers. Procedures guide”, en http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_information_exchange_procedures_en.pdf, consultada el 10.06.2013.

FEDERAL TRADE COMMISSION y DEPARTMENT OF JUSTICE (2008): “Competition Policy Review Pannel”, en [http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/US_Dept_Justice.pdf/\\$FILE/US_Dept_Justice.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/US_Dept_Justice.pdf/$FILE/US_Dept_Justice.pdf), consultada el 18.08.2013.

GATT (1958): “Restrictive Business Practices, Appointment of Group of Experts, Resolution of the Contracting Parties”, 5 November 1958, BISD 7S/29.

GATT (1960): “Restrictive Business Practices: Arrangements for Consultations Report of Experts”, adopted 2 June 1960, L/1015, BISD 9S/170.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ (2012): “La política europea de competencia y Europa 2020”. Conferencia pronunciada en el Encuentro titulado *La política de competencia en la unión europea. retos y perspectivas ante la crisis económica* en Osuna (Sevilla) los días 13 y 14 de septiembre de 2012.

ICN (2002): “Recommended practices for merger notification procedures”, en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, consultada el 13.08.2013.

ICN (2004): “International Competition Network Operational Framework”. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/2004opframewrk.pdf>, página consultada el 5.3.2013.

ICN (2009): “Anti-cartel enforcement manual. Cartel working group. Subgroup 2: enforcement techniques” en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>, consultado el 13.06.2013.

ICN (2011): “The ICN’s Vision for Its Second Decade”, en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>, página consultada el 11.03.2013.

ICN (2013): “Investigative tools report”. ICN Agency effectiveness project on investigative process.

KROES, N. (2009): “Tackling cartels – a never-ending task”, SPEECH/09/454, Anti-Cartel Enforcement: Criminal and Administrative Policy – Panel session. 08.10.2009. en [http://europa.eu/rapid/press-release SPEECH-09-454 en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-454_en.htm?locale=en), consultada el 23.08.2013.

OCDE (1986): “Recommendation of the Council for Cooperation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies”, de 23.10.1986. C(86)65/FINAL.

OCDE (1995a): “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, en <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, consultada el 12.06.2013.

OCDE (1995b): “Recommendation of the Council concerning cooperation between General member countries on anticompetitive practices affecting international trade”, en <http://www.oecd.org/regreform/sectors/21570317.pdf>, consultada el 27.08.2013.

OCDE (1998): “Recommendation of the Council concerning effective action against hardcore cartels”. C(98)35/FINAL.

OCDE (2001): “Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries”. C(2001)78/FINAL.

OCDE (2002a): “Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws”, DAF/COMP(2002)7.

OCDE (2002b): “Fighting Hard Core Cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes”, OCDE Reports.

OCDE (2003): “Optimal design of a competition agency”, CCNM/GF/COMP(2003)2.

OCDE (2005a): “Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hardcore cartel investigations”, en <http://www.oecd.org/competition/cartels/35590548.pdf>. Consultada el 13.07.2013

OCDE (2005b): “Guiding principles for regulatory quality and performance”, en <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>. Consultada el 12.07.2013

OCDE (2005c): “Recommendation of the Council concerning merger review”. C(2005)34.

OCDE (2007): “Private remedies”, Policy Roundtables. DAF/COMP(2006)34

OCDE (2009): “Guidelines for fighting bid rigging in public procurement”, en <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>, consultada el 16.06.2013

OCDE (2011a): “Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts and Recent Developments”. Policy Roundtables, en <http://www.oecd.org/daf/competition/ProceduralFairnessCompetition%20AuthoritiesCourtsandRecentDevelopments2011.pdf>, consultada el 22.08.2013.

OCDE (2011b): “Competition Issues in the Financial Sector”. Competition Committee, en <http://www.oecd.org/regreform/sectors/47836843.pdf>, consultada el 22.08.2013.

OCDE (2012): “Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement”. C(2012)115, en <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=284&InstrumentPID=299&Lang=en&Book=False>, consultada el 22.08.2013.

OMC (1994): “Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 “(Acuerdo Antidumping)””, en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/antidum2_s.htm, consultada el 20.08.2013.

OMC (1996): “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm, consulted on 10.12.2013.

OMC (1996): “Referent Paper on Telecommunication Services”. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm, consulted on 10.12.2013.

OMC (1996): “Agreement on Subsidies and Countervailing Measures”. Available at: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf, consulted on 10.12.2013.

OMC (1996): “Agreement on Technical Barriers to Trade”. Available at: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf, consulted on 10.12.2013.

OMC: (1996): “General Agreement on Trade in Services”. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsintr_e.htm, consulted on 10.12.2013.

OMC: (1996): “Understanding on Commitments in Financial Services”. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsintr_e.htm, consulted on 10.12.2013.

OMC (1996): “Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994”. Available at: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf, consulted on 10.12.2013.

OMC (1998a): “Informe (1998) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General”. WT/WGTCP/2.

OMC (1998b): “Documento de síntesis sobre la relación de la política comercial y la política de competencia con el desarrollo y el crecimiento económico”. WT/WGTCP/W/80.

OMC (2002a): “Comunicación de la UE y sus Estados Miembros”. WT/WGTCP/W/193

OMC (2002b): “Comunicación de la UE y sus Estados Miembros”. WT/WGTCP/W/212.

OMC (2002c): “Informe (2002) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General”. WT/WGTCP/6.

OMC (2003a): “Informe (2003) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General”. WT/WGTCP/7.

OMC (2003b): “Estudio de las Cuestiones Relativas a un posible Marco Multilateral sobre Política de Competencia”. WT/WGTCP/W/228.

OMC (2012): “Servicios de telecomunicaciones”, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/telecom_s/telecom_s.htm, página consultada el 24.02.2013

OMC (2004): “Programa de Trabajo de Doha. Decisión adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004 (“Paquete de Julio”)”. WT/L/579.

PNUD (1999): “Human Development Report 1999”, *United Nations Development Programme* (UNDP). Oxford.

REY, P. (Coord.) (2005): “An economic approach of article 82”, Report by the EAGCP, en http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf, consultada el 17.08.2013.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ESPAÑA) (1997): “Expediente de concentración económica C 30/97 *Sara Lee/Nugget-Kanfort*”.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (ESPAÑA) (1999): “Expediente R- 362/99, *Bacardi*”, de 30 de septiembre de 1999.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1966): “Sentencia de 13 de julio de 1966. *Grundig y Consten* contra Comisión de la Comunidad Económica Europea”. Asuntos acumulados 56/64 y 58/64.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1972a): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd.* contra Comisión de las Comunidades Europeas”. Asunto 48-69.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1972b): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1972. *A. Ahlström Osakeyhtiö* y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas”.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1972c): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1973 en el asunto 70/72, Comisión c/ Alemania, Rec”.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1974): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974 en el asunto 127/73, *Belgische Radio en Televisie and Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM and NV Fonior*”.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1978a): “Sentencia de Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 en el asunto 27/76, *United Brands Vs.* Comisión de las Comunidades Europeas”.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1978b): “Sentencia de Tribunal de Justicia de 24 de enero de 1978 en el asunto 82/77, *Van Tiggele*”.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1979): Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, *Hoffman Vs Comisión de las Comunidades Europeas*.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1988): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988 en el asunto 213/85 Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de los Países Bajos.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (1991): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991 en el asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderugica Gabrielli SpA*.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (2004): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 en el asunto C-418/01, *MS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (2005): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2005 en el asunto Asunto 53/03 *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)* y otros v. *GlaxoSmithKline pic* y *GlaxoSmithKline AEEV*, anteriormente *Glaxowellcome AEEV*.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (2006): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2006 en el asunto COMP/M.3868-DONG/*Elsam/Energj E2*.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (2008a): “Sentencia del Tribunal de Justicia del 10 de julio de 2008 en el asunto C-413/06P. *Bertelsmann AG* y *Sony Corporation of America* contra *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (2008b): “Sentencia del Tribunal de Justicia del 4 de agosto de 2008 en el asunto COMP/M.4874 – *ITEMA / BARCOVISION*.”

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (2009): “Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009 en los asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P”.

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2002): “Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002 en el caso T-310/01 *Schneider Electric* v Comisión de las Comunidades Europeas.”

UNCTAD (1980): “Conjunto de Principios y Normas Sobre Competencia de las Naciones Unidas”, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Ley y Política de Competencia. UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2.

UNCTAD (1996): “La política de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas”. Boletín N° 20. TD/B/RBP/INF.36.

UNCTAD (2005a): “Directory of Competition Authorities”, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Ley y Política de Competencia. TD/B/COM.2/CLP/49.

UNCTAD (2005b): “Estadísticas de IED: Compilación de datos y cuestiones de política”. TD/B/COM.2/EM.18/2.

UNCTAD (2006): “Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados”, TD/RBP/CONF.6/12/Rev.1.

UNCTAD (2007): “Handbook on Competition Legislation”, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Ley y Política de Competencia. TD/B/COM.2/CLP/55.

UNCTAD (2012): “World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies”. UNCTAD/WIR/2012.

UNITED NATIONS (1948): “United Nations Conference on Trade and Employment. Final Act and related documents. Havana Charter for an International Trade Organization”. Havana, Cuba.

US SUPREME COURT (1911): *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1.

US SUPREME COURT (1920): *United States v. United States Steel Corp.*, 201 US 417.

US SUPREME COURT (1925): *Maple Flooring Manufacturers' Association v. United States*, 268 U.S. 563.

US SUPREME COURT (1939): *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208.

US SUPREME COURT (1940): *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150.

US SUPREME COURT (1945): *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416.

US SUPREME COURT (1947): *International Salt Co. v. United States*, 332 U. S. 392.

US SUPREME COURT (1951): *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593.

US SUPREME COURT (1958): *Northern Pacific Ry. Co. V. United States*, 356 U.S. 1.

US SUPREME COURT (1962): *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294.

US SUPREME COURT (1967): *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365.

US SUPREME COURT (1972): *United States v. Topco Associates Inc.*, 405 U.S. 596.

US SUPREME COURT (1974): *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486.

US SUPREME COURT (1977): *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36.

US SUPREME COURT (2007): *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877.

US DEPARTMENT OF JUSTICE (1982): *Merger Guidelines*.

US DEPARTMENT OF JUSTICE (1992): *Merger Guidelines*.

US DEPARTMENT OF JUSTICE (2011): “Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies”. Antitrust Division.

US DEPARTMENT OF JUSTICE (2012):

RECURSOS ELECTRÓNICOS

AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE (2013): About us, <http://www.antitrustinstitute.org/content/about-us>, página consultada el 13.08.2013.

ALMUNIA, J. (ICN) (2011): “A new decade for the International Competition Network”. 10th Annual Conference of the International Competition Network, The Hague en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-346_en.htm?locale=en, página consultada el 21.06.2013.

BERTRAND, O. e IVALDI, M. (2006): “European Competition Policy in International Markets”, <http://ssrn.com/abstract=951594> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.951594>, página consultada el 15.04.2013.

COMISIÓN EUROPEA:

http://ec.europa.eu/competition/international/overview/index_en.html, página consultada el 22.08.2013.

EUMED (2013): “Enciclopedia y biblioteca virtual de las ciencias sociales, económicas y jurídicas”, en <http://www.eumed.net>, página consultada el 13.04.2013.

FARLEX FINANCIAL DICTIONARY (2012). Farlex, Inc. <http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Celler-Kefauver+Antimerger+Act>. Consultada el 24/06/2012.

MINISTERIO DE JUSTICIA (USA) (2013):

<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>. Consultada el 02.09.2013.

OCDE (2013): “Foro Global de Competencia”, en <http://www.oecd.org/competition/globalforum/programmeanddocuments.htm>. Consultada el 30.07.2013.

PHILLIPON, T. (2008): “Overview of the crisis” *NYU Stern Finance website*, 14 de octubre de 2008. Disponible en Sternfinance.blogspot.com. Consultada el 12.12.2012.

RÖLLER, L-H, Y BUIGUES, P.A. (2005): “The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission”, en http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/officechiefecon_ec.pdf. Consultada el 15.01.2012.

SLOTBOOM, M. (2013): “Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield”, en

<http://kluwercompetitionlawblog.com/2013/04/25/individual-liability-for-cartel-infringements-in-the-eu-an-increasingly-dangerous-minefield/>, consultada el 22.08.2013.