

Los economistas en los casos de defensa de la competencia

Los expedientes relacionados con la defensa de la competencia se analizan desde dos perspectivas distintas, pero complementarias: jurídica y económica. Lógicamente, prevalece la decisión del órgano judicial, aunque los asuntos que se debaten antes las autoridades de defensa de la competencia y los órganos jurisdiccionales (nacionales o europeos) son abordados desde ambas perspectivas.

La presente ponencia, que consta de dos partes, pretende abordar la cuestión subrayando los requisitos exigidos por la autoridad judicial y los instrumentos utilizados por los economistas con el fin de reforzar la argumentación jurídica de las partes interesadas. Desde la perspectiva colegial, se pretende poner de relieve que la labor de acompañamiento de los economistas, trabajando en el marco de las autoridades de defensa de la competencia o cooperando con los juristas, es una de las actividades en las que los economistas pueden desempeñar un papel relevante dada la importancia de los asuntos sometidos a análisis.

PRIMERA PARTE

Respuesta europea al control judicial de la discrecionalidad administrativa: Especial atención al test de racionalidad y al control de plena jurisdicción en el Derecho de la Competencia.

Santiago Soldevila Fragoso. Magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Madrid. Juez del Tribunal General de la Unión Europea. Luxemburgo. (2007/2013).

Resumen: El control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración constituye uno de los objetos centrales del Derecho Administrativo. El control de la Administración requiere la adopción de reglas claras y precisas en orden a delimitar la extensión de su control jurisdiccional. Esta necesidad se hace más patente en el ámbito administrativo-económico, donde la Administración goza de un amplio margen de actuación discrecional. En este contexto, el control, de racionalidad de la actuación administrativa sobre la motivación económica de sus decisiones constituye una técnica de control eficaz, plenamente respetuosa tanto con las competencias de la Administración, como con los derechos fundamentales de los administrados.

I. Planteamiento.

El Derecho de la Competencia se identifica con una serie de reglas destinadas a proteger el proceso competitivo entre empresas privadas con la finalidad de garantizar el beneficio del consumidor.

Tradicionalmente se ha centrado en su dimensión pública, esto es, la protección del orden público económico. El Estado español encomienda esta función a un organismo público dotado de autonomía respecto de la administración central, como es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Su marco normativo está presidido por la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

A esta versión de la defensa de la libre competencia desde el derecho público, se une el Derecho Privado de la Competencia, que está destinado a resarcir a los perjudicados por las prácticas abusivas ya con absoluta contundencia cuya regulación legal dimana de la Directiva 2014/124 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre, transpuesto al ordenamiento interno español por el Real Decreto Ley 9/2017 de 26 de mayo.

De esta manera se dispone de una regulación legal completa que garantiza la libertad empresarial y la protección del consumidor.

Ahora bien, el análisis de las cuestiones propias del Derecho de la Competencias invariablemente parte de una evaluación del poder de mercado de las empresas implicadas y ello no es posible hacerlo sin comprender los conceptos económicos implicados en ello. Lo mismo cabe decir respecto de comportamientos como, cartelizaciones, fijación de precios predatores, denegación de suministros, fusiones y un largo etcétera.

La interrelación entre Derecho y Economía, inicialmente poco relevante o directamente inexistente, ha venido cobrando especial fuerza y en el marco de la Unión Europea, singularmente desde principios del presente siglo XXI, con una serie de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dieron un giro total a esta relación y que se relacionan en el apartado V de este comentario.

La presente exposición examina un aspecto de la relación entre Derecho y Economía, concretamente la extensión del control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la actividad de la CNMC en materia sancionadora y de concentraciones y la función que los economistas pueden desarrollar en este ámbito.

II. Razón de ser de la jurisdicción contencioso-administrativa:

La Revolución Francesa de 1789 nos trajo el Derecho Administrativo y con el mismo, un drástico cambio en las relaciones de los ahora ciudadanos, con el poder constituido.

Bajo la invocación de los principios de legalidad y libertad, solemnemente proclamados en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, se adopta el concepto de acto arbitrario que se plasma en su artículo 11, según el cual: “Todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determine, es arbitrario y tiránico. Aquel contra quien se quisiere ejecutar por la violencia, tiene derecho a repelerlo por la fuerza”.

Ese inicial derecho a “repeler por la fuerza” las agresiones ilegítimas del poder, evoluciona rápidamente hacia un sistema más racional, consistente en el ejercicio de acciones judiciales ante una jurisdicción especializada como es la contencioso-administrativa.

De esta manera, podemos afirmar que el control sobre esta nueva Administración, concebida como una organización servicial dotada de personalidad jurídica que viene a sustituir al antiguo poder del Príncipe, se identifica con la misma esencia del Derecho Administrativo.

No obstante, antes de proceder a nuestro examen sobre el alcance y naturaleza del control judicial y de sus diferentes manifestaciones y grados de intervención, resulta conveniente recordar las reflexiones de Max Weber sobre la concepción de la posición del Juez en el marco de una sociedad organizada.

Así, en el capítulo Economía y Derecho de su obra “Economía y Sociedad”¹, Max Weber dedicó un riguroso y preciso comentario a la diferencia que puede advertirse entre la justicia racional, que sería la propia de nuestro sistema de jurisdicción contencioso-administrativa y la puramente emocional que identifica con el concepto de la “Justicia del Cadí”, que era la dictada por los jueces musulmanes (Cadí), instalados en las mezquitas y que gozaban de gran autoridad en el ejercicio de su función.

La primera se basa en la aplicación de un bloque de legalidad pre establecido y sujeto a procedimientos rigurosos, mientras que la segunda es el fruto de pronunciamientos casuísticos basados en tradiciones sagradas con una mezcla de equidad, dando lugar a un puro subjetivismo en el que priman “lágrimas e insultos” de los litigantes, frente a una inexistente racionalidad en la decisión.

Como acertadamente nos dejó apuntado el sociólogo alemán, no basta con la existencia de un órgano judicial de resolución de conflictos, sino que es necesario que el mismo esté también sujeto a reglas de actuación objetivas, comúnmente aceptadas y completas, pues en caso contrario habríamos sustituido un poder absoluto y arbitrario, el del Príncipe, por otro de la misma naturaleza personificado en el subjetivismo irracional del Cadí, en definitiva, del Juez.

III. La esencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La mayor particularidad de la justicia contencioso-administrativa radica en el hecho incuestionable de que el Juez opera a posteriori, para controlar la legalidad de la actuación de la Administración o incluso su falta de actividad

Su naturaleza es pues, revisora de la actuación administrativa y limita su competencia a verificar que, por parte de la Administración, se ha adoptado una resolución acorde con la legalidad y sin que pueda el Juez, en los supuestos en que la Administración ejerce competencias discrecionales, sustituirla y pronunciarse sobre la oportunidad política o conveniencia de una determinada resolución.

Esta construcción jurídica respeta plenamente el principio de división de poderes, piedra angular de un sistema democrático y ello en una doble vertiente: por una parte los Jueces se limitarán a controlar que las decisiones políticas o discretionales de la Administración sean respetuosas con la legalidad vigente y por otra, esa misma Administración no podrá invocar “razones de Estado”, para apartarse de los procedimientos legalmente establecidos y del contenido normativo del bloque de legalidad aplicable.

En definitiva, tal y como nos recuerda el profesor García de Enterría², esta es la específica problemática de la jurisdicción administrativa y constituye toda su singularidad, sin que, por lo tanto, nos encontremos ante excepciones a los principios ordinarios de actuación de la justicia, sino de su adaptación a la materia sobre la que se aplica.

III. La extensión del control judicial en la Ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA),

¹Max Weber, “Economía y Sociedad” Fondo de Cultura Económica. 2009. Un comentario más detallado al respecto lo encontramos en Sergio López Ayllón “El Juez en la sociología de Max Weber”, publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). www.juridicas.unam.mx

² Eduardo García de Enterría, ob citada pág 571.

1. Sobre la intensidad del control jurisdiccional y el estándar de prueba exigible para tener por acreditada una determinada conducta.

Nos encontramos ante conceptos generalmente empleados por la jurisprudencia y la doctrina, que necesitan ser precisados para evitar disfunciones en la comprensión de esta problemática.

El concepto “intensidad del control” se vincula justamente a los límites hasta donde puede llegar la intervención del Juez administrativo, que ya hemos dicho, se contrae a realizar un control de legalidad sobre la actuación de la Administración, sin invadir las competencias propias de la misma que deben ser respetadas.

Sin embargo, cuando nos referimos al “estándar de prueba exigible”, nos pronunciamos sobre el grado de convicción que la Administración debe producir ante el Juez, para que éste considere acreditados los elementos de hecho que se contienen en la resolución administrativa.

En definitiva, en este último caso nos encontramos ante un supuesto de valoración de la prueba que la Administración está obligada a aportar para justificar su resolución y que debe versar sobre su suficiencia e idoneidad para sostener la legalidad de su actuación.

2. Las dos manifestaciones de la intensidad del control: Los controles limitado y completo.

Hay que prestar atención a la terminología empleada porque puede llevar fácilmente al equívoco. En ambos casos, el Juez realiza un control pleno de la actividad de la administración aunque lo hace de manera distinta. De ahí el equívoco.

El llamado control limitado es el que se proyecta sobre la actividad discrecional de la Administración y es el que va a ser objeto de análisis a continuación en los términos que acaban de exponerse.

Por el contrario, el llamado control completo no se proyecta sobre la actividad discrecional de la Administración. En este caso el juez verifica la concurrencia de los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para dictar su pronunciamiento. Un ejemplo de ello sería la constatación de la celebración de una reunión con un objeto anticompetitivo.

El mal llamado por la doctrina general y la jurisprudencia “control limitado”:

De entrada ya advertimos sobre la desafortunada denominación de este tipo de control que ha provocado importantes niveles de confusión, pues la “limitación” del control no se refiere a su intensidad, sino al obligado respeto constitucional a los márgenes de actuación de la Administración y de sus competencias ejecutivas en el marco de la división de poderes, como ya anticipamos en el apartado II de esta exposición.

Así, en los casos en que el objeto de la actividad jurisdiccional recae sobre decisiones administrativas de carácter discrecional, la calificación de “control limitado” es tributaria de la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración

En este supuesto el Juez ejerce su control sobre todos los elementos de hecho y derecho de la actuación administrativa, con la siguiente particularidad:

En relación con los hechos y el derecho aplicado el control es integral, lo que significa que el Juez es competente para enjuiciar dichos elementos y declarar, si ello fuera necesario, su falta

de acreditación o bien la incorrecta aplicación de la normativa invocada, lo que determinaría la nulidad de la resolución impugnada.

Ahora bien, cuando la Administración, en el caso de la libre competencia la CNMC, tiene un margen de apreciación discrecional para fijar el contenido de su decisión, el Juez deberá limitarse a verificar que la motivación económica de la resolución es coherente y racional, para sobre esa base aplicar el derecho.

En consecuencia, la CNMC está obligada a efectuar un análisis de los distintos parámetros económicos de pertinente consideración y finalmente adoptar la decisión que considere más apropiada.

Es en este momento en el que el análisis económico cobra todo su sentido. Para delimitar el mercado, apreciar la existencia de un abuso de posición dominante, de un cartel, o el veto a una concentración de empresas, la CNMC deberá ofrecer una motivación suficiente respecto de la opción que ha considerado apropiada para adoptar su decisión. Para ello deberá referirse a criterios comúnmente aceptados por la literatura económica y deberá justificar los test económicos elegidos, que deben figurar entre los generalmente aceptados.

De este modo, si bien la CNMC, en principio puede elegir cualquiera de las opciones o teorías económicas que se presentan ante la misma para fundamentar su resolución, esa elección está sujeta a un control judicial que versará sobre su coherencia y racionalidad

En definitiva y en palabras de la capital sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005 asunto C-12/03 P, apartado 39 “Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado”.

En consecuencia, ante una decisión de la CNMC que impone sanciones, singularmente en los supuestos de abuso de posición de dominio o cártel, o impone un veto a una operación de concentración, la empresa afectada, si desea lograr una sentencia judicial favorable que anule dicha resolución, deberá llevar a la convicción del juzgador que el razonamiento económico de la resolución en cuestión es incoherente, en los términos señalados por la jurisprudencia europea antes mencionada.

Si el Juez con ocasión del ejercicio de su control llega a la conclusión de que el razonamiento de la resolución impugnada es coherente y respeta las reglas de motivación exigidas, deberá desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada. En caso contrario, deberá anularla. Sin embargo, en ningún caso puede sustituir los criterios elegidos por la CNMC, ni tampoco puede imponerle una opción en particular entre las distintas que se le presentan, todas ellas lícitas y válidas, y eso aunque el Juez considere que cualquiera de esas distintas opciones son más correcta que la elegida por la Administración.

Por lo tanto, constituye una estrategia equivocada que un perito economista trate de convencer al Juez de que existe una interpretación alternativa a la empleada por la Administración, pues

todo el esfuerzo impugnatorio, que debe coherir argumentación jurídica y económica, debe concentrarse en demostrar errores graves e incoherencias en la fundamentación de la resolución impugnada.

Es en este contexto en el que se invoca, de acuerdo con una jurisprudencia mayoritaria y plenamente consolidada, el denominado “control de racionalidad” de la actividad de la Administración³.

V. El control limitado ante el Tribunal General y su problemática: Hacia un control de racionalidad confirmado por el Tribunal de Justicia.

Dado que el control completo no plantea problemas de especial consideración, esta exposición va a concentrarse en el tratamiento jurisprudencial del control limitado y lo hacemos en los siguientes términos:

1. La temprana sentencia del Tribunal de Justicia dictada el 13 de julio de 1966 en el asunto 56 y 58/64 Costen-Grunding, contiene una expresión que se ha mantenido a lo largo del tiempo y aún ahora se mantiene, que ha dado lugar a muchos equívocos.

Concretamente se indica en la misma, a propósito de la posibilidad de declarar que una conducta anticompetitiva pudiera merecer una exención y en consecuencia permitirse su desarrollo sin reproche sancionador, que, “el ejercicio de las competencias de la Comisión entraña necesariamente apreciaciones complejas en materia económica”, por lo que “el control jurisdiccional de dichas apreciaciones debe respetar este carácter y limitarse al examen de la realidad de los hechos y de las calificaciones jurídicas que la Comisión deduce de ellos”.

2. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia adoptó una posición pasiva ante la Comisión, reconociéndole un amplio margen de discrecionalidad exento de un control jurisdiccional efectivo respecto de la valoración de lo que debía entenderse por “apreciaciones económicas complejas”.

Se consagró con ello “la doctrina del error manifiesto”, que estuvo vigente en el Tribunal de Justicia durante más de 30 años y que reducía el control de la justicia europea sobre la actividad de la Comisión a ese único supuesto.

3. Mediante la sentencia de 31 de marzo de 1998, asunto C-68/94 Kali und Salz, apartados 228 y ss, el Tribunal de Primera Instancia anuló por primera vez una resolución de la Comisión en materia de concentración económica y supuso una llamada de atención por parte de la jurisprudencia.

4. Un importante y ya definitivo cambio en la jurisprudencia se produce a iniciativa del Tribunal de Primera Instancia, con las importantes sentencias de 22 de marzo de 2000, asunto T-125/97

³ Valindas George, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Editorial Bruylant, 2017, ISBN-10 : 2802728725 SBN-13 : 978-2802728726

Coca Cola, de 6 de junio de 2002 asunto T-342/99 Airtours, de 22 de octubre de 2002 asunto T-310/01 Schneider Legrand y la de 25 de octubre de 2002 asunto T-5/02 Tetra Laval.

5. Esta última sentencia fue confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03P, apartado 39, y consolida el definitivo giro jurisprudencial en materia de control jurisdiccional de operaciones de carácter económico, que se concreta en su apartado 39 en los términos antes expuestos..

6. A partir de este momento, se abandona la doctrina del control del error manifiesto de apreciación de la Comisión como margen de control de los Tribunales de la Unión y se impone al Juez, de entrada, la obligación de verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados en la resolución, su fiabilidad y su coherencia. Además, el Juez debe comprobar si tales elementos “constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos”.

7. En definitiva, el Juez debe adoptar una posición activa y comprobar la racionalidad y coherencia de la decisión, lo que implica que si supera ese test debe ser confirmada y anulada en caso contrario.

Resulta muy importante destacar que, en el supuesto de que la parte recurrente aporte un análisis económico alternativo también razonable y válido que pueda justificar la adopción de una solución distinta a la seguida por la Administración, pero no consiga acreditar la existencia de inconsistencias en la resolución administrativa, la resolución deberá ser confirmada y desestimado el recurso.

Ello es así, tal y como ya habíamos anticipado, como consecuencia del ejercicio de una competencia discrecional legalmente atribuida a la Administración.

8. Si bien todas estas sentencias se refieren a operaciones de concentraciones económicas, su doctrina se aplicó de manera expansiva a todos los supuestos de sanciones por infracción del Derecho de la Competencia e incluso con carácter general para el control de todo tipo de resoluciones de la Administración dictadas en el ejercicio de facultades discrecionales.

9. A todo esto hay que añadir, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini Diagnostics, que ha tenido una sustancial influencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, como evidencian las sentencias de 18 de julio de 2013, asunto Schindler Holding, Chalkor y Otis /Comisión C-501/11 o la de 10 de julio de 2014, asunto C-295/12 Telefónica, apartado 53 y siguientes.

10. Esta jurisprudencia destaca la obligación del Juez de garantizar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, a ser enjuiciado por un tribunal imparcial y mediante un juicio justo.

11. Particularmente se indica que, si bien se reconoce a favor de la Comisión un margen para realizar apreciaciones económicas complejas, no por ello el Juez debe abstenerse de controlar la interpretación de los datos económicos realizada por la Comisión.

12. En definitiva, el concepto “apreciaciones complejas” no puede asimilarse a la idea de que la comprensión de la resolución administrativa es de difícil entendimiento, pues lo único que indica dicha expresión es que la Administración al tomar su decisión debe valorar un número significativo de parámetros de distinta naturaleza. Eso es precisamente lo que determina su complejidad, como sinónimo, en realidad, de la heterogeneidad de elementos considerados.

VI. Pronunciamientos judiciales europeos relevantes y recientes. De la teoría a la práctica.

1. Sentencia de 6 de septiembre de 2017, asunto C-413/13 Intel.
2. Sentencia de 23 de diciembre de 2023 asunto C-124/21, International Skating Union
3. Sentencia de 25 de enero de 2024 asunto C-438/22 Em akaunt
4. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, asunto C-48/22 Google LLC Alphabet Inc.
5. Sentencia de 19 de septiembre de 2024 asunto C-264/23 Booking
6. Sentencia de 4 de octubre de 2024 asunto C-581/22 Thyssengroup AG.
7. Sentencia de 24 de octubre de 2024, asunto C-240/22 Comisión v. Alemania

SEGUNDA PARTE

Papel de la teoría económica y de la econometría en el análisis de los asuntos relacionados con la defensa de la competencia⁴

Amadeo Petitbò. Catedrático de Economía Aplicada.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es poner de relieve el papel de la teoría económica y de la econometría en el análisis de los asuntos relacionados con la defensa de la competencia sustanciados ante las autoridades de defensa de la competencia (ADC) y los órganos jurisdiccionales.

Los economistas han contribuido a completar el análisis jurídico aplicado en los asuntos relacionados con la defensa de la competencia contribuyendo a definir los contornos difusos delineados por el análisis estrictamente jurídico. El debate de los economistas con las ADC, todavía insuficiente en España, ha sido positivo para el trabajo de dichas autoridades y el de los economistas que actúan ante ellas. Además, como consecuencia de la interacción entre autoridades y economistas, en un proceso de aprendizaje continuo y retroalimentado, la aplicación de la teoría económica y de la econometría se ha ido perfeccionando. De esta forma, se ha reducido el riesgo de indeterminaciones o errores en los planteamientos y las interpretaciones de los fenómenos sometidos a debate han ganado realismo.

En este marco, presidido por el aprendizaje económico, los órganos jurisdiccionales están sometidos a un cierto desamparo porque los debates entre los economistas, en muchas ocasiones, les resultan, en menor o mayor grado, ajenos pues no disponen de los conocimientos necesarios para interpretar los resultados alcanzados por la aplicación de razonamientos económicos más o menos complejos, junto a unos modelos econométricos cada vez más sofisticados, pero, al mismo tiempo, más precisos para alcanzar conclusiones robustas.

⁴ Un antecedente del análisis económico de esta ponencia puede verse en ARTÉS, J., PETITBÒ, A. (2018:61-78): “Defensa de la competencia e informes económicos”, Anuario de la Competencia, n. 1.

En este punto cabe preguntarse: ¿qué necesitan las ADC y los órganos jurisdiccionales para enjuiciar los debates sobre complejos asuntos relacionados con infracciones a las normas de defensa de la competencia en sede judicial, protagonizados, en particular, por economistas⁵ dotados de buenos conocimientos en el campo de la teoría económica y de la econometría⁶.

En la presente ponencia nos referiremos exclusivamente las violaciones a la libertad de mercado, abusando individual o colectivamente de una posición de dominio o alterando los principios de la libre y leal competencia, a la aplicación de las normas de defensa de la competencia por las ADC y los órganos jurisdiccionales, al trabajo de los economistas y otros profesionales que actúan ante las ADC y los órganos jurisdiccionales aplicando la teoría económica y la econometría y, por último, a las necesidades de dichas autoridades y órganos para interpretar adecuadamente el fondo económico de los asuntos sometidos a su criterio y juicio..

1. LA HISTORIA Y LA PLATAFORMA TEÓRICA

La historia de la humanidad puede interpretarse, también, como la historia del poder y la coacción, ejercidos por el sector público o el sector privado, y la correspondiente resistencia y reacción de los perjudicados ante el ejercicio abusivo del poder. STUART MILL ([1859]1931:100)⁷, en su ensayo sobre la Libertad, señaló que la Historia de Grecia, Roma e Inglaterra revela que la característica más relevante de sus períodos respectivos había sido el combate entre la Libertad y la autoridad.

La competencia es el instrumento de asignación eficiente de los recursos. Cuando la competencia funciona eficientemente todos quienes participan en los intercambios ganan. Cuando la competencia resulta alterada por la acción de los operadores económicas o del poder político, unos ganan y otros pierden. Por esta razón, con el objetivo de maximizar el bienestar de los consumidores, los países se han dotado de instituciones de defensa de la competencia.

El daño causado por los monopolios y las acciones contra la competencia cuenta con una dilatada historia. Aristóteles⁸ puso de relieve los efectos de los monopolios cuando se refirió a Tales de Mileto y a Dionisio de Siracusa. Moro⁹, en el Libro primero de su Utopía, tras hacer referencia a los incrementos de los precios de los víveres y de la lana, describió con precisión los daños causados por las restricciones a la competencia.

En el siglo XIV los acuerdos restrictivos de la competencia ya fueron objeto de análisis en los tribunales. De acuerdo con Mund¹⁰, en el año 1329 los quemadores de cal (lime-burners) de Londres, siguiendo las instrucciones de Hugh Hecham, se pusieron de acuerdo para fijar un precio mínimo a sus productos. Por esta razón fueron condenados por conspiración y el instigador del acuerdo fue encarcelado. En el año 1344, un contable londinense interpuso una demanda ante los tribunales de la ciudad porque alguno de sus competidores lo obligó, bajo juramento, a vender sus bienes por debajo de un cierto precio. Dicho juramento fue declarado

⁵ Aunque en dichos debates también participan profesionales de otras disciplinas.

⁶ Una buena referencia sobre esta cuestión es: NIELS, G., JENKINS, H., KAVANAGH, J. ([2011]2016): *Economics for Competition Lawyers*, Oxford U.P..

⁷ STUART MILL ([1859]1931): *Ensayo sobre la libertad*, Mestas ed..

⁸ ARISTÓTELES ([HACIA 330 a. C.]1994): *Política*, Ed. Gredos.

⁹ MORO, T. ([1518]2006): *Utopía*, Alianza editorial.

¹⁰ MUND, V. A. (1933:11): *Monopoly: A History and Theory*, Princeton U. P..

illegal. En el caso conocido como “Candlemakers of Norwich” (1414), un acuerdo de no competencia también fue declarado ilegal. Estos casos son ejemplos de que la competencia era restringida por la acción humana, pero no eliminada merced a la actuación de la justicia.

Bajo el reinado de Jacobo I se elaboró el Statute of Monopolies (1623) que tuvo el asentimiento real el día 25 de abril de 1624. El Statute prohibía a los soberanos ingleses la concesión de nuevos privilegios monopolistas, pero respetando los derechos adquiridos. Por su parte, la libertad de empresa se instauró en Francia merced a la Ley Le Chapelier (14 de mayo de 1791).

En el caso de España, la preocupación por los daños causados por los monopolios ya estaba recogida en el Libro de las Leyes de Alfonso X. La Ley II, Título II se oponía a la fijación de precios. De acuerdo con la Guía de Alcaldes y Ayuntamientos, aquella Ley se consideraba vigente y el monopolio era considerado un delito que atacaba, “aunque indirectamente” el orden público. El Código Penal (1848) trataba de las maquinaciones para alterar los precios o las condiciones del mercado en relación como los precios “naturales”, resultado del ejercicio de las fuerzas del mercado en un contexto de libre competencia. Con ligeras modificaciones, sigue vigente, pero no se aplica.

JOVELLANOS ([1785]1845:200)¹¹, en la estela de Adam Smith, en su excelente Informe sobre la Ley Agraria, supo articular las dos grandes piezas del pensamiento liberal clásico: la libertad económica como norma, libre de estorbos innecesarios, y la justicia como instrumento de ordenación de la propia libertad económica y del ejercicio de la libertad.

Tras el final de la Guerra civil, la economía norteamericana registró un crecimiento espectacular. La fuerte competencia entre operadores económicos se tradujo en incrementos de la oferta superiores a los de la demanda con las correspondientes reducciones de precios y de beneficios. La reacción de las empresas fueron los acuerdos abusivos y, en el caso de los monopolios, los abusos. Ante esta situación hubo una fuerte reacción social y de los operadores económicos perjudicados. Incluso surgieron partidos antimonopolio. La traducción del descontento social fue la aprobación de la Ley Sherman (1890) considerada como la primera ley dirigida a la defensa de la competencia a pesar de que un año antes, en Canadá, se aprobó una ley similar.

De esta forma, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX se contaba con una plataforma teórica en el campo de la economía junto a otra plataforma jurídica que, conjuntamente, ofrecían un conocimiento económico riguroso y sistemático de la competencia perfecta. En el campo de la economía pueden destacarse, como referencias, las aportaciones de Cournot¹², Edgeworth¹³, Walras¹⁴, Clark¹⁵ y Knight¹⁶.

Con la eficiencia como referencia, Mason¹⁷ diseñó un nuevo esquema interpretativo que partía de la consideración de que los resultados¹⁸ de los operadores económicos en los mercados

¹¹ JOVELLANOS, g. m. DE ([1785]1845): Informe sobre la Ley Agraria, Obras, vol. I.

¹² COURNOT, A. ([1838]1974): *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Calmann-Levy.

¹³ EDGEWORTH, F. Y. ([1881] 2000): *Psicología matemática*, Pirámide.

¹⁴ WALRAS, L. ([1877]1965): *Elements of Pure Economics or The Theory of Social Wealth*, George Allen and Unwin.

¹⁵ CLARK, J. B. ([1899]1956): *The Distribution of Wealth. A Theory of Wages, Interest and Profits*, Kelley & Millman.

¹⁶ KNIGHT, F. H. (1921): *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin Co.

¹⁷ MASON, S. (1939): “Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise”, *American Economic Review*, 29, marzo, 61-74. MASON, S. (1949): “The Current State of the Monopoly Problem in the United States”, *Harvard Law Review*, 62, junio, 1262-1285.

¹⁸ Eficiencia, pleno empleo, equidad, por ejemplo.

relevantes dependían de sus conductas¹⁹ y éstas de la estructura del mercado²⁰. Otro paso relevante se dio en el marco de la Escuela de Chicago, con Aaron Director²¹ y George Stigler²² como referencias, y su empeño en combinar la teoría económica con el correspondiente análisis empírico. Posteriormente, el denominado “paradigma” de la economía industrial se perfeccionó con la consideración de las condiciones básicas del mercado²³ y de los posibles efectos de las políticas públicas²⁴ sobre la estructura del mercado y la conducta de los operadores económicos, así como con la posibilidad de retroalimentación entre la conducta y la estructura del mercado y de ésta con las condiciones básicas del mismo²⁵. Al paradigma siguieron el uso de la teoría de juegos, los desarrollos de la Nueva Economía Industrial, la utilización creciente de la Econometría, así como la economía financiera y la economía del comportamiento.

Delimitado el marco de referencia que dio origen al convencimiento de que la competencia perfecta ofrecía los mejores resultados económicos y sociales, el paradigma de la Economía industrial y la plataforma jurídica original cuyo desarrollo se tradujo en legislaciones sólidas y progresivamente mejoradas cuyo objetivo era la defensa de la competencia libre y leal, se trata de ver la utilidad de la teoría económica en el análisis de la competencia en los mercados y cómo los economistas pueden participar en el debate ante las ADC y los tribunales de justicia.

En este contexto, la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC2007) acude a los principios de la teoría económica que se encuentran en cualquier manual moderno de teoría microeconómica o de economía industrial para justificar la política de defensa de la competencia que, a su vez, incluye en el conjunto de políticas económicas eficientes. En efecto, en su Exposición de Motivos se sostiene que “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes”. Y sigue diciendo: “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”. Como instrumento de política económica, la política de defensa de la competencia se enmarca en las políticas de oferta complementando a otras iniciativas de regulación de forma que se convierte en “un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía”.

Queda claro, pues, que los economistas tienen aptitud para desarrollar una función relevante en el marco del análisis de las conductas contempladas en la LDC2007.

2. LA CNMC Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO

¹⁹ Precios, publicidad, I+D, inversiones, estrategias empresariales, publicidad, por ejemplo.

²⁰ Número de compradores y vendedores, diferenciación del producto, barreras de entrada, diversificación, integración vertical, costes, por ejemplo.

²¹ Aaron Director tuvo una gran influencia como editor de The Journal of Law and Economics: en particular, en el impulso del Análisis Económico del Derecho.

²² STIGLER, G. (1971): “The Theory of Economic Regulation”, Bell Journal, 2.n. 1, primavera, pp. 3-21.

²³ Condiciones de la oferta y la demanda.

²⁴ Impuestos y subvenciones, regulación y controles nacionales e internacionales, normas de defensa de la competencia, información, por ejemplo.

²⁵ Vid. p. e., SCHERER, F. M., ROSS, D. ([1980]1990:2 y ss.): Industrial Market Structure and Economic Performance, Houghton Mifflin Co.

Un análisis de las decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) refleja que sus decisiones se han tomado, fundamentalmente, sobre la base del análisis jurídico, aunque últimamente el análisis económico va cobrando protagonismo. La predilección por la calificación de muchos acuerdos entre empresas como conductas prohibidas per se ha restado importancia al análisis económico y ha dado mayor protagonismo a las apariencias y al análisis jurídico. En cualquier caso, la complejidad de muchos asuntos sometidos al examen de las ADC, y a la autoridad española en particular, aconseja la consideración simultánea y debidamente articulada de los análisis jurídico y económico.

Afortunadamente, los hechos están cambiando. La CNMC está abordando algunos expedientes tomando como referencia la teoría económica y empleando técnicas econométricas. Lo mismo están haciendo las partes interesadas en los expedientes sometidos al escrutinio de la CNMC. Pero todavía puede sostenerse que, pese a los avances, el problema real que se plantea es la poca -en ocasiones, nula- atención que la CNMC dedica a la argumentación que aportan los economistas en el análisis de los expedientes. Esta actitud de la CNMC no contribuye a fomentar el contraste de ideas dirigidas a entender la verdadera naturaleza de las cuestiones examinadas. El problema se agrava cuando son los jueces los que, pese a su excelente formación jurídica, deben examinar los documentos elaborados por los economistas dado su escaso - incluso, en ocasiones, nulo- conocimiento de la teoría económica y sus dificultades para interpretar con el debido conocimiento los resultados de los análisis económéticos aportados.

Las nuevas generaciones de economistas disponen de un buen conocimiento de la teoría económica y del análisis económico necesario para examinar problemas económicos relacionados con el funcionamiento de los mercados. Tales conocimientos son fácilmente aplicables al estudio de los casos examinados por la CNMC. De hecho, debe subrayarse que en la mayoría de los casos, no es necesario el uso de modelos matemáticos o económéticos complejos pues basta con las referencias a la teoría económica contenida en los buenos manuales de Economía Industrial, la utilización de modelos económéticos sencillos y contrastados y la utilización de datos fácilmente asequibles. Con tales instrumentos, de fácil utilización, bastaría para confirmar o refutar las cuestiones planteadas. Y en cuestiones que revisten dificultades, el sentido común aconseja reforzar la cooperación entre los técnicos de las partes interesadas, la CNMC y los magistrados con el fin de alcanzar la interpretación óptima del asunto analizado. Se trata de evitar la maldición invocada por el juez Brandeis, citando al profesor Henderson: “Difícilmente puede evitarse llegar a la conclusión de que un jurista que no haya estudiado economía y sociología es muy probable que se convierta en un enemigo público”²⁶.

Consciente de la relevancia del análisis económico, la CNMC publicó una Guía para la presentación de Informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC²⁷. Lo lógico sería pensar que la propia CNMC seguiría siempre las directrices de su propia Guía, pero no es así. Desde la perspectiva de los análisis económicos, la posición de las partes no está exenta de inseguridad pues en los plazos disponibles es imposible cumplir con todos los requisitos exigidos en la Guía. En estas circunstancias, la CNMC siempre puede alegar que los informes presentados o la información aportada junto a las alegaciones es incompleta o no reúne los requisitos contemplados en la Guía. Ciertamente, no se trata de un combate con igualdad de armas.

²⁶ MASON, A. T. (1931:693): “Mr. Justice Brandeis: a Student of Social and Economic Science”, University of Pennsylvania Law Review, 79, 6, abril.

²⁷ 30 de septiembre de 2018.

3. EL PAPEL DE LOS ECONOMISTAS EN EL CONTEXTO DE LAS DISCUSIONES ANTE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. EL INFORME DE LA OECD

Los economistas desempeñamos un papel progresivamente relevante en las discusiones acerca de los procedimientos sustanciados ante las ADC. A ello ha contribuido, lógicamente, la creciente importancia concedida al análisis económico por la autoridad europea de defensa de la competencia²⁸. En todo caso, la propia Comisión, sobre la base de una interpretación de compleja coherencia, se encarga de relativizar la validez de los análisis económico y econométrico. En efecto, tras afirmar que la evaluación de las presuntas infracciones por efecto “requiere a menudo una evaluación económica compleja por parte de la Comisión, así como el uso de análisis estadísticos o econométricos”²⁹, a continuación sostiene que “Los modelos económicos o el análisis econométrico, al igual que ocurre con otros tipos de pruebas, rara vez, o nunca, resultan concluyentes por sí mismos”³⁰, añadiendo, como referencia de autoridad, que, de acuerdo con el Tribunal General, “corresponde a la Comisión realizar una apreciación global de lo que demuestra el conjunto de factores indicativos utilizados para evaluar la situación competitiva”³¹.

En España, todavía, el debate sobre el fondo económico de los asuntos sustanciados ante la CNMC es insuficiente a pesar del elevado número de economistas que trabajan en la Comisión, la pertinencia del análisis económico para esclarecer el fondo de los asuntos analizados y los riesgos de no proceder a dicho análisis. Tan ineficaz es que las ADC no tomen en consideración el análisis económico como que las partes interesadas prescindan del mismo. En ambos casos, el análisis de los expedientes se resentirá negativamente. En otras palabras, pese a lo dicho por el Tribunal General, los economistas tenemos aptitud para desempeñar un papel relevante en al análisis de los casos analizados ante las ADC.

La relevancia del debate se pone de manifiesto cuando se toman como referencia los efectos de las conductas. Como han señalado Rey et alii³², dos conductas empresariales distintas pueden tener los mismos efectos; en consecuencia, deben tener un trato equivalente. Pero dos conductas empresariales idénticas pueden tener efectos distintos: por lo tanto, deben tener un trato distinto. El mismo razonamiento es utilizado por el profesor Jenny³³: en ciertas circunstancias del mercado, una conducta determinada puede tener un efecto competitivo y, en otras circunstancias del mercado puede tener un efecto anticompetitivo. Dilucidar estas cuestiones es tarea de los economistas y su trabajo contribuye a la correcta aplicación del Derecho de la competencia por las ADC y los órganos jurisdiccionales.

²⁸ Vid. p. e. DG COMPETITION (2011): Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases. Staff Working Paper, SEC(2011) 1216 final, 17 de octubre.

²⁹ Nota 1 del documento.

³⁰ Nota 2 del documento.

³¹ Ibidem.

³² REY, P. et alii (2006:100-101)): “Un enfoque económico del artículo 82”, en MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÒ, A. (2006:99-154): El abuso de posición de dominio, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.

³³ JENNY, F. (2007:27-35): “Le rôle de l’analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de Cassation en matière de Droit de la Concurrence”, Concurrences, 4, diciembre. El profesor Jenny es presidente del OECD Competition Committee desde el año 2004.

Recientemente, el Comité de la Competencia de la OCDE³⁴ ha publicado un estudio para medir la competencia en el mercado que permite poner de relieve el papel de los economistas en el análisis de cuanto acontece en relación con la estructura, conducta y resultados en los mercados relevantes y en el conjunto de los mercados en el marco de los asuntos dilucidados por las ADC y la posterior revisión por los órganos jurisdiccionales. Del estudio cabe destacar las observaciones acerca de la diversidad de explicaciones que subyacen en las interpretaciones posibles de los indicadores utilizados. Dicha diversidad junto al hecho de que de las interpretaciones posibles sólo una explica correctamente la realidad, dan sentido al trabajo de los economistas. La determinación de la interpretación que mejor explica lo sucedido y su justificación con la ayuda de la teoría económica y la econometría constituyen la plataforma sobre la que las ADSC y los magistrados que intervienen en los procedimientos relacionados con la defensa de la competencia pueden edificar su argumentación jurídica minimizando el riesgo de error en la aplicación del derecho y sus conclusiones.

El punto de partida del Informe de la OCDE es claro: la competencia debe interpretarse como un proceso de rivalidad entre empresas y es posible la existencia de un mercado competitivo en un contexto de poder de mercado con beneficios extraordinarios durante un cierto período de tiempo. Estas cuestiones, que aparentemente chocan con la cultura dominante de las ADC, ponen de relieve, por si mismas, que es necesario llevar a cabo análisis pormenorizados complementados con los correspondientes contrafactuals para dilucidar la verdadera naturaleza de las conductas empresariales -en particular, de las empresas con posición de dominio- en los mercados relevantes.

Más concretamente, el Informe de la OCDE remite a la necesidad de interpretar los fenómenos analizados con la ayuda de la teoría económica. Para ello se refiere a dos grandes cuestiones. En primer lugar, a las medidas estructurales: concentración, barreras de entrada (costes hundidos, economías de escala, barreras regulatorias) y a las medidas estructurales dinámicas (tasas de entrada y salida, edad media de las empresas, volatilidad de las cuotas de mercado, concentración y rango. Y, en segundo lugar, a las medidas de resultados (mark-ups, beneficios, resultados intraindustriales y evaluaciones mediante encuestas)

En relación con el nivel de concentración en los mercados relevantes, recuerda el Informe que un aumento de dicho nivel, por sí mismo, no es un indicador del grado de competencia. Por otro lado, un incremento en las cuotas de mercado de una empresa puede ser el resultado de la propia rivalidad en beneficio de las empresas más eficientes. Estas ideas preliminares indican, por sí mismas, la complejidad de las cuestiones sometidas a examen en relación con la competencia en los mercados.

Para reforzar la idoneidad de los economistas en los debates sobre la competencia en los mercados, el Informe pone el acento en las medidas estructurales dinámicas y, en particular, en las tasas de entrada y salida, subrayando que tasas elevadas no son necesariamente indicadores de dinamismo en el mercado y que las fuerzas del mercado pueden operar sin entradas y salidas cuando exista una fuerte rivalidad entre las empresas establecidas en el mercado pertinente. De esta forma, tales tasas se interpretan como métricas similares a las tasas de abandono y de supervivencia.

En el espacio dedicado a las medidas de resultados, en relación con la interpretación usual de los mark-ups como indicadores del poder de mercado, el Informe indica que aumentos del poder de mercado a lo largo del tiempo pueden ser coherentes con escenarios de intensificación de la

³⁴ OECD (2021): Methodologies to measure market competition, OECD Competition Committee Issues Paper, <https://oe.cd/mmmc>.

competencia. Por otra parte, cambios en los márgenes de beneficio pueden ser el resultado de cambios en la tecnología utilizada o en los costes fijos.

La cautela también preside la reflexión sobre los beneficios pues, a pesar de que la interpretación habitual sostiene que la presencia de beneficios extraordinarios puede indicar problemas con la competencia, también existen razones para interpretar que no tienen que ser, necesariamente, indicadores de una competencia débil. En definitiva, el documento advierte que los resultados no ofrecen una visión concluyente acerca de los cambios en la intensidad de la competencia, pese a ser una variable útil para el análisis.

En relación con los resultados empresariales el Informe hace referencia al estadístico H (Modelo de Panzar-Rosse)³⁵ y a la elasticidad del beneficio (Indicador Boone)³⁶.

Al referirse a las encuestas a consumidores y empresas acerca de la eficiencia de los mercados, indica el Informe que tales métodos no están exentos de limitaciones pues, a pesar de las percepciones de los consumidores, éstas no indican necesariamente un funcionamiento eficaz de la competencia. Pese a tal limitación, considera el Informe que las encuestas pueden ser un instrumento complementario.

Advierte también el Informe que no es cierto que las empresas productivas sólo existan en mercados competitivos y que, en relación con la innovación, no pueden alcanzarse conclusiones fiables cerca del funcionamiento de la competencia sobre la base de comparar el gasto en I+D en diferentes sectores.

El Informe destaca tres cuestiones clave: en primer lugar, la necesidad de utilizar un conjunto de indicadores; en segundo lugar, la pertinencia de utilizar datos muy desagregados para definir los mercados relevantes; y, por último, la necesidad de tomar en consideración los aspectos dinámicos de la actividad competitiva.

En relación con el uso de un conjunto de indicadores sostiene el Informe que no existe un indicador único de la competencia que permita detectar de forma inequívoca los cambios en la intensidad de la competencia. En consecuencia, sugiere la idoneidad de utilizar un conjunto de medidas y remite, como ejemplo, a un Informe de la Competition and Markets Authority³⁷.

Al referirse al nivel de agregación de los datos, el Informe hace referencia a la NACE³⁸ y a la SIC³⁹. Menciona niveles de desagregación de hasta 6 dígitos aunque advierte que dentro de cada nivel de agregación pueden figurar varios mercados relevantes destacando que lo más destacado es la homogeneidad y diversificación de las empresas dentro de cada grupo de actividad.

En cuanto a la consideración de los aspectos dinámicos de la actividad competitiva, la OCDE apoya su recomendación en la relevancia del proceso dinámico de rivalidad en los mercados subrayando que “el análisis de las medidas estáticas de la competencia puede dar una imagen engañosa de la actividad de la competencia”. Por ejemplo, un incremento en el nivel de concentración y de las ganancias empresariales puede ser el resultado tanto de una reducción

³⁵ Suma de las elasticidades de los ingresos empresariales totales en relación con los precios de sus factores. Exige que el sector esté en una situación de equilibrio a largo plazo.

³⁶ Relación entre el beneficio y los costes marginales de una empresa.

³⁷ CMA (2020): “The State of Competition in the UK Economy”, Final Report.

³⁸ Clasificación estadística de las actividades económicas de la Comunidad Europea.

³⁹ Clasificación Industrial Standard fijada en los EEUU en el pasado.

de la competencia como de una intensificación de la misma que expulsa del mercado a las empresas menos eficientes.

Por último, en relación con las importaciones, exportaciones y la presencia de empresas multinacionales remite su reflexión al hecho de que, por regla general, los mercados relevantes se definen como nacionales cuando, en algunos casos, pueden ser regionales y, en otros, globales. Así mismo, se refiere a la posibilidad de que la intensificación de la competencia en mercados internacionales coexista con incrementos de la concentración en los mercados nacionales de forma que “la competencia global puede obligar a las empresas improductivas a salir y a las mejores empresas más eficientes a especializarse en sus mejores productos”⁴⁰.

Todas estas cuestiones revelan que, a pesar de que los instrumentos de la teoría económica y de la econometría utilizados no tienen que ser particularmente complejos, el análisis económico de las conductas sometidas a la consideración de las SDC y de los órganos jurisdiccionales exige un trabajo minucioso como preludio de una interpretación correcta de los asuntos analizados. Este trabajo corresponde, fundamentalmente, a los economistas.

4. LOS ECONOMISTAS APLICAMOS LA TEORÍA MICROECONÓMICA

Por regla general, el análisis económico requerido para analizar muchos casos sometidos al escrutinio de las ADC no es particularmente complejo y se basa en la plataforma intelectual que ofrece la teoría microeconómica, cuya expresión simplificada se expresa en la Figura 1 referida a un supuesto acuerdo de colaboración entre empresas.

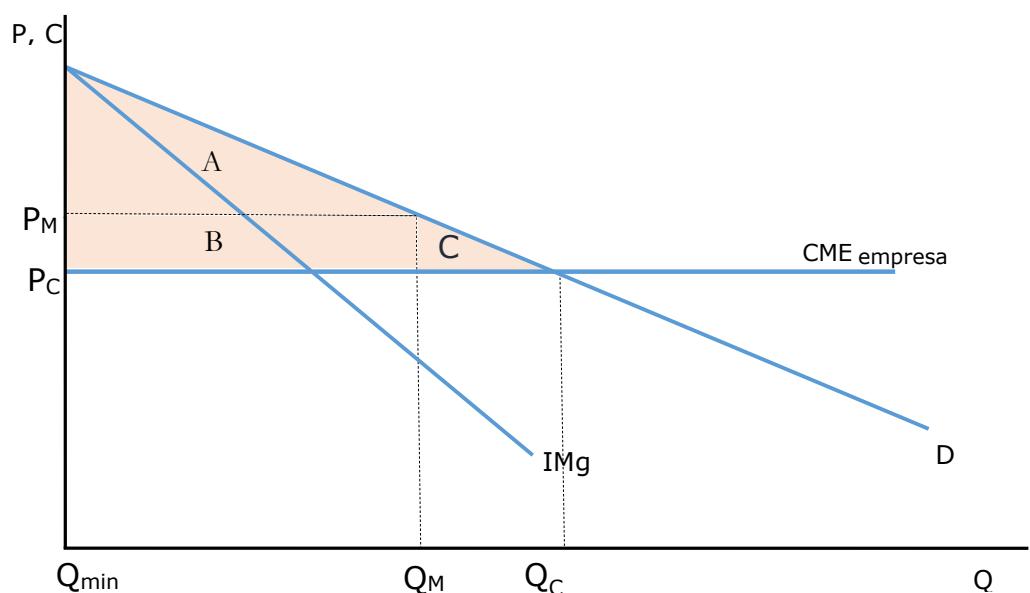


Figura 1. Efectos posibles de la colaboración empresarial. Ausencia de eficiencias (Fuente: ARTÉS, J., PETITBÒ, A.)

⁴⁰ MAYER, T., MELITZ, M. J., OTTAVIANO, G. I. P. (2014): “Market Size, Competition, and the Product Mix of Exporters”, American Economic Review, 104, 2, febrero, 495-536.

Los acuerdos entre empresas pueden tener efectos positivos o negativos. La plataforma teórica de la microeconomía permite analizar la cuestión y, con la ayuda de la econometría, cuantificarla.

Las Figuras 1 y 2 reflejan el marco conceptual básico que permite determinar si una colaboración entre empresas produce efectos netos positivos o negativos sobre el bienestar social, cuestión de referencia de la política de defensa de la competencia.

El eje vertical representa los precios (P) y los Costes (C) y el eje horizontal refleja las cantidades (Q) de un determinado bien o servicio. También se representa la Oferta (O) y la Demanda (D) de dicho bien o servicio. La O es el reflejo del precio mínimo aceptable para el productor para cada unidad de ofrecida del bien o servicio. La O coincide con la curva de Costes medios de la empresa (CME_{empresa}). Dicha coincidencia se explica porque la producción de una unidad del bien o servicio sólo resulta rentable para el empresario, si el precio mínimo que paga el comprador cubre el coste⁴¹ de producir dicha unidad. Dado que la curva de Costes medios (CME) relevante es horizontal, coincide con la curva de Costes Marginales (CMA). Por su parte, la D refleja el precio que están dispuestos a pagar los consumidores por cada unidad del bien o servicio⁴².

Para ilustrar el argumento supondremos, en primer lugar, que un posible acuerdo entre empresas no genera ganancias de eficiencia.

En un mercado competitivo, P y Q de equilibrio son el resultado de la coincidencia entre la O y la D. O, lo que es lo mismo, refleja la coincidencia entre el precio que están dispuestos a pagar los consumidores por el bien o servicio y el precio que resulta aceptable para el oferente⁴³. Cuando O y D coinciden se maximiza el bienestar social representado por el área sombreada de la Figura 1 (área A+B+C). Sin embargo, podría suceder que, como consecuencia del acuerdo, las empresas ejercieran un posible poder de mercado. En este caso, podrían fijar un P superior al correspondiente al P de equilibrio y, en este caso, la Q ofrecida sería inferior. En estas circunstancias se registraría una pérdida neta de bienestar para la sociedad, reflejada en el triángulo C.

Sin embargo, es muy frecuente que los acuerdos entre empresas se justifiquen por las ganancias de eficiencia que conllevan. En este caso, el análisis del acuerdo conduce a resultados distintos a los expresados en la Figura 1, como se refleja en la Figura 2.

En la Figura 1 se ha supuesto que un posible acuerdo horizontal no ha generado ganancias de eficiencia. En la Figura 2 se hace un supuesto más realista: un acuerdo hipotético (una UTE, p. e.) genera ganancias de eficiencia que se traducen en una reducción de los CME. Lógicamente, las curvas de CME correspondientes a ambos casos son distintas, siendo inferiores tras el acuerdo (CME_{UTE}). En este caso, el precio ofrecido sería $P_{\text{c}_{\text{UTE}}}$, inferior al P correspondiente antes del acuerdo. Y la cantidad de equilibrio sería superior. En consecuencia, el impacto sobre el bienestar sería positivo.

Sin embargo, podría suceder que el acuerdo entre empresas, además de generar eficiencias, se

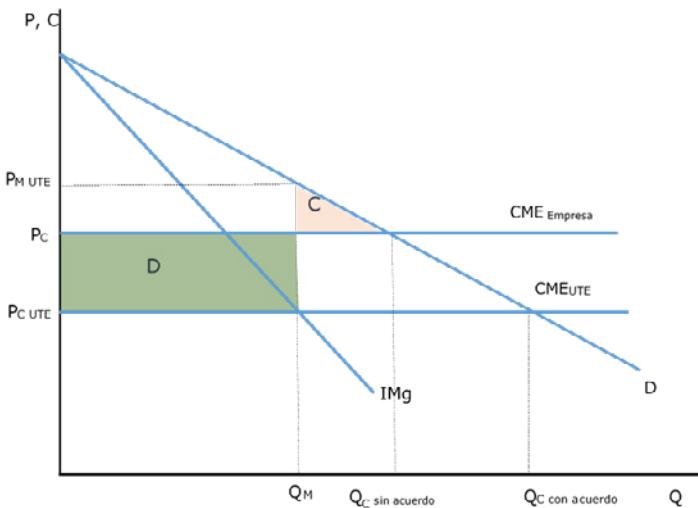
⁴¹ Recuérdese que el coste incluye los beneficios normales. Las violaciones de las normas de defensa de la competencia acostumbran a traducirse en beneficios extraordinarios (por encima de los beneficios asociados a las condiciones de competencia perfecta) durante períodos de tiempo suficientemente extensos.

⁴² Dado que la disposición a pagar por los consumidores disminuye a medida que aumenta el número de unidades del bien o servicio adquirido, la curva de D es decreciente.

⁴³ Recuérdese que el vendedor quiere vender al precio más elevado posible y el comprador desea comprar al precio más bajo posible.

tradujera en un aumento del poder de mercado de las empresas participantes en el mismo al reducirse el número de competidores. En estas circunstancias, en un supuesto extremo, el precio ofrecido por las empresas firmantes del acuerdo podría, incluso, situarse en el nivel P_{MUTE} , correspondiente a un precio de monopolio.

Figura 2. Efectos posibles de la colaboración empresarial. Eficiencias positivas



Fuente: ARTÉS, J., PETITBÒ, A.

El ejemplo de la Figura 2 pone de relieve que los acuerdos horizontales entre empresas pueden tener efectos positivos derivados de la mayor eficiencia fomentada por los acuerdos (rectángulo D), o efectos negativos como consecuencia del hipotético ejercicio del poder de mercado alcanzado tras el acuerdo (triángulo C). La determinación de cuál de los dos efectos tiene mayor impacto puede estimarse comparando las superficies de D y C.

Ejercicios de este tipo forman parte del trabajo de los economistas en los expedientes tramitados ante las ADC. En resumen, las líneas maestras del procedimiento que debe seguir el correspondiente análisis económico se reflejan en la Figura 3.

El procedimiento explicado es sencillo y colleva una elevada capacidad explicativa. Pese a ello no es utilizado por la CNMC salvo en contadas ocasiones. El olvido de la teoría económica por las ADC y la falta de utilización del correspondiente análisis econométrico impide, en muchos casos, conocer con la debida precisión la forma de las conductas y sus efectos, cuestión crucial en el análisis de las presuntas conductas contrarias a la competencia. El empleo sistemático de esquemas de este tipo y la correspondiente discusión entre las partes y con las ADC y, en su caso, con los órganos jurisdiccionales, conllevaría un mejor conocimiento de las conductas examinadas, el perfeccionamiento de las técnicas utilizadas y del análisis empírico correspondiente, reforzando la seguridad jurídica.

El procedimiento expuesto es coherente con lo dicho en la Exposición de motivos de la LDC2007: los asuntos deben ser analizados con objetividad utilizando los instrumentos que aporta la teoría económica y, en su caso la econometría.

Resumidamente, en este marco conceptual, la tarea de los economistas podría consistir argumentar y/o probar lo siguiente:

- a) Definición del mercado relevante y análisis sobre el eventual incremento del poder de mercado tras un eventual acuerdo. Análisis de la conducta de los precios para poner de manifiesto si, tras el acuerdo, estos han sido anticompetitivos dando lugar a beneficios extraordinarios durante un período de tiempo no transitorio. En este contexto deben tomarse en consideración la competencia potencial y las barreras de entrada.
- b) El paso siguiente debe ser el análisis de la justificación económica del acuerdo y las eventuales ganancias de eficiencia⁴⁴ y del nivel de bienestar que pudiera compensar los efectos derivados del posible aumento del poder de mercado resultado del acuerdo. Esto supone contrastar el resultado del acuerdo sobre las ganancias de eficiencia y del nivel de bienestar con los eventuales daños a la competencia derivados del acuerdo (Figura 2).
- c) El tercer paso se refiere al análisis del comportamiento de los precios fijados por las empresas que suscriben el acuerdo. Si el acuerdo es pro-competitivo, los precios fijados tras el acuerdo deberían ser próximos a los precios competitivos. Este hecho sería el reflejo de inexistencia de poder de mercado o la compensación de los efectos de dicho poder por las ganancias de eficiencia. En otros términos, de acuerdo con la Figura 2, en los acuerdos competitivos, los precios deberían alejarse de los precios de monopolio, ser inferiores a los precios previos al acuerdo y acercarse a los precios competitivos. Lógicamente, la presencia de economías de escala y la presión de los competidores presentes y potenciales presionan los precios a la baja.

Lógicamente, todas estas cuestiones deben ir acompañadas del correspondiente análisis empírico. Pero, no menos importante, las ADC deberían determinar, en casi todos los casos, si el valor de los efectos positivos derivados de los acuerdos (rectángulo E de la Figura 2) es mayor o menor que el valor de los efectos negativos resultado del impacto del aumento del poder de mercado sobre los precios (triángulo C de la Figura 2).

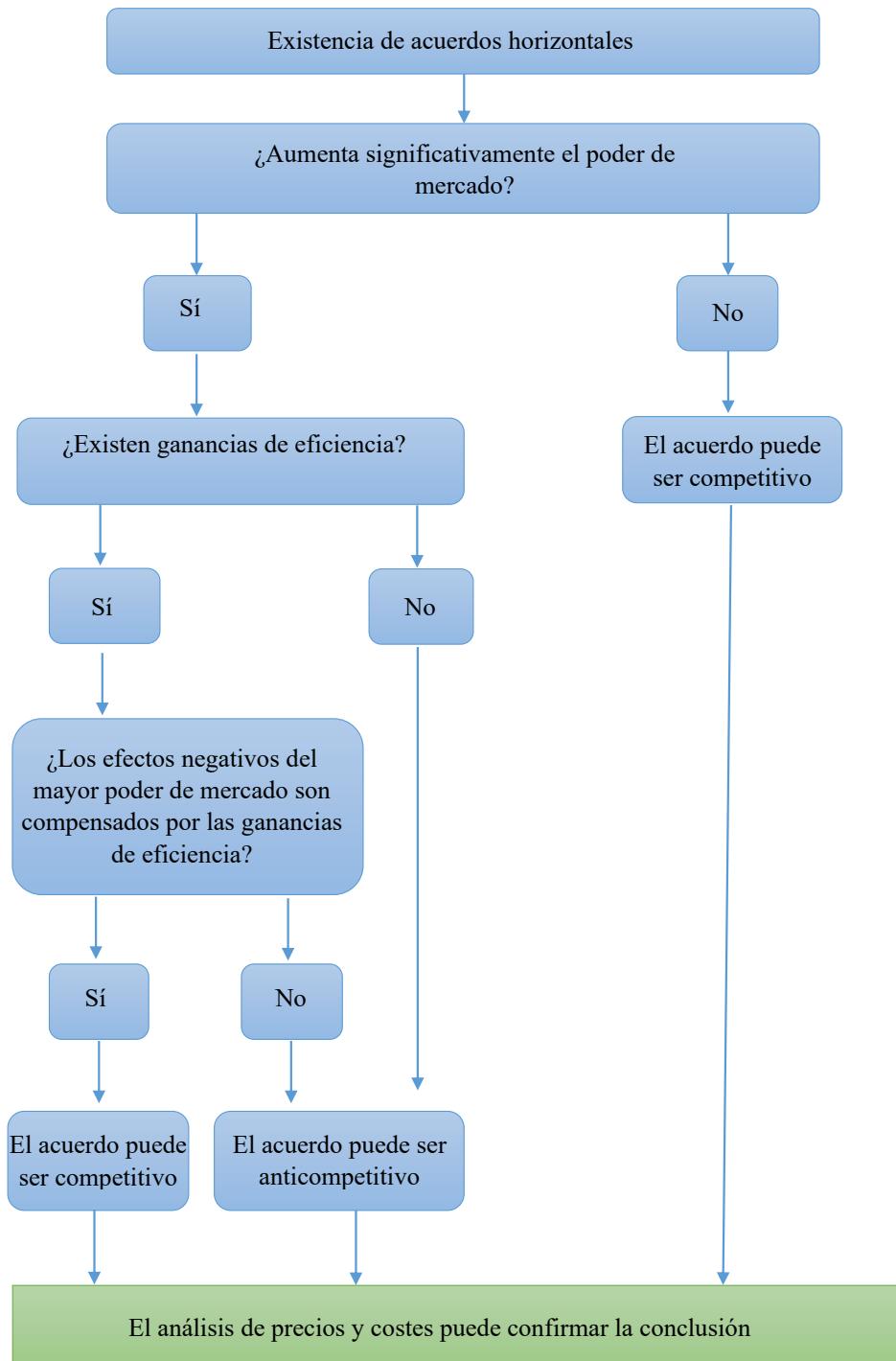
Una muestra de la capacidad explicativa de dicho análisis y de la posibilidad de llevarlo a cabo la ofreció SILOS⁴⁵ en relación con el mercado de los taxis. El estudio llevado a cabo por SILOS en el seno de la CNMC demuestra que el análisis basado en las figuras precedentes puede aplicarse sin excesivas dificultades con el fin de estimar las ganancias de eficiencia o los daños causados en el contexto de los expedientes tramitados ante las ADC⁴⁶. Además, este tipo de análisis permitiría cualificar muchas conductas, insuficientemente analizadas por las ADC, sobre la base del principio de que se trata de conductas prohibidas per se. Con más análisis se ganaría en racionalidad y el procedimiento se alejaría del carácter inquisitorial que exhiben, en bastantes casos, las ADC. Adicionalmente, se reforzaría la seguridad jurídica de las partes interesadas.

⁴⁴ Reducciones de costes, p. e..

⁴⁵ SILOS, M. (2017): Estimación del daño causado por el régimen de monopolio en los servicios de taxi en España. CNMC, Documento de Trabajo en Política de Competencia y Regulación, n. 001, enero.

⁴⁶ Los poderes otorgados a las ADC les permite recabar la información necesaria para llevar a cabo análisis como el sugerido, mejorando la seguridad jurídica de las partes y reduciendo el riesgo de condenar determinadas conductas cuyos efectos sobre el bienestar son inequívocamente positivos.

Figura 3. Procedimiento de análisis



Fuente: ARTÉS, J., PETITBÒ, A.

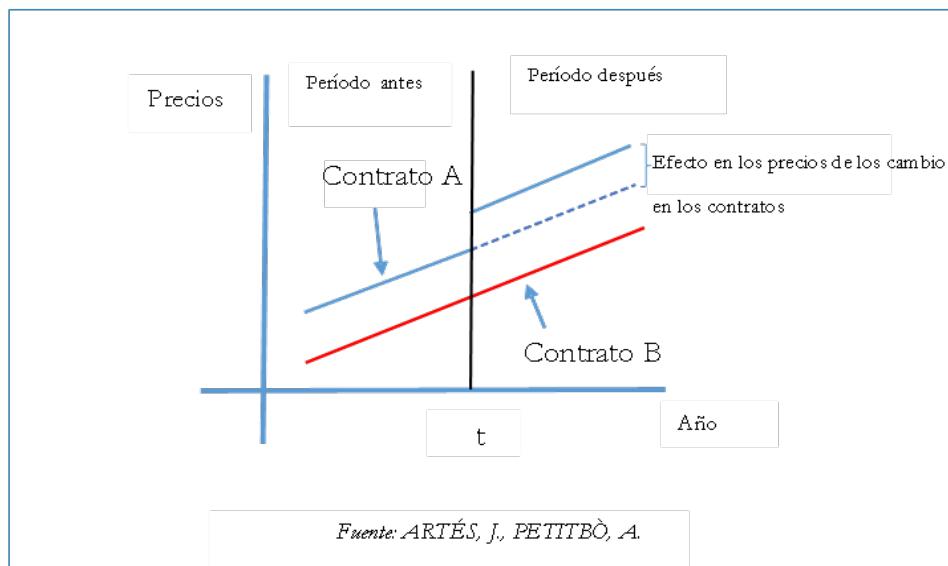
El esquema anterior resume las referencias y el razonamiento seguido ante las ADC para el análisis de los acuerdos entre empresas. Otro de los instrumentos de uso cada vez más frecuente por su fuerte capacidad explicativa es el Análisis de Diferencias en Diferencias (DiD)⁴⁷. Un ejemplo facilitará la comprensión de su uso.

Supóngase un cambio regulatorio que conlleva modificaciones en las relaciones contractuales entre dos grupos de empresas (contratos A y B) que puede tener un impacto sobre los precios que desea conocerse y explicarse en sede de las ADC y, también, en sede judicial. El primer paso será, lógicamente, comparar los precios en el momento anterior al cambio regulatorio con los precios correspondientes al período siguiente a dicho cambio. Dicha comparación es sencilla, pero entraña riesgos pues los cambios en los precios también pueden ser debidos a modificaciones en las condiciones de la D y la O, ajenas a los cambios en las condiciones de los contratos. Para resolver este problema se utiliza un grupo contrafactual que resulte afectado por las condiciones del mercado, pero no por los cambios en las condiciones contractuales.

En síntesis, el método DiD permite estimar el efecto de un “tratamiento” sobre la población que recibe dicho “tratamiento” -paso de un tipo de contrato a otro tipo de contrato distinto- en comparación con un grupo de control que actúa como contrafactual porque no resulta afectado por el “tratamiento”.

Dicho método puede reflejarse gráficamente en la Figura 4, que facilita su comprensión.

Figura 4. Representación gráfica del modelo DiD



⁴⁷ El análisis DiD permite un mejor conocimiento de los problemas analizados, pero también incluye limitaciones que deben ser resueltas. Vid. p. e. RUBINFELD, D. L. (2010): “Econometric Issues in Antitrust Analysis”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 166, 62-77.

En la Figura 4 se representa la evolución de los precios correspondientes al grupo de contratos B que no ha resultado afectado por las modificaciones contractuales. Por esta razón, sirve como grupo de control. Asimismo, se refleja la evolución de los precios correspondientes al grupo de contratos A hasta el momento t de la modificación en las condiciones contractuales. La línea de puntos azul indica la evolución de los precios en el marco del grupo de contratos A en ausencia de cambios en las condiciones contractuales. La línea azul continua representa la evolución de los precios del grupo de contratos A debida a los cambios contractuales impuestos por la modificación del marco regulatorio.

La comparación entre los precios obtenidos bajo las condiciones del grupo de contratos contrato A y el contrafactual estimado (línea de puntos azul) refleja la estimación del efecto causal.

Dado que en la aplicación del análisis DiD la pieza esencial es el control de las diferencias constantes a lo largo del período considerado entre el grupo de control y el grupo “tratado”, así como la toma en consideración de los posibles shocks temporales de demanda u oferta que inciden en las pendientes de las curvas, el modelo DiD se estima mediante la utilización de un modelo de regresión. En dicho modelo, la variable dependiente son los precios y entre las variables independientes se incluyen aquellas que permiten controlar la evolución temporal del mercado, así como las diferencias entre operadores económicos cuya actividad no se ha visto afectada por las modificaciones contractuales. Dicha variable tiene un valor 1 para el contrato A en los períodos posteriores a las modificaciones en las condiciones contractuales y un valor 0 para el resto de las observaciones. El coeficiente asociado a dicha variable captura el efecto sobre los precios del cambio de contrato.

La experiencia de los debates entre las partes y las ADC pone de manifiesto el uso de otros instrumentos de análisis que no son objeto del presente trabajo pues sólo se trata de poner de relieve el papel relevante de los economistas en el esclarecimiento de la naturaleza de las conductas sometidas a escrutinio por las ADC y los órganos jurisdiccionales.

5. LAS ADC Y LA REGULACIÓN DE LOS INFORMES ECONÓMICOS

La regulación de los Informes económicos cuenta con una dilatada historia. La Autoridad, con mayor o menor justificación, siempre quiere imponer condiciones a los administrados. En este apartado se examinan algunos ejemplos de las condiciones impuestas por distintas ADC a la presentación de informes de naturaleza económica realizado por las partes intervenientes en un expediente relacionado con la defensa de la competencia. Los criterios adoptados por las autoridades pueden clasificarse en tres secciones, de acuerdo con el grado de cooperación o su mayor o menor predilección por el uso del poder que la legislación les concede.

5.a) Directrices basadas en la cooperación: La Federal Trade Commission

La Federal Trade Commission⁴⁸ (FTC) publicó un documento breve, conciso y sin fecha en el que se ponía el énfasis en la cooperación entre las partes y la autoridad para facilitar el conocimiento del fondo de las cuestiones sometidas a su escrutinio y alcanzar los mejores resultados de la forma más eficiente⁴⁹. El documento delinea el camino a seguir

⁴⁸ Federal Trade Commission (s. f.): Best Practices. Best Practices for Data, and Economics and Financial Analysis in Antitrust Investigations. <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-economics/best-practices>.

⁴⁹ La FTC Premerger Notification Office también ha publicado un conjunto de Guías relacionadas con el control de concentraciones. Vid. p. e. HART-SCOTT-RODINO. PREMERGER NOTIFICATION PROGRAM (2019):

para llevar a cabo una investigación rigurosa y científicamente robusta en relación con los expedientes relacionados con la competencia en los mercados sometidos a la consideración de la FTC.

El punto de partida era del argumento desarrollado por la FTC era el coste en tiempo y dinero del tratamiento de la información. Este hecho aconseja que la información se presente por las partes con tiempo suficiente y de la forma adecuada. El método de trabajo propuesto es claro: contactos continuos entre la FTC (y sus economistas) y las partes interesadas (y sus asesores) desde los inicios de los procedimientos.

Pretende la FTC que las partes presentes en los expedientes ofrezcan la información cuantitativa de forma que pueda ser utilizada tomando como referencia los criterios empleados en la literatura científica. En consecuencia, el análisis empírico debe orientarse hacia la verificación de las teorías basadas en los efectos anticompetitivos o en las ganancias de eficiencia resultado de las conductas analizadas, tal como se propone en el presente documento.

Durante el proceso, la FTC revisa los análisis empíricos suministrados por los interesados (datos, programas utilizados y resultados alcanzados) y les informa acerca de su valoración y resultados alcanzados. Las referencias a la eficiencia se incluyen en los análisis.

En síntesis: el objetivo del método de trabajo diseñado por la FTC es obtener conclusiones sólidas sobre los casos sometidos a su consideración mediante la debida articulación de los principios de la teoría económica, la econometría y la información cuantitativa disponible mediante un procedimiento dialéctico. En el caso de la FTC el papel de los economistas es fundamental.

5.b) Directrices basadas en la autoridad: La Autorité de la Concurrence

El sistema cooperativo norteamericano no es la referencia principal de las ADC europeas. Al igual que la FTC, la Autorité de la Concurrence (AC) publicó sus Guidelines⁵⁰ en un documento breve y, también, sin fecha, pero, a diferencia de la FTC, sin ninguna referencia a la eficiencia.

Sostiene el documento que su objetivo es “ayudar” a las partes y a sus asesores (economistas, entre ellos) en la presentación de sus documentos. Pero, en realidad, lo que pretende la autoridad francesa es imponer las condiciones a las que deben someterse los Informes presentados ante la AC de manera que facilite su trabajo, pro no necesariamente el trabajo de las partes. Hasta tal punto las sugerencias contenidas en el documento son autoritarias que llegan a afirmar que los informes que se alejen de las recomendaciones contenidas en las directrices corren el riesgo de no ser tomadas en consideración.

En todo caso, la AC subraya la relevancia de los Informes presentados por las partes y, en relación con su contenido, hace referencia a: a) los estudios económicos y empíricos; b) las encuestas; c) la literatura y d) la modelización económica. Todo ello, a su juicio, debe ser presentado de forma clara para que los órganos de decisión e instrucción puedan verificar la validez y la robustez de las conclusiones alcanzadas. Y se exige un “resumen escrito en lenguaje no técnico comprensible por lectores no economistas”, cuestión no exenta de dificultades.

⁵⁰ “Introductory Guide III. Model Request for Additional Information and Documentary Material (Second Request)”, revisado, mayo.

⁵⁰ Autorité de la Concurrence (s. f., pero probablemente, noviembre del año 2013): Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence.

La AC desciende al detalle: el texto, los anexos, los ficheros de datos y los programas deben suministrarse en formato electrónico y en formato pdf. Cuando se trata de estudios econométricos, empíricos o de modelización económica, la AC exige que los datos contribuyan a comprender el caso analizado; algo obvio. Incluso, se pide que los resultados se acompañen de los test estándar, debiéndose argumentar la robustez de los resultados alcanzados. De hecho, se pretende que los funcionarios de la AC puedan replicar fácilmente los resultados ofrecidos por las partes. Cuando se emplee modelización económica es necesario aportar la justificación de las hipótesis, la discusión sobre los resultados alcanzados y la jerarquización de los efectos de las conductas analizadas. Todo ello tomando en consideración el “estado del arte”. Todas estas cuestiones son tomadas en consideración por los expertos que cuentan con la debida preparación y, en particular, los que cuentan con experiencia en las publicaciones científicas.

5.c) Directrices basadas en una combinación de cooperación y autoridad

5. c.1) La Comisión europea

La Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (DGCCE) publicó unas Recomendaciones⁵¹ con el objetivo de contribuir a mejorar la información aportada por las partes (o sus expertos) a los expedientes relacionados con la defensa de la competencia. El documento pretende ser una guía con una clara intención cooperativa, dando importancia al diálogo, pese a sus obligaciones taxativas, un elevado grado de discrecionalidad por parte de la DGCCE y el lógico poder para pedir la información que la autoridad considere necesaria. La cooperación, sin duda, se traduce en ahorros de costes y de tiempo, así como en una mejora en la eficiencia del proceso y una mayor seguridad jurídica. Recientemente, ha publicado una Comunicación relativa a la definición del mercado relevante de la que también resulta evidente la tarea que los economistas pueden llevar a cabo⁵².

La DGCCE entiende que el análisis económico es el marco que permite interpretar la conducta de los mercados y, “en ciertos casos”, permite identificar la dirección y magnitud de los efectos de dichas conductas. Como se ha visto en el apartado 3, esta cuestión es relevante pues en aquellas circunstancias en que el análisis jurídico no es suficiente para determinar con precisión la naturaleza de la conducta analizada, de forma que varias interpretaciones son posibles, la debida articulación del análisis teórico con el análisis empírico acostumbra a iluminar la verdadera naturaleza de las conductas y sus correspondientes efectos en los mercados relevantes afectados por las conductas examinadas. Dicho análisis, impone límites a la tendencia, tan frecuente, de calificar, las conductas como prohibidas por su objeto sin aportar ningún análisis.

⁵¹ DG COMPETITION (2011), citado.

⁵² COMISIÓN EUROPEA (2024): Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, 8.2.2024, C (2023) 6789 final. En el apartado 106 del documento, tras referirse a la relevancia de las cuotas de mercado, el documento sostiene que éstas no son el único indicador pues “También pueden ser pertinentes otros factores, como los obstáculos a la entrada o la expansión, por ejemplo, los derivados de los efectos de escala o red, el acceso a activos e insumos específicos y la diferenciación de los productos y el grado de sustituibilidad...” remitiendo a las Directrices sobre concentraciones horizontales y a las Directrices para la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal. Resulta, pues, evidente, la tarea de los economistas en este tipo de cuestiones.

De acuerdo con el documento, con el fin de precisar la validez del análisis económico aportado a la documentación por las partes interesadas en los procedimientos, resulta necesario evaluar, por una parte, su validez técnica y, por otra, su consistencia.

Las aportaciones de los economistas combinan el planteamiento teórico con la correspondiente contrastación empírica. A juicio de la Comisión, la elección de los criterios de contrastación debe ser motivada poniendo de relieve sus pros y sus contras, incluyendo los posibles problemas de identificación. Además, cuando los informes se apoyen en datos cuantitativos, las partes deberán acortar datos y códigos en un formato adecuado y de acuerdo con las exigencias de la Comisión.

También considera el documento que en los informes econométricos la hipótesis a probar (la “hipótesis nula”) y la hipótesis alternativa deben formularse explícitamente de forma que la primera pueda interpretarse correctamente. Asimismo, deben formularse explícitamente, en la medida de lo posible, los modelos económicos aportados deben ir acompañados del correspondiente análisis empírico con el fin de probar las hipótesis pertinentes sobre la base de los datos disponibles, así como justificar su robustez.

El documento también se refiere a la presentación de los informes y de los resultados subrayando la necesidad de aportar toda la documentación necesaria y los resultados de los análisis empíricos en el formato standard utilizado en los artículos académicos y evaluarlos en relación con la teoría económica pertinente.

En todo caso, advierte la Comisión⁵³ que “los modelos económicos o el análisis econométrico, al igual que ocurre con otro tipo de pruebas, rara vez, o nunca, resultarán concluyentes por sí mismos, pues deben tomarse en consideración otros elementos de prueba”. Sin embargo, nada se dice acerca de la validez de dichos elementos de prueba, cuestión relevante en el análisis de los casos.

Hasta aquí, nada nuevo en la tradición de los estudios de los economistas; en particular de aquellos que cuentan con experiencia en la publicación de sus trabajos en revistas científicas.

En relación con la cooperación entre las partes y la Comisión, se aconseja la consulta a la DGCCE sobre los tipos de análisis empíricos que se consideran útiles para probar los posibles efectos anticompetitivos o impulsores de la eficiencia de las conductas sometidas a análisis. Al mismo tiempo, la DGCCE puede hacer propuestas en relación con el tipo de análisis que considera más útiles con el fin de que los interesados las lleven a cabo. Cuando la DGCCE lo considere oportuno, podrá enviar un “borrador” de solicitud de información cuantitativa con el objetivo de identificar más fácilmente el formato y permitir verificaciones básicas de coherencia. Lógicamente, las partes pueden sugerir modificaciones.

Subraya la DGCCE que la experiencia sugiere la oportunidad de contactos previos a la recopilación o análisis de los datos y que las consultas resultan más eficaces si las partes comparten los resultados preliminares antes de su presentación definitiva.

⁵³ Nota 2.

Y, no menos importante: cuando la Comisión conceda acceso al expediente, podrá responder a las oportunas solicitudes de las partes aportando los datos y códigos que permitan la elaboración de su informe final e, incluso, los datos aportados por terceros, respetando en todo caso la correspondiente confidencialidad.

Consciente de las limitaciones impuestas por los plazos, la DGCCE, cuando lo considere oportuno, podrá discutir previamente con las partes interesadas acerca del formato y alcance de los datos. Incluso, podrá dar a conocer el análisis que pretende llevar a cabo con los datos solicitados con el fin de mejorar la eficiencia del proceso de selección y recogida de datos.

5.c.2) Alemania

Dado el creciente número de informes económicos sometidos a la consideración del Bundeskartellamt (BK), este organismo hizo público un documento⁵⁴ en relación con la forma y el fondo de los informes realizados por expertos económicos empleados en empresas de consultoría⁵⁵. En este caso, el documento, bien estructurado, también es un reflejo de las reglas impuestas por las publicaciones científicas y se refiere a los principios que deben cumplir las opiniones de los expertos y a los procedimientos.

Los principios incluyen cuestiones generales, las referencias a los análisis teóricos/conceptuales y a los análisis empíricos. En relación con el procedimiento y las opiniones de los expertos, el BK considera que el análisis de sus informes exige esfuerzo y el tiempo suficiente. Por esta razón, durante la fase previa a la entrega de los informes por las partes tiene lugar un proceso de intercambio de opiniones entre los expertos y el BK, con tiempo suficiente y sin que ello suponga ningún compromiso por parte del BK.

El caso del BK es otro ejemplo que refleja la combinación entre la cooperación —no excesivamente intensa— y el ejercicio de la autoridad. En efecto, la División de Decisión (DD)⁵⁶ del BK toma decisiones incluso acerca de cuestiones de segundo orden. Dados los plazos fijados, en aras a la eficacia y la transparencia, el BK considera imprescindible que los documentos se presenten con la suficiente antelación⁵⁷ y que cumplan unos requisitos mínimos: datos, programas y explicaciones, cuando sea necesario. Dado que en los informes sometidos al escrutinio del BK pueden surgir problemas de confidencialidad, se considera oportuna la presentación de dos versiones: una versión completa y otra versión que excluya los elementos considerados confidenciales.

Las recomendaciones del BK se extienden a la literatura utilizada y a los modelos elegidos. El BK concede más valor a la literatura aceptada como referencia, particularmente si ha contado con la valoración de evaluadores. En relación con los modelos⁵⁸, el BK solicita que su redacción no sea compleja. Además, los supuestos y los modelos deben ser explicados y justificados cuidadosa y detalladamente. Por su parte, la solidez de los modelos debe ser discutida desde la perspectiva de su robustez y

⁵⁴ Bundeskartellamt (2010): Best practices for expert economic opinions, 20 de octubre. https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-662-43975-3_9

⁵⁵ Lo que no debería excluir las aportaciones de economistas académicos.

⁵⁶ Formada por no economistas y economistas.

⁵⁷ En particular, cuando se aportan análisis econométricos complejos.

⁵⁸ Susceptibles de ser explicados mediante palabras, gráfica o matemáticamente.

de los resultados alcanzados de forma que cuanto más sólidos sean, mayor es la probabilidad de que sean tomados en consideración.

En relación con los principios generales que se aplican a los informes, las respuestas básicas se refieren a la relevancia, la exhaustividad, la transparencia y la consistencia. Los informes de los expertos, en consecuencia, deben referirse a los métodos empleados, las conclusiones alcanzadas y las implicaciones relevantes en relación con el caso estudiado. Para el BK, los informes incompletos o de difícil comprensión pierden relevancia. Por ello, los supuestos deben ser fáciles de interpretar y estos y las conclusiones deben estar exentos de contradicciones.

Para el BK la resolución final que adopte depende del análisis de las opiniones de los expertos y de los resultados del propio análisis de la DD. Por esta razón, el BK solicita un resumen no técnico que incluya los siguientes apartados: objeto, metodología, especificación del modelo, resultados y su robustez.

6. EL CASO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

La CNMC ha publicado un documento -también sin fecha, sin referencias jurídicas ni documentales y sin debate previo⁵⁹- cuyo objetivo es la regulación de la presentación de informes económicos ante la Dirección de Competencia de la CNMC (DCCNMC). Pese a sus imperfecciones, la publicación debe ser bienvenida pues refleja un intento de ordenar la presentación de los informes económicos aportados por las partes, por regla general de calidad, aunque con destacadas excepciones. Sin embargo, aunque el documento presenta similitudes con otros documentos discutidos previamente, la experiencia revela que la cooperación con las partes interesadas es testimonial; incluso nula en algunos casos. Con tal actitud se limita la posibilidad de desarrollar un proceso científico y técnico dirigido a aclarar el fondo de los asuntos sometidos a debate; algo posible dadas las mejoras en las técnicas de análisis y en las disponibilidades de datos.

Ciertamente, se trata de un documento novedoso en el ámbito español ya que la propia DCCNMC sólo excepcionalmente aporta análisis econométricos propios en los expedientes y apenas ha tomado en consideración los aportados por las partes. Incluso, en ocasiones, los ha olvidado incomprensiblemente de la misma forma que sólo excepcionalmente toma en consideración las alegaciones de las partes⁶⁰. De hecho, el análisis económico aportado por la CNMC a los expedientes, salvo excepciones, dista mucho de cumplir los estándares que propone y sus preferencias por calificar las conductas como prohibidas per se son obsesivamente manifiestas. En todo caso, si las partes y, sobre todo, la propia CNMC adopta su nuevo estándar, el nivel del debate teórico y empírico contenido en los expedientes se elevará notablemente dada la calidad de muchos técnicos que aportan sus conocimientos económicos al desarrollo de los argumentos de las partes.

En línea con informes previos, la CNMC entiende que la publicación de las directrices es necesaria para “Establecer unos estándares de referencia” con unos objetivos en el

⁵⁹ Guía para la presentación de informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC, 30 de septiembre de 2018. No figura la fecha de aprobación por el Pleno de la CNMC. <https://www.cnmc.es/...guias/Guia%20presentaci%20informes%20económicos%20e>.

⁶⁰ Parece difícil sostener que, según la CNMC, las partes nunca, o casi nunca, tengan razón.

horizonte, a saber: a) aumentar la previsibilidad del procedimiento para las partes interesadas; b) facilitar la valoración de los informes y comprobar la solidez de los resultados; y c) explicitar la metodología empleada con el fin de que la CNMC pueda reproducir el análisis. Lógicamente, cabe pensar que, como sucede en otro tipo de Guías, presentadas previamente, los principios del análisis científico y las exigencias de las publicaciones científicas están en el horizonte.

Sin embargo, debe destacarse el riesgo que conlleva el hecho de que la CNMC no aplique su propio estándar, inacabado⁶¹, dado que podría suponer una inversión de la carga de la prueba con el correspondiente impacto negativo sobre el derecho de defensa de los interesados. A ello se suma la desigualdad de armas, pues la CNMC exige algo que ella misma no ofrece: “la CNMC no podrá dar el mismo valor a aquellos informes económicos que no cumplan con los requisitos mínimos contenidos aquí, y especialmente a aquellos que no incluyan el código y los datos en forma electrónica de manera que se pueda reproducir y comprobar la solidez de los resultados”⁶².

La falta cooperación continua entre la CNMC y las partes interesadas es un hecho que contrasta con la tendencia seguida en países como Estados Unidos o Alemania. Esta actitud supone olvidar que el contraste de opiniones entre los expertos de las partes y de la CNMC facilita la interpretación rigurosa de los resultados. El recelo hacia el debate científico y riguroso también se pone de relieve cuando la CNMC se refiere a la relevancia de los informes económicos, con frecuencia llevados a cabo por destacados economistas. En efecto, por un lado, sostiene, en línea con lo afirmado por la DGCCE, que “El análisis económico es fundamental en el área de la competencia”; pero, seguidamente subrayar que se trata de “un elemento más”⁶³, restando relevancia a la primera afirmación.

La DCCNMC exige que el análisis económico se fundamente en “una pregunta que se quiere resolver, ya sea de manera teórica o empírica”. De acuerdo con dicha exigencia establece los requisitos mínimos que, siguiendo lo sostenido por la DGCCE, deben cumplir los informes, a saber: a) Relevancia: la cuestión relevante, los métodos utilizados y las conclusiones alcanzadas deben quedar claros; b) Información completa: los informes deben incluir “todo lo necesario” para su evaluación y reproducción; c) Transparencia: los supuestos deben explicarse y justificarse⁶⁴; d) Consistencia: los supuestos y los resultados no deben ser contradictorios⁶⁵.

Se recomienda que los informes incluyan, “siempre”, los siguientes apartados: a) resumen ejecutivo; b) versión no confidencial; y c) referencias utilizadas⁶⁶. En relación con la utilización de modelos económéticos, adicionalmente, en línea con los requisitos

⁶¹ La CNMC sostiene que “el contenido de esta guía no es exhaustivo, por lo que puede ser desarrollado o adaptado cuando el caso lo requiera”.

⁶² Esta cuestión es relevante pues, en ocasiones, la CNMC no ha seguido sus propias exigencias.

⁶³ “Hay que destacar que estos informes no son el único factor que influye en las decisiones, sino un elemento más que la Dirección de Competencia debe valorar dentro del conjunto de los argumentos y pruebas recogidos en el expediente”.

⁶⁴ Sorprendentemente, la CNMC añade que “la sensibilidad de los resultados a un cambio en los supuestos debe estar reflejada explícitamente”.

⁶⁵ También causa sorpresa que el documento añada: “y en el caso de que lo fueran debería explicitarse cuál es el preponderante” y que “Los resultados más robustos tendrán más peso a la hora de valorar los casos”, sin explicitar los criterios utilizados para calibrar la “robustez” de los resultados.

⁶⁶ Cuando se trate de referencias no publicadas, éstas deben remitirse a la CNMC.

académicos, la CNMC recomienda que se expliquen detalladamente los siguientes pasos: a) especificación; b) estimación; y c) contraste o validación. En relación con los datos, la CNMC exige: a) descripción del proceso de recogida; b) presentación de la base de datos inicial; c) descripción de las variables y problemas encontrados; d) explicación del tratamiento realizado; e) descripción de las variables de la base de datos definitiva y su tratamiento. Por fin, cuando se refiere a los resultados, la Guía también exige que todos los pasos “deben quedar explicados”, de acuerdo con la tradición de los artículos académicos. Se habla de los resultados estadísticamente significativos (al 1%, 5% ó 10%), de los test de diagnóstico habituales y de la robustez de los resultados. Acertadamente, se adoptan estándares similares a los exigidos por revistas científicas en el área de Economía que, también, debería seguir la CNMC en la fase de instrucción.

Las exigencias impuestas por la CNMC son las habituales en las publicaciones científicas, pero lo que no es igual es el tiempo disponible dados los plazos procesales de obligado cumplimiento. Esto supone que los autores de los informes, en muchos casos con experiencia en relación con la publicación de sus trabajos en revistas científicas, disponen de un plazo de realización muy inferior al que habitualmente se utiliza para realizar una investigación publicable en las revistas punteras en Economía. Y, en todo caso, muy inferior al que dispone la propia CNMC. Por este motivo, imponer estándares similares puede suponer una merma de la capacidad de defensa de las partes, que pueden aportar evidencia económica enormemente relevante, aunque no se cumplan alguno de los estándares científicos que marca la Guía.

Las consecuencias negativas de la desigualdad de armas para los interesados podrían salvarse a través de un proceso cooperativo en el que los economistas de las defensas y los de la CNMC tuvieran ocasión de determinar conjuntamente los modelos adecuados y la razonabilidad de los supuestos necesarios para la modelización. La conducta de la CNMC discurre por otra senda. Bajo estas condiciones, el documento se erige en un obstáculo a las posibilidades de defensa de las partes que, de este modo quedan colocadas en una situación de inferioridad en relación con la CNMC. Cabe concluir que, tras el pretendido rigor que se impone a los autores de los informes, la lectura del documento de la Guía incluye elementos que conducen a la conclusión de que la CNMC ha fijado unos obstáculos que le facilitan la labor de rechazar, total o parcialmente, los argumentos y conclusiones alcanzados en los informes presentados para su consideración en lugar de allanar el camino a la búsqueda de la mejor evidencia científica posible mediante un procedimiento de intercambio de información entre las partes y la CNMC. En otras palabras, hay razones para sostener que se ha preferido el principio de autoridad al análisis científico de los casos. Lógicamente, esta actitud influye en el trabajo que, en su caso, deben llevar a cabo los Órganos jurisdiccionales.

CONCLUSIÓN

En los últimos años las ADC han ido reconociendo la relevancia del análisis económico en el proceso de argumentación de sus decisiones. Esto supone que, en muchos casos, deben tomarse en consideración los efectos de las conductas y llevar a cabo el correspondiente análisis de las restricciones a la competencia y los efectos positivos sobre la eficiencia de las conductas examinadas. Recientemente, la CNMC, en línea con lo hecho previamente por algunas ADC, ha publicado un documento dirigido a regular la presentación de los Informes económicos que acompañan a los documentos jurídicos en los expedientes sometidos a su consideración. En el

presente trabajo se han analizado las ventajas del análisis económico y una muestra de documentos que han precedido al desarrollado por la CNMC. El documento de la CNMC representa un avance respecto al tratamiento de los informes económicos respecto a épocas anteriores y pone de manifiesto la importancia que los informes económicos están llamados a tener en el futuro próximo de los casos sustanciados ante la CNMC. Sin embargo, la CNMC se ha alejado de los modelos de cooperación y se ha refugiado en un conjunto de estándares más intervencionistas que conllevan el riesgo de crear cierta indefensión a las partes. Incluso puede sostenerse que la propia DCCNMC no ha cumplido los requisitos y exigencias que plantea en su documento metodológico. Y no menos relevante: en una cuestión que conlleva dificultades y riesgos en la elaboración de los datos y en la interpretación de los resultados, la CNMC tiene la capacidad de interpretar hasta qué punto se cumplen en los informes de las defensas los nuevos requisitos exigidos. Esperemos que el uso de las directrices se vaya acercando a los modelos cooperativos y redunde en una mejora del uso de la ciencia económica en la resolución de los casos y no en un aumento de la indefensión.