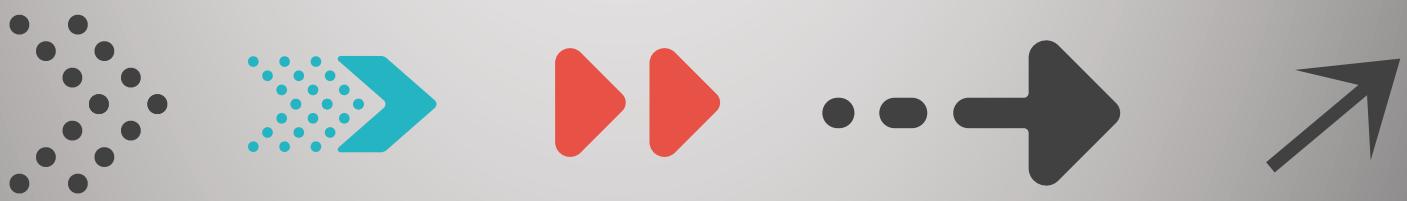
Ministerio de Industria,
Comercio y Turismo
Núm. 905 NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2018

Revista de Economía
ICE
Información Comercial Española

Regulación de mercados y competencia



ICE

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

Secretaría de Estado de Comercio

MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO

Consejo Científico
Fernando Becker, Jaime Requeijo, Pedro Schwartz, Ramón Tamames, Gabriel Tortella, Félix Varela, Juan Velarde.

Consejo de Redacción
Isabel Álvarez González, Elena Aparici Vazquez de Parga, Santiago Asensio Merino, Mikel Buesa Blanco, Juan Ramón Cuadrado Roura, Juan José Durán Herrera, José Luis Feito Higueruela, Galo Gutierrez Monzonís, José Luis Kaiser Moreiras, José María Marín Quemada, Luis Martí Álvarez, Pilar Mas Rodríguez, Vicente José Montes Gan, Pablo Moreno García, Rafael Myro Sánchez, María Peña Mateos, Teresa Riesgo Alcaide.

Directora
Inés Pérez-Durántez Bayona

Jefa de Redacción
Mercedes Barreno Ruiz

Redacción
Rosario Blanca Samá y Elvira Atero Carrasco

Portada
Eduardo Lorenzo

Diseño gráfico
César Bobis y Manuel A. Junco

Redacción
Paseo de la Castellana, 162, 12ª planta. 28046 Madrid
Teléfono: 91 349 39 76
Fax: 91 349 35 80

Distribución y suscripciones
Paseo de la Castellana, 162. 28046 Madrid
Teléfono: 91 603 79 97/93
distribuciónpublicaciones@mineco.es

La *Revista ICE* se encuentra en las siguientes bases bibliográficas: *Journal of Economic Literature* (JEL), *EconLit, ECONIS, ISOC, Dialnet, Latindex y OCLC*.
Sus índices de impacto aparecen en *IN-RECS.*

ICE no se solidariza con las opiniones en los artículos que publica, cuya responsabilidad corresponde a los autores.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. La Editorial, a los efectos previstos en el art. 32.1 párrafo 2 del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquier fragmento de esta obra sea utilizado para la realización de resúmenes de prensa. La suscripción a esta publicación tampoco ampara la realización de estos resúmenes. Dicha actividad requiere una licencia específica. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra, o si quiere utilizarla para elaborar resúmenes de prensa (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Imprime: LAVEL, S.A. Calle Gran Canaria, 12. Humanes de Madrid
ISSN: 0019-977X
ISSN electrónico: 2340-8790
Depósito legal: M. 3.740-1958
NIPO: 057-17-094-0
eNIPO: 057-17-095-6
Catálogo general de publicaciones oficiales
http//publicacionesoficiales.boe.es
Copyright: Información Comercial Española, 2010

ICE

MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO **INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA** *Secretaría de Estado de Comercio*

REGULACIÓN DE MERCADOS Y COMPETENCIA

SUMARIO

Presentación 3
Fernando Becker Zuazua

European Union competition policy 7
Margrethe Vestager

¿Regular para qué? 11
Fernando Becker Zuazua

La libre competencia en una economía abierta y dinámica 23
Pedro Schwartz Girón

La economía, el Estado y el derecho 35
Francisco Cabrillo Rodríguez

Retos de los sistemas de defensa de la competencia en las economías avanzadas 47
Juan Delgado Urdanibia

La CNMC: cinco años favoreciendo el correcto funcionamiento de los mercados y la competitividad de la economía española 59
José María Marín Quemada

Transformación digital y competencia en el sector financiero 73
Santiago Fernández de Lis y Pablo Urbiola Ortún

La tarea de regular el sector eléctrico 83
Óscar Arnedillo Blanco

Los beneficios sociales de la competencia y su defensa 109
Carlos Pascual Pons

Propuestas de reforma de la ley de competencia 121
Beatriz de Guindos Talavera

TRIBUNA DE ECONOMÍA

Análisis de solvencia en empresas no financieras: modelo estático versus modelo dinámico 137
Julián González Pascual
y Ana Katarina Pessoa de Oliveira

LOS LIBROS 153
Nota crítica y Reseña

CONTENTS 161
Contents, abstracts

Coordinador: Fernando Becker Zuazua

PRESENTACIÓN

Fernando Becker Zuazua *

La búsqueda de mecanismos que permitan la mejor asignación de los recursos disponibles en una economía se viene sucediendo desde los albores de la cultura humana. Esta es una cuestión que no acaba de resolverse por completo y ha dado lugar, y probablemente lo seguirá dando, a un profundo y provechoso debate en el análisis económico. Los cambios en los procesos de formación de la oferta y la demanda, unidos al continuo progreso tecnológico, han exigido la revisión, cuando no la reformulación, de postulados económicos que se creían inamovibles con el paso del tiempo. Fenómenos como la globalización y el cambio tecnológico están propiciando un nuevo escenario que requiere nuevas reglas de juego. El primer problema que se plantea, y de no fácil solución, es determinar los nuevos límites del mercado en un espacio como la Red, en el que las variables tiempo e información juegan un papel determinante modificando los tráficos mercantiles y financieros de manera radical, lo que complica enormemente los procesos de conformación de precios.

Las nuevas formas de relación entre los diferentes agentes que actúan en los mercados amplían las posibilidades de ejercer poder de mercado, escapando a las tradicionales políticas de regulación y competencia que garantizaban un determinado «orden de competencia». Aspectos tales como la posibilidad de acumulación masiva de los megadatos, la apropiación indebida de los nuevos derechos de propiedad o la utilización de precios personalizados, entre otros, acumulan un largo catálogo de imperfecciones que potencian los posibles «fallos de mercado». El reto, por tanto, para el análisis económico es grande. Las herramientas utilizadas hasta el presente, tales como los modelos econométricos o los procesos estadísticos se enfrentan a problemas nuevos que hacen dudar de la eficacia demostrada hasta ahora. La irrupción de las nuevas tecnologías en una economía digitalizada dispara las dudas sobre la calidad regulatoria de las normas e instituciones que intervienen en los procesos de mercado. La tradicional salvaguarda de muchos competidores y la eliminación de barreras de entrada no parece que esté siendo operativamente muy eficaz.

Es por todo lo anterior que *Información Comercial Española* se hace eco de estas preocupaciones, y presenta este monográfico como una aproximación al mejor conocimiento y debate de los retos planteados, ante lo que se supone una transformación radical del funcionamiento de la economía bajo nuevas y definitivas premisas. La revista se estructura en cuatro apartados: el primero, con aportaciones de carácter general

* Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad Rey Juan Carlos.

y teórico; el segundo aborda los retos a los que se enfrentan los reguladores, a la vez que se ofrece desde una perspectiva institucional un balance del primer lustro de funcionamiento de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC); el tercero afronta la casuística ofrecida por dos sectores de especial importancia como son el de los servicios financieros y la energía eléctrica. Y cierra el número un cuarto apartado, con un análisis del valor social de la competencia y un avance sobre las posibles líneas de mejora de la vigente Ley de Competencia.

Margrethe Vestager, comisaria europea de competencia, abre el monográfico reafirmando el compromiso de la Comisión Europea con el mercado único digital y el bienestar de los consumidores. Ello pasa por la prohibición de los acuerdos anticompetitivos y los abusos en las posiciones de dominio de mercado. Sus actuaciones en los mercados de clima y energía, tecnologías de la información, automoción y ayudas de Estado a las infraestructuras, entre otras, así lo atestiguan. La política de competencia instrumentada por la Comisión tiene como prioridades: el empleo, el crecimiento económico, la productividad, y la reducción de la desigualdad.

Fernando Becker Zuazua, una vez constatadas las nuevas condiciones impuestas por la globalización y la tecnología, reclama una revisión de los problemas derivados de los fallos de mercado desde la óptica de la competencia dinámica, poniendo de manifiesto la necesidad de revisar las políticas de competencia, ya que los indicadores de calidad institucional para el caso de España presentan importantes oportunidades de mejora.

Pedro Schwartz Girón enfatiza en su análisis que, dada la existencia de un orden espontáneo en las economías de signo capitalista, no parece necesaria la intervención continuada de los poderes públicos para evitar las situaciones de poder de mercado. En su argumentación exhibe ejemplos concretos que avalan sus afirmaciones.

Francisco Cabrillo Rodríguez se adentra en el «análisis económico del derecho» para afirmar que el marco jurídico resulta determinante para conseguir el crecimiento de la economía. Dando por supuesto la existencia de «fallos de mercado», cuestiona aquellas intervenciones públicas que se concretan mediante restricciones severas, ya se dirijan hacia determinados sectores, la creación de monopolios públicos o la simple aplicación de impuestos. La justificación argumental se basa en que los posibles beneficios marginales de tales medidas tienden a ser decrecientes mientras que los costes marginales de la regulación son crecientes.

Juan Delgado Urdanibia, desde el ámbito institucional, repasa las funciones, objetivos e instrumentos de los sistemas de defensa de competencia (SDC) para concluir que, para hacer frente a los nuevos retos en el buen funcionamiento de los sistemas de competencia existentes, no se necesitan cambios radicales en los marcos conceptuales actuales. Este proceso pasa por una serie de mejoras, entre las que destacan: una aplicación estricta del estándar de bienestar del consumidor, un aumento en el rigor del análisis de los mercados digitales y, ante el fenómeno de la globalización, evitar las restricciones extraterritoriales unilaterales, por lo que parece abogar por la necesaria coordinación de los actuales SDC.

José María Marín Quemada, presidente de la CNMC, hace una reflexión sobre el primer lustro de funcionamiento de esta institución. En ella subraya que, según las mejores prácticas internacionales, se han conseguido importantes ahorros para los consumidores, sin olvidar que en su razón de ser también está la protección de emprendedores y empresarios, a la vez que ejerce una importante labor pedagógica. Sus actuaciones han estado marcadas por el rigor, la prudencia y el ejercicio de su capacidad sancionadora ante conductas prohibidas de los cárteles. Además, se ha ocupado de la promoción de la competencia a través de informes, análisis y divulgación de la normativa existente. Termina el balance con una enumeración de posibles mejoras a consensuar, entre las que cabe mencionar la introducción del llamado «procedimiento de transacción» (*settlements*) ante los casos de conductas anticompetitivas, o la necesaria mayor coordinación entre las Salas de Competencia y Regulación; y por supuesto, asegurar la necesaria independencia dotándola de los suficientes recursos.

Santiago Fernández de Lis y **Pablo Urbiola Ortún**, desde una perspectiva sectorial, se ocupan de explorar los efectos de la economía digital en los servicios financieros. La irrupción de nuevos jugadores, tales como las grandes tecnológicas y las *fintech* o emergentes, modifica el mercado competitivo tanto por el tamaño como también por la propia naturaleza de una economía digitalizada. Llaman la atención sobre la excesiva concentración, los riesgos que se asumen en la separación de producción y distribución al eliminar determinados incentivos, la desprotección del consumidor, e incluso al introducirse situaciones de «riesgo moral» en la concesión de los créditos. Concluyen que, para garantizar la igualdad de condiciones, se hace necesario que la portabilidad y el acceso a los datos se realice en condiciones de reciprocidad, lo que evitará las concentraciones en pocos jugadores de gran tamaño y con poder de mercado. Los autores ponen de relieve las dificultades de las políticas nacionales de competencia cuando las operaciones superan las fronteras y circulan libremente por la Red. Por su parte, la Unión Europea, como mercado regional con capacidades de regulación transfronterizas, podría ser un modelo de referencia que inspire la creación de un organismo internacional auspiciado en el seno del G20.

Óscar Arnedillo Blanco se encarga de analizar la problemática de regular el sector energético. Considera que el objetivo del regulador es la eficiencia y dejar los problemas de distribución de la renta a la política fiscal. La cuestión es permitir que los precios cumplan su función de llevar al óptimo en el uso de los recursos. Asimismo, para lograr la descarbonización de la economía se hace imprescindible fomentar la electricidad como fuente de energía final. En el mercado mayorista se deben eliminar las distorsiones que afectan a los precios y a las decisiones de los agentes. La retribución de las redes debe garantizar la recuperación de los costes para poder prestar un servicio de calidad. En lo que se refiere al tramo minorista, los peajes deben reflejar los costes marginales del suministro, proporcionar información a los consumidores y reducir el alcance de las tarifas reguladas.

Carlos Pascual Pons entra de lleno en las consecuencias de la política de competencia para la sociedad, es decir, en «el valor social de la competencia». La cuestión

esencial radica en cómo contribuir a un crecimiento económico más justo y equitativo y, para ello, el autor se adentra en un análisis de los mecanismos que impactan positivamente sobre la sociedad. Contribuir a la mejora de la productividad, rechazar todas aquellas posibilidades de reserva de mercado, evitar la laxitud de las políticas de competencia o la extracción del bienestar de los consumidores en los nuevos mercados digitales son algunas de las claves que se analizan. Las prácticas anticompetitivas, provengan tanto del sector público como del privado, deben ser abordadas mediante el control de las denominadas «ayudas de Estado». Asimismo, la puesta en marcha de sistemas de compensación a los perjudicados por las infracciones contribuye a generar un efecto preventivo o disuasorio de tales actuaciones, lo que refuerza la defensa de la competencia. El autor concluye que, en las actuales circunstancias, de intenso cambio tecnológico y desequilibrios económicos y sociales, la política económica debe contemplar un crecimiento más inclusivo.

Por su parte, **Beatriz de Guindos Talavera**, directora de competencia de la CNMC, una vez transcurrida una década de vigencia de la actual Ley de Competencia, hace una valoración de la misma, a la que califica de muy eficaz a la hora de promover el funcionamiento competitivo de los mercados. De las conclusiones de su trabajo se desprenden una serie de líneas de mejora que pueden resultar de gran utilidad ante una posible reforma. Se refiere a aspectos todavía no previstos en nuestra jurisdicción actual como son los procedimientos de transacción (*settlements*) que ya se vienen empleando en otras economías de nuestro entorno desde hace tiempo. La promoción de la competencia y la prevención de las actuaciones anticompetitivas son cualidades que deben formar parte del ADN de los reguladores y supervisores en las actuales circunstancias. La reforma con ocasión de la transposición de la Directiva ECN+ podría constituir una ventana de oportunidad para introducir las mejoras que apunta la Directora de Competencia.

Margrethe Vestager*

EUROPEAN UNION COMPETITION POLICY

The fundamental provisions of EU competition policy have remained virtually intact for sixty years, attesting to their flexibility and continued relevance. Their enforcement in particular focused on protecting the internal market and —in the case of antitrust and mergers— consumer welfare. They have also served the EU's wider policy goals; for example, they directly support several of the current Commission's top priorities such as jobs, growth and investment and the single market (including the digital single market and the energy union). Increasingly, research demonstrates the macroeconomic benefits of competition policy, such as productivity, growth, employment and inequality reduction.

Keywords: *competition policy, macroeconomic benefits, growth and employment.*
JEL classification: *K21, L40, L41, R11.*

The original Treaty provisions on competition policy which prohibit certain anticompetitive agreements and abuses of dominant positions as well as the provisions on State aid entered into effect 60 years ago have remained remarkably unchanged over time, attesting to their inherent ability to be applied in very different circumstances. The third pillar of competition policy —merger control— was established in 1989 in the run-up to the creation of the internal market in 1992.

Two clearly identifiable threads run through the entire history of EU competition policy. First, its contribution to the internal market. Second, its emphasis on consumer welfare, especially over the past two decades in both antitrust and merger policy and enforcement, for example by attaching greater weight to market power and harm to competition and consumers. That shift in focus allowed the Commission to target its limited resources on particularly harmful conduct, such as cartels or on unilateral conduct excluding equally efficient rivals without justification.

Sixty years ago, the EU's State aid regime —a historically unique experiment— was born and had to be developed gradually from scratch; today it has become an essential pillar of the internal market, ensuring that companies are able to compete on equal terms independently of where they are located, and providing safeguards against Member States engaging in mutual subsidy races at the expense of each other and of the general European interest.

Throughout its history, competition policy has also supported the wider interests of the European Communities and, later, the European Union. That is still true today. On 15 July 2014 President Juncker

* Commissioner for Competition, European Commission.

issued his Political Guidelines[1], laying down ten priority areas where the EU should deliver concrete results. To that end, the President also issued mission letters to each member of the Commission. I received my letter on 1 November 2014. It is evident from the mission letter that competition policy should be leveraged to the maximum extent in support of the Political Guidelines, in particular jobs, growth and investment but also the internal market.

As envisaged in the mission letter and the President's Political Guidelines[2], our action in the State aid field has focused on unjustified tax advantages, especially those resulting from tax rulings. We have adopted several decisions ordering the recovery of illegal fiscal aids. The decision on 30 August 2016 concerning Ireland's aid to Apple attracted particular attention. In that case, the Commission found that Ireland had granted undue tax benefits of up to €13 billion to Apple, allowing Apple to pay substantially less tax than other businesses.

The President's Political Guidelines also call for an internal market with "a strengthened industrial base". That requires efficient supply chains along which EU manufacturing firms can source competitively priced inputs. Cartel overcharges, which are often in the region of 10-20 per cent, harm EU manufacturers, especially in sectors characterised by fierce global competition, such as the automotive industry. In January 2016 the Commission imposed a fine of €137,789,000 on three car part producers whose collusion raised the price of components for manufacturers selling cars in Europe, and ultimately consumers. Later the same year —on 19 July— the Commission imposed a record fine on several major European truck makers for a cartel lasting 14 years, that raised prices and passed on to customers the costs of compliance with stricter emissions rules.

EU industry also benefits when businesses can raise money on competitive financial markets. On 29 March 2017 the Commission prohibited the proposed merger between Deutsche Börse AG and London Stock Exchange Group. The Commission's investigation concluded that combining the activities of the two largest European stock exchange operators — Deutsche Börse AG and London Stock Exchange Group— would have created a de facto monopoly in the markets for clearing fixed income instruments. State aid policy has also defended the internal market in ensuring that the large amounts of aid needed in recent years to protect financial stability by clearing balance sheets of non-performing loans did not do serious harm to competition. As the rules of the Banking Union start to produce their effects, there should be much less need for State aid in the future.

The mission letter also asks me to contribute to the Digital Single Market[3] and "further develop market monitoring" in support of the Commission's overall priorities. To that end, the Commission launched a competition sector inquiry into e-commerce to identify if and to what extent private barriers to a connected Digital Single Market existed. The final report confirmed the existence of certain practices by companies in e-commerce that could limit consumer choice and prevent lower online prices. Innovation and fair competition should drive the Digital Single Market. On 27 June 2017 Commission fined Google €2.42 billion for abusing its dominance by giving illegal advantages to its own comparison shopping service, denying other companies the chance to compete on the merits and to innovate and —by extension— denying European consumers a genuine choice of services.

EU competition policy has also been deployed to further the EU's climate and energy objectives, focusing in particular on the electricity and gas sectors

[1] A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change.

[2] Priority No 4 of the Political Guidelines ("A Deeper and Fairer Internal Market with a Strengthened Industrial Base").

[3] Priority No 2 of the Political Guidelines ("A Connected Digital Single Market").

which are critical to the creation of the Energy Union[4]. On 24 May 2018 the Commission imposed binding obligations on Gazprom, putting an end to its overall strategy of partitioning gas markets along national borders in eight Member States[5], which may have enabled it to charge higher gas prices in five of those Member States. Under the decision, Gazprom must, among other things, remove any restrictions placed on customers to re-sell gas cross-border, and the relevant Gazprom customers are also given an effective tool to make sure their gas price reflects the price level in competitive Western European gas markets.

The Political Guidelines call for concrete measures to improve the investment environment to stimulate private investment[6]. In May 2016 the Commission adopted the Notion of Aid Notice to clarify what type of investment and other public support measures fall outside the scope of EU State aid control, for example because they do not distort the level playing field in the Single Market or risk crowding out private investment. The Notice confirms that public investments in roads, inland waterways, rail, and water distribution networks can typically be carried out without prior scrutiny by the Commission. Concretely, the Commission has taken a number of decisions that helps to clarify when support for local infrastructure and services is not considered to be State aid[7]. This will help maximise the effect of investments on economic growth and jobs, in line with the Commission's Investment Plan for Europe to mobilise at least €315 billion over three years in private and public investment across the EU.

As a result of the modernisation of State aid policy which was concluded in 2014, only 3 per cent of all newly implemented State aid measures have needed the Commission's approval in advance. The Commission also extended the list of types of aid exempted from the obligation on Member States to notify plans for aid to airports and ports. The reforms thus allow the Commission to focus on measures that have the biggest impact on competition, to be "big on big things and small on small things" in line with the President's Political Guidelines.

The mission letter asked me to maintain "competition instruments aligned with market developments". Since the modernisation of antitrust and cartel rules in 2004, the Commission and the national competition authorities have adopted 1,000 decisions, covering a broad range of sectors. Of those decisions, 85 per cent were taken by national competition authorities within the European Competition Network (ECN). To entrench the success of the ECN, in March 2017, the Commission put forward a proposal for the ECN+ directive, aimed at making sure that all national competition authorities are able to take decisions fully independently and have effective tools at their disposal to stop and sanction infringements. In the same month the Commission launched introduced a new anonymous whistleblower tool to make it easier for individuals to alert the Commission to secret cartels and other antitrust and cartel violations while maintaining their anonymity.

In May and June 2018, the Commission adopted proposals for 37 spending programmes for the next Multiannual Financial Framework (2021-2027), including for the first time a Single Market Programme. Another novelty is that the proposed Programme would allow the Commission to directly support competition policy with an indicative budget of €140 million over the next MFF. One core priority of the competition part of the Single Market Programme is to help the Commission enhance its IT tools and expertise to continue to effectively enforce our rules in an increasingly data driven economy and environment. More concretely, this would help the Commission to be able to detect infringements in a virtually paperless world powered

4 Priority No 3 of the Political Guidelines ("A Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy").

5 Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland and Slovakia.

6 Priority No 3 of the Political Guidelines ("A New Boost for Jobs, Growth and Investment").

7 Such as regional sports facilities, local medical centres, small ports and assisted living facilities, media in local languages and advice services for people in disadvantaged urban areas.

by algorithms. As well as to manage casefiles and data amounts of ever growing proportions.

There has long been ample evidence testifying to the positive macroeconomic impact of procompetitive product and service market reforms. Increasingly, research also demonstrates that competition enforcement has an impact of a similar magnitude in terms of productivity, growth and jobs, but also in the reduction of inequality[8]. The President's Political Guidelines acknowledged that EU's handling of the crisis placed insufficient focus on social fairness. Competition policy is one of the tools to help to address that imbalance in concrete ways. Competition policy is ultimately about fairness.

[8] DIERX, A.; ILZKOVITZ, F.; PATARACCHIA, B.; RATTO, M.; THUM-THYSEN, A. and VARGAM, J. (2017). 'Does EU competition policy support inclusive growth?', *Oxford Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 13, No. 2, June 2017, pp. 225-260, Oxford. ENNIS, S.F.; GONZAGA, P. and PIKE, C. (2017). 'The Effects of Market Power on Inequality', *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, October 2017, pp.1-7, available at: *https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/10/CPI-Ennis-Gonzaga-Pike.pdf* (accessed 29/06/2018).

Fernando Becker Zuazua*

¿REGULAR PARA QUÉ?

El mercado como institución se rige por reglas desde sus inicios, lo que le confiere una elevada capacidad de asignación de recursos. Los procesos de mercado contienen imperfecciones que le restan eficacia por lo que los poderes protectores del Estado deberían ir encaminados a reforzar sus capacidades. El fenómeno de la globalización, unido a un cambio tecnológico radical, ha propiciado la necesidad de revisar las políticas de competencia. Dado que la información es imperfecta se requieren nuevos enfoques desde una óptica de competencia dinámica o entre sectores. Los indicadores disponibles de calidad institucional para la economía española arrojan la existencia de importantes líneas de mejora.

Palabras clave: homo economicus, *tribu*, public choice, *política de competencia*, *instituciones*, *poder de mercado*.
Clasificación JEL: *B1*, *B10*, *B152*, *K21*, *K42*, *L40*.

1. El mercado como institución

La intervención de los poderes públicos en la actividad económica ha sido objeto de debate y análisis desde los mismos comienzos de la ciencia económica. La propia existencia del mercado parece ser muy anterior a la aparición del Estado moderno. Quizá no sea del todo descabellado asociarlo con el referente del *homo economicus*. B. Malinowski, en sus estudios sobre las tribus de Oceanía, señalaba cómo los trobrian, debido a la escasez de materiales con los que fabricar sus herramientas más rudimentarias, se veían en la obligación de realizar intercambios con otras comunidades vecinas (Malinowski, 1922). Amén de que la costumbre imponía una serie de reglas que regían los intercambios internos tanto en la propia tribu como también con otras adyacentes. Resulta obvio que la necesidad de intercambiar bienes entre los habitantes de un determinado territorio se remonta a los prolegómenos de la cultura humana. Esta tendencia innata del ser humano hacia el intercambio nos acerca a la noción del mercado como institución. Ahora bien, con el transcurso del tiempo el concepto de «estructura institucional» en un sentido amplio se ha venido utilizando para hacer referencia a la estructura jurídica, a la organización institucional y al acervo social y cultural que define las «reglas del juego» con las que los diferentes agentes intervienen en la sociedad. Este concepto así definido subyace en los trabajos de los autores de referencia a propósito de la teoría institucional, tales como los Nobel de Economía

* Catedrático de Economía Aplicada. URJC.
El presente artículo incluye y actualiza algunas de las cuestiones ya tratadas en el capítulo sobre «Calidad institucional y regulación económica» del *Tratado de regulación del sector eléctrico*. Editorial Aranzadi. Madrid 2009.

Ronald Coase (1991), Douglas C. North (1993) y Oliver E. Williamson (2009).

Ahora bien, el andamiaje de la regulación se ha venido justificando desde los planteamientos más intervencionistas de Arthur C. Pigou, quien sostenía que en un mundo plagado de externalidades positivas y negativas el mercado resulta incapaz de realizar una eficiente asignación de recursos, hasta el extremo opuesto del profesor de la Universidad de Chicago y juez, R. A. Posner, quien centrándose en los derechos de propiedad concluye que en un sistema perfecto de derechos de propiedad los costes de transacción son cero y por tanto no habría nada que corregir (Posner, 1973). Por su parte, la denominada «Escuela de Public Choice» se encargó de cuestionar el papel intervencionista del Estado en tanto en cuanto la racionalidad de los funcionarios en la toma de decisiones atiende más a sus propios intereses que a los generales, enfatizando los fallos del Estado. En cierta medida, si de lo que se trata es de resolver los fallos del mercado mediante la intervención estatal, en ausencia de objetivos de eficacia, puede que este tienda a expandirse sin límite. Hasta el presente no parece que haya una alternativa mejor a la relación: libertad→ mercado→ crecimiento económico→ bienestar. El problema surge cuando las condiciones que rigen las relaciones de producción y de cambio entre los distintos agentes que intervienen en el mercado se modifican. Las causas de estos cambios pueden proceder de múltiples factores, desde los derivados de las propias normas, pasando por la costumbre o por el cambio tecnológico. Pocos se habían aventurado a anticipar que, como consecuencia de la concatenación de la exitosa globalización de la economía mundial y de una revolución tecnológica radical, se iban alterar los límites del tradicional análisis del funcionamiento del mercado que tan buenos resultados había dado en el pasado. Mientras Pigou, en el año 1946, nos alertaba de la quimera de alcanzar una situación de competencia perfecta y cuyo resultado sería una situación de monopolio con la subsiguiente reducción del ingreso real (Pigou, 1974), George J. Stigler se muestra bastante más escéptico al respecto, al afirmar en su libro de memorias que el monopolio no ha sido un problema en los últimos siglos y que Alfred Marshall en su libro seminal *Principios de Economía* de 1890 dedica al tema del monopolio un solo capítulo (Stigler, 1988). También señala que hasta 1850 el monopolio se asociaba en Inglaterra al derecho de comercio exclusivo otorgado por el Parlamento. Sin embargo, las cosas han cambiado radicalmente en los comienzos de este siglo con la globalización, y las políticas de competencia y las agencias independientes encargadas de velar por ella han visto reducida su eficacia por diversos motivos, tanto de índole económica como política; pero quizá la dificultad para enfocar la naturaleza de los primeros lleve a un deficiente enfoque de los segundos. Las políticas de competencia nacionales se han visto desbordadas por la aparición de nuevos jugadores que driblan los controles que evitan las posiciones de poder de mercado a través de las nuevas tecnologías. Las inmensas posibilidades que ofrecen los grandes mercados tanto por el lado de la oferta como de la demanda, a oferentes y demandantes, hacen desaparecer los límites de los mercados tradicionales. El nuevo escenario aparecido, con públicos objetivo que actúan tomando decisiones en tiempo real, con grandes grupos que ordenan los tráficos de información entre sectores de muy diversa naturaleza (bienes, servicios y corrientes de cobros y pagos), delimita nuevos y desconocidos ámbitos para los responsables de salvaguardar un determinado orden de competencia. En este sentido, los análisis basados en mantener un determinado número de jugadores, por amplio que este sea, resultan insuficientes cuando el acceso a la información está lejos de ser perfecta. Así, la eliminación de las barreras de entrada y salida puede resultar imposible cuando el acceso a la información está restringido por quien controla los canales por los que se accede a la misma. Por tanto, parece razonable incorporar nuevos enfoques basados en términos de competencia dinámica, que autores como

Coase (1994), Posner (1998) y Schwartz (2011), entre otros, vienen utilizando en sus escritos y que se adaptan mejor para explicar la realidad circundante de hoy en día. Resulta arriesgado asumir que las políticas nacionales de competencia vayan a ser eficaces cuando el terreno de juego es global. Las reacciones de nacionalismo económico como respuesta más pedestre quizás aminoren el impacto inicial de la nueva situación, pero más pronto que tarde resultarán muy ineficaces.

2. La función de las instituciones

La cuestión esencial radica en si una economía compleja y desarrollada es posible que progrese sin reglas. La experiencia demuestra que la opción «reglas» frente a la discrecionalidad en ausencia de estas se resuelve a favor de las mismas, y es precisamente en este punto donde la nueva economía institucional se hace fuerte. Cuando se buscan explicaciones a las causas que propiciaron la reciente «Gran Recesión» no parece que la responsabilidad gravite solo en el funcionamiento del mercado, sino que el énfasis recae, en esta ocasión, en una mala regulación del sistema financiero. Por tanto, no cabe estigmatizar al mercado como institución, sino a las deficientes normas o reglas que impiden su adecuado funcionamiento.

Es por eso que llegados a este momento, se hace necesario resaltar que el objetivo principal del entramado institucional es el de «generar confianza» a los agentes que intervienen en los procesos de mercado, dibujando un marco de actuación claro y justo, que garantice por un lado aspectos tales como los derechos de propiedad, la libertad de contratación, los derechos individuales, la seguridad jurídica o la libertad de decisión, y que por otro exija a cada uno de los intervinientes la plena responsabilidad sobre sus actuaciones. Siguiendo la nomenclatura de Acemoglu, Robinson y Johnson, dentro de la estructura institucional distinguen entre instituciones políticas e instituciones económicas. Las primeras son resultado de los valores sociales, culturales y económicos y configuran los organismos, las normas y los códigos de conducta destinados a regular las relaciones entre los diferentes agentes con poderes políticos. Así, podemos observar que coexisten dos tipos de instituciones: unas formales caracterizadas por normas, reglamentos y organizaciones constituidas a partir de los legítimos poderes políticos; y otras informales, compuestas por pautas éticas, convenciones culturales y sociales, grupos de poder o personalidades con capacidad suficiente para influir sensiblemente sobre las instituciones formales. Eso explica que países que tienen sistemas políticos formales similares presenten pautas de conducta socialmente aceptadas, niveles de seguridad jurídica y formas de actuación política muy dispares (Acemoglu, Johnson y Robinson, 2004).

Asimismo, en las instituciones económicas también hay que diferenciar tanto el ámbito formal como el informal. Aquellas que pertenecen al primer grupo tienen como misión diseñar las políticas macroeconómicas y microeconómicas, fruto de las cuales emana el marco en el que los agentes realizan su actividad. Estas resultan fundamentales para la consecución de varios objetivos, entre los que cabría diferenciar la generación de confianza, la determinación de los costes de transacción, así como también garantizar un determinado nivel de competencia, la transparencia de los mercados y una mejor asignación de los recursos. Su consecución se puede alcanzar, por ejemplo, mediante la creación de incentivos sectoriales en la puesta en valor de algunas tareas o servicios no valorados suficientemente, como es el caso de la actividad investigadora y la innovación. Además, la influencia sobre la economía no solo la ejercen las instituciones económicas formales, sino que también influyen en la percepción que sobre la actuación de las mismas tienen los agentes productivos. Para ello, la transparencia y el grado de cumplimiento de las normas resulta determinante. En definitiva, las instituciones económicas influyen de manera esencial tanto en los resultados

de esta naturaleza, como también en la forma en la que se distribuyen.

Esta cadena así descrita se retroalimenta: en el caso de que los resultados económicos sean especialmente pobres, los agentes sociales más afectados presionarán para que se produzcan cambios políticos y/o económicos que mejoren la situación. Asimismo, en el caso de que algún grupo de poder se vea especialmente favorecido por los logros económicos obtenidos, tratará de mantener su estatus y evitar cualquier otro cambio en las instituciones económicas que pudiera afectar negativamente a sus privilegios, por lo que tratará por todos los medios de mantener el inmovilismo institucional. En consecuencia, el proceso de evolución de las instituciones del Estado es el resultado de una permanente interacción entre los entramados político y económico y los valores que la sustentan.

La regulación económica se configura como la herramienta principal de las instituciones económicas «formales» para ejercer su función en la actividad económica. El término «regulación», cuyo origen se remonta a las propuestas de los economistas anglosajones, se refiere a la intervención de los poderes públicos en la actividad económica privada. Así entendida, la regulación económica se refiere al conjunto de normas de derecho público que permiten la participación del Estado en las actividades económicas de carácter privado, de acuerdo con la legalidad exigida por el Estado de derecho.

Por tanto, se atribuye el origen de la regulación a la participación de los agentes privados en mercados competitivos de sectores que por sus características pertenecían tradicionalmente al ámbito de actuación del sector público. De este modo se pasó de un sector público con grandes responsabilidades directas en la producción económica a uno cuya función se circunscribía cada vez más a actuar como un agente que debe diseñar un sistema regulador.

Es precisamente por esta razón, por la que surge la teoría de la regulación, que genéricamente se entiende como aquella parte de la teoría que se dedica al estudio y determinación de tarifas e incentivos económicos, siempre en la búsqueda de una mayor eficiencia económica. Asimismo, se ocupa de analizar los efectos económicos de la estructura y el comportamiento empresarial en sectores que tradicionalmente han funcionado como monopolios, básicamente los que utilizan redes únicas de transporte y distribución.

Desde entonces, el marco regulatorio se configura a partir de un conjunto de mecanismos que hacen que en las relaciones entre consumidores, productores y sector público se garanticen los derechos y obligaciones de todas las partes, de forma y manera que se lleven a cabo lo más eficientemente posible.

A gran escala y a pesar de que la realidad sea más compleja y agrupe mayor número de categorías y niveles, los agentes se pueden agrupar de una manera simplificada en:

- Poderes públicos: los legisladores y responsables de las decisiones de política económica. Su interés consiste en alcanzar los objetivos acordados en el plano político.
- Consumidores: el interés público cuyas necesidades han de ser satisfechas. Sus derechos son garantizados y cubiertos con calidad y a un precio justo.
- Las empresas o industrias reguladas. Su interés consiste en garantizar su sostenibilidad, eficiencia y rentabilidad.

Una buena regulación tiene lugar cuando se pueden cumplir los objetivos de los poderes públicos manteniendo el equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los inversores en la actividad económica.

Es importante resaltar que la actividad de las instituciones y la regulación se desarrollan en un proceso dinámico. A partir del análisis del mercado objeto de regulación y de los objetivos determinados por el procedimiento político, y teniendo en cuenta la estructura de cada mercado, se plantean una serie de alternativas posibles de regulación.

Por un lado, un análisis *ex ante*, que revelase el coste y beneficio de toda medida de regulación o cambio

institucional, debería ser siempre un requerimiento obligado, pero que lamentablemente en la práctica apenas se aplica. Como consecuencia del análisis practicado y a partir de las alternativas planteadas se podría tomar una decisión, con ciertas garantías, que materializase las medidas regulatorias. Con posterioridad a la aplicación de estas medidas, se estaría en condiciones de comprobar si se han alcanzado los objetivos marcados y si se ha hecho de una manera eficiente. Como consecuencia y fruto de este análisis, se consigue realimentar la teoría de la regulación en un continuo proceso dinámico que permite afinar las alternativas de la política regulatoria.

En palabras de David Newbery, del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Cambridge, es necesario tomar conciencia de que la regulación debe ser un juego repetido de revisiones periódicas, al enfrentarse a una realidad que evoluciona rápidamente y desafía a la profesión de economistas que han de proponer alternativas viables y mejores a las existentes:

«Practice, which is evolving rapidly, continues to outstrip theory, providing challenges to the profession in modelling, testing, and proposing superior and workable alternatives»[1].

3. Los indicadores disponibles

Por su parte, el Banco Mundial viene a confirmar los supuestos que justifican la regulación económica: la existencia de fallos del mercado, la implantación de medidas a favor de la equidad y la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales de los individuos (tanto consumidores como empresarios y trabajadores). El hecho de que existan externalidades positivas o negativas, o que exista información menos asimétrica, pueden condicionar el funcionamiento eficiente del mercado. Adicionalmente, la regulación se utiliza como herramienta para fomentar la equidad, ya que uno de sus principales objetivos es el de garantizar la igualdad de oportunidades a todos los agentes que participan en un mercado. Además, la regulación también aparece como un instrumento para evitar que en la actividad regulada alguno de los agentes participantes sufra lesiones en sus derechos. Ejerce, por tanto, una labor de garante de los derechos individuales de empresas y consumidores.

Conviene subrayar que el exceso de regulación, o una regulación poco eficiente, ocasiona un excesivo intrusismo de los poderes públicos en la actividad económica, lo que entorpece y llega a anular una asignación eficiente de los recursos.

La aparición de grupos de presión de diversa naturaleza en los que sus miembros se asocian con la intención política de favorecer a determinados colectivos o grupos de presión (consumidores, productores, medioambientalistas, etc.) contribuye a un aumento de la regulación.

Estaríamos en condiciones de afirmar que se produce un exceso de regulación que da lugar a ineficiencias cuando:

- Se limita la competencia si el exceso normativo contribuye a imponer barreras de entrada a los nuevos agentes, lo que impide la formación de nuevas empresas, con efectos negativos sobre la creación de empleo y de riqueza.
- Si desincentiva nuevas inversiones, lo que supone una evidente merma a las posibilidades de crecimiento y genera la parálisis en el sector afectado.
- Al introducir costes, ya sean directos o indirectos, innecesarios para el normal funcionamiento de las empresas.
- En el caso de que se vulneren los derechos de los agentes económicos (consumidores o empresas): si la regulación afecta a derechos fundamentales de los individuos, tanto si son consumidores como si son productores (por ejemplo, mediante un cambio regulatorio que cambie las reglas del juego respecto a una regulación anterior).

[1] NEWBERY, D. M. (1997). *Rate-of-return Regulation versus Price Regulation for Public Utilities.* Department of Applied Economics, Cambridge, UK, 14 de abril.

La medición de la calidad de la regulación presenta varias dificultades. En primer lugar, la regulación se materializa en normas de diversa naturaleza como pueden ser la imposición de barreras de entrada, la fijación de precios, la determinación de estándares de calidad, los requerimientos de información, o el control de horarios, entre otras muchas, lo que dificulta la identificación y asignación del total de la carga económica de la regulación. En la misma línea, el carácter jurídico formal de la regulación hace que esta ocupe un espacio común al derecho y a la economía, lo que durante mucho tiempo distrajo a los economistas de los importantes efectos que la regulación tenía sobre la economía, ya que la relación entre el sistema normativo y económico no se circunscribe a unas líneas generales, sino que mutuamente condicionan su desarrollo hasta niveles muy profundos, tal y como como indicó Ronald Coase, premio Nobel de Economía en 1991. El carácter intangible de la regulación, así como también la dificultad de disociar los efectos de cada una de las sucesivas medidas, ha dificultado tradicionalmente la medición de sus repercusiones económicas, contribuyendo a diluir sus efectos entre otros múltiples factores. Además, la regulación en un sector puede afectar significativamente a la competitividad de otros sectores, por lo que pueden producirse efectos cruzados entre ellos.

Para evaluar el nivel y la calidad de las instituciones y de la regulación contamos con las mediciones realizadas por diferentes organismos internacionales. Entre ellas, los denominados *Governance Indicators* elaborados anualmente por el Banco Mundial. Para su elaboración cuentan con 32 fuentes de datos individuales producidos por centros de investigación, *think tanks*, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales y empresas del sector privado.

Estos indicadores proporcionan información agregada e individualizada de más de 200 países y territorios durante determinados períodos de tiempo. Para el período 1996-2017, determina seis dimensiones de gobernabilidad:

— *Voz y responsabilidad.* Refleja la libertad de expresión, libertad de asociación y de comunicación, así como la participación democrática.

— *Estabilidad política y ausencia de violencia*. Mide la inestabilidad política y la percepción de violencia, incluyendo el terrorismo.

— *Efectividad del Gobierno*. Capta las percepciones de la calidad de los servicios públicos, la calidad de la Administración Pública y el grado de independencia de las decisiones políticas, la calidad de la formulación y ejecución de las políticas y la credibilidad de los Gobiernos.

— *Calidad regulatoria.* Capacidad del Gobierno para implementar políticas y regulaciones sólidas para el desarrollo del sector privado.

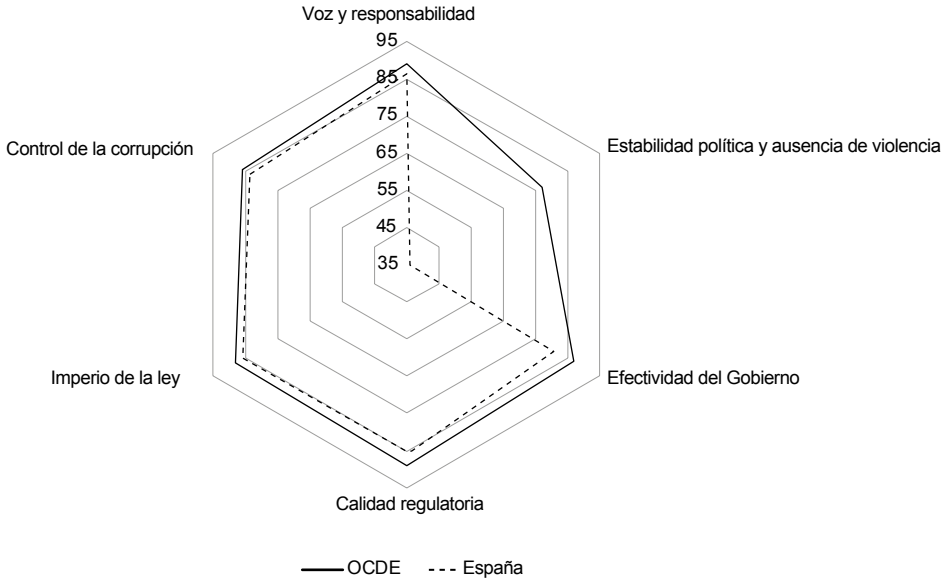
— *Imperio de la ley.* Mide la confianza de los agentes sociales en las reglas de la sociedad y su respeto. Particularmente la calidad contractual, los derechos de propiedad, la policía y los tribunales, así como la probabilidad de crimen y violencia.

— *Control de la corrupción.* Mide las percepciones sobre la corrupción del poder público, así como la «captura» del Estado por parte de élites e intereses privados.

Las cifras ofrecidas para el año 2017 por el Banco Mundial en la base de datos *Governance Indicators*, sintetizadas en el Gráfico 1, muestran con preocupación que la economía española se encuentra lejos de los valores medios obtenidos por los países más desarrollados pertenecientes a la OCDE. La situación es especialmente grave en lo que se refiere a «estabilidad política» y el «control de la corrupción», dimensiones en las que España se sitúa en valores ligeramente por encima de la mediana en el *ranking* mundial (percentil 58 y 68 respectivamente), mientras que nuestros homólogos de la OCDE se encuentran en promedio en el primer cuartil, tal y como les corresponde por su nivel de desarrollo (percentiles 75 y 85).

GRÁFICO 1

INDICADORES DE GOBERNANZA MUNDIAL, 2007
(Posición en el percentil del *ranking*: 100 mejor *ranking*)

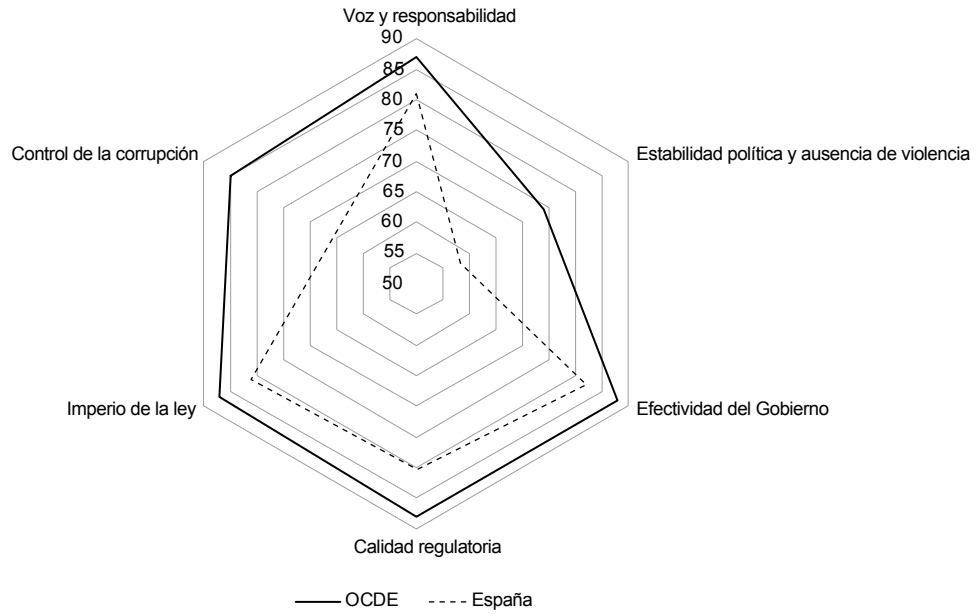


FUENTE: *Worldwide Governance Indicators*, Banco Mundial.

La percepción sobre la gobernanza pública española y la fortaleza de sus instituciones ha empeorado notablemente desde el estallido de la crisis financiera mundial en el año 2008, tristemente conocida como la Gran Recesión. La imagen que mostraban los *Governance Indicators* en el año 2007 (Gráfico 2) situaban a España en valores promedios de la OCDE, para cinco de las seis dimensiones analizadas. Tan solo en la dimensión correspondiente a «estabilidad política y ausencia de violencia» se observa un avance, motivado por la disminución en la percepción de violencia a raíz del anuncio del cese definitivo de la actividad armada de la organización terrorista ETA en octubre de 2011. El resto de las dimensiones reflejan un deterioro notable, alejándonos de las posiciones alcanzadas por el resto de los países más desarrollados. En conjunto se puede afirmar que nuestro país, si bien ocupa un puesto notable en cuanto al peso de su economía en el conjunto de los países industrializados, no ha encarado la reciente Gran Recesión con iguales resultados que los países de comparación. Lamentablemente hemos retrocedido en todos los parámetros seleccionados, de modo y manera que, si la calidad regulatoria no estaba alineada ya en el año 2007, observamos que ha venido deteriorándose. De lo cual se desprende que una deficiente regulación, siendo uno de los desencadenantes de la crisis, también ha podido ser factor determinante en la retroalimentación de la misma. O lo que es lo mismo, las reglas con las que debíamos haber corregido los principales desequilibrios de la economía contribuyeron a profundizarla y a alargarla en el tiempo. Por su parte, las políticas públicas tampoco han sido mejores, según se

GRÁFICO 2

INDICADORES DE GOBERNANZA MUNDIAL, 2017
(Posición en el percentil del *ranking*: 100 mejor *ranking*)



FUENTE: *Worldwide Governance Indicators*, Banco Mundial.

desprende del indicador «efectividad del Gobierno». Tampoco ha contribuido el renglón denominado «imperio de la ley», lo que lleva ineludiblemente a una mayor inseguridad jurídica con el subsiguiente deterioro en las relaciones de producción y de cambio.

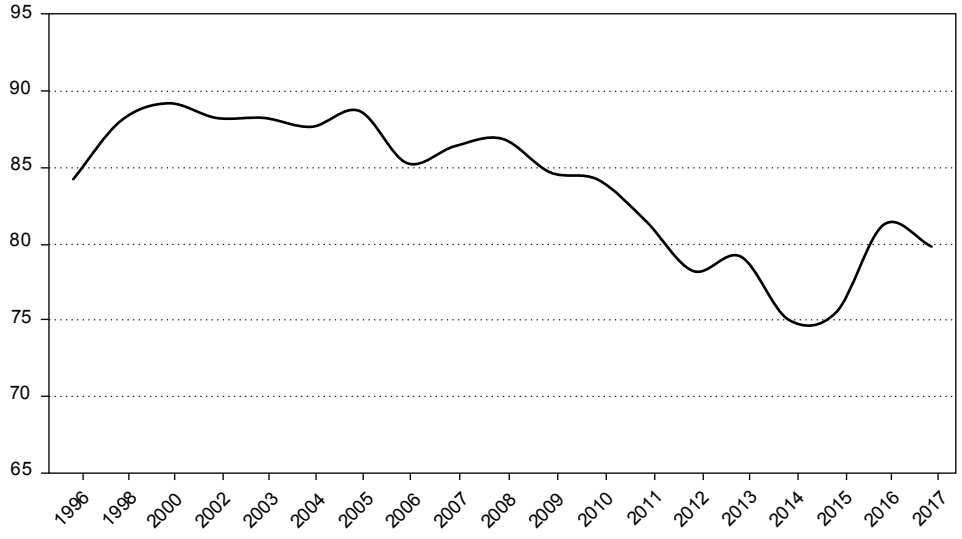
El descenso más significativo, además del referente al «control de la corrupción» motivado por la sucesión de casos judicializados durante estos años, se ha observado en la evolución del indicador de «calidad regulatoria» (Gráfico 3). En el año 1996 España ocupaba la posición 30 en cuanto a mejor calidad regulatoria, y llegó a situarse entre las 25 mejores economías en el año 2004, alcanzando el percentil 90 del *ranking*. En la actualidad se sitúa en el percentil 80 y la posición 43, alejándose de los lugares que le corresponderían por su nivel de desarrollo.

La calidad de la regulación económica afecta a la eficiencia de una economía, de forma similar a como lo hace la tecnología; así, con una mala calificación de la regulación, una economía necesitará más *inputs* para lograr el mismo *output*. Adicionalmente, una mala regulación rebaja el incentivo a invertir, trabajar, formarse y producir.

Una forma habitual de confrontar, mediante la evidencia empírica disponible, la incidencia de la regulación en el desarrollo económico consiste en relacionar los indicadores de calidad regulatoria con el PIB por habitante. Analizando conjuntamente, y para una muestra de 173 países, los datos del PIB por habitante en paridad de poder adquisitivo, y el indicador de calidad de la regulación disponible en las bases de datos de *Worldwide Development Indicators* y

GRÁFICO 3

EVOLUCIÓN DEL INDICADOR DE CALIDAD REGULATORIA DE ESPAÑA
(Posición en el percentil del *ranking* entre todos los países)



FUENTE: *Worldwide Governance Indicators*, Banco Mundial.

Governance Indicators, ambas del Banco Mundial, se observa una relación claramente positiva entre las dos variables, de manera que a mayor calidad regulatoria e institucional, mayor producto per cápita.

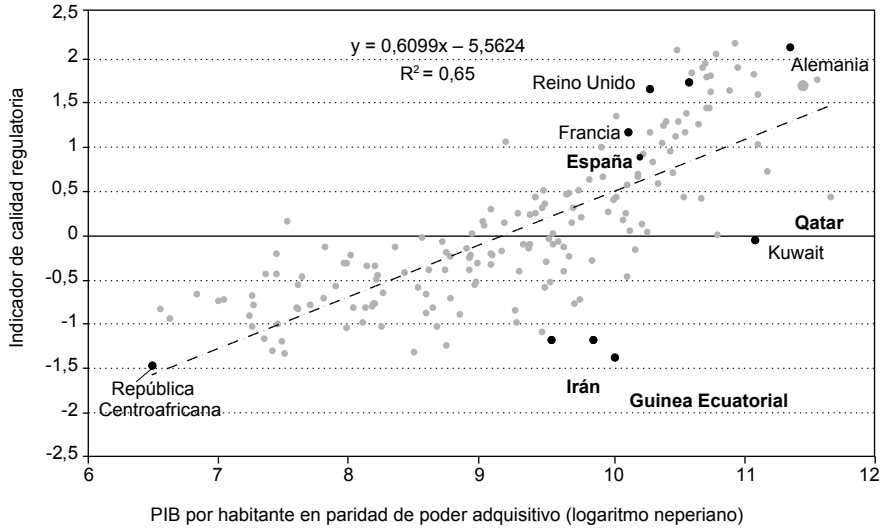
Más concretamente, mediante un análisis de la tendencia ajustada a través de una regresión lineal, se viene a confirmar la robusta relación positiva entre ambas variables, con un coeficiente de determinación R^2 de 0,65. España se sitúa ligeramente por encima de la recta de regresión que conforma la relación entre ambas variables. Con un valor en el índice de calidad regulatoria de 0,94[2], sensiblemente inferior al alcanzado por Alemania, Francia y Reino Unido, España registra un PIB por habitante de 34.272 euros (10,44 en logaritmo neperiano), consecuentemente menor al demostrado por las principales economías europeas anteriormente señaladas (Gráfico 4).

El grupo de países que se aleja de esta relación es el conformado por países que, presentando importantes carencias institucionales, disponen de grandes riquezas naturales generadoras de PIB. Países como Kuwait, Irán, Guinea Ecuatorial y Qatar, todos ellos exportadores de petróleo y gas, en los que la explotación de estas materias primas les permite alcanzar niveles de PIB por habitante relativamente elevados a pesar de demostrar una baja calidad regulatoria. A la vista de estos resultados cabe inferir

[2] El rango establecido por el Banco Mundial del indicador de calidad regulatoria es -2,5 y 2,5.

GRÁFICO 4

RELACIÓN ENTRE CALIDAD REGULATORIA Y PIB POR HABITANTE AÑO 2017



FUENTE: Elaboración propia a partir de datos de *Worldwide Governance Indicators* y *Development Indicators*, Banco Mundial.

que la calidad regulatoria es un factor determinante para el bienestar de los países.

4. A modo de conclusión

Hay que remontarse a los orígenes de la cultura humana para observar que, debido a la necesidad de supervivencia, su tendencia natural es hacia el intercambio. Los trabajos disponibles empujan a pensar que los procesos de producción y de cambio, aun siendo muy primitivos, se realizaban de acuerdo con unas pautas ciertamente estables, que se regían por la costumbre. Los conceptos de mercado y reglas no aparecen disociados, independientemente del lugar físico donde se produjeran las operaciones.

La asignación perfecta de los recursos disponibles ha sido objeto de permanente estudio y debate en la literatura económica, a medida que las necesidades del Estado moderno se acrecientan. Las diversas posiciones que intentan perfeccionar los mecanismos de asignación de los recursos escasos han oscilado desde aquellos que preconizan la necesidad de la intervención de los poderes públicos en toda su extensión sobre la actividad económica, hasta el otro extremo, el de los que consideran que el mercado por sí mismo lo realiza con mucha mayor eficiencia. Desechada la idea de la no regulación, la cuestión esencial es la búsqueda de la mejor regulación, acompañada de las mejores prácticas y objetividad posible. En una economía globalizada, para el enfoque de competencia perfecta, aun habiendo resultado hasta ahora ser el más acertado para atenuar los problemas que se presentaban, en la actualidad las condiciones del mercado han cambiado radicalmente. La irrupción de las nuevas tecnologías ha modificado sustancialmente los límites de los mercados tradicionales, lo que va a exigir al análisis económico repensar los supuestos de partida y las políticas a desarrollar.

La regulación resulta imprescindible para proteger al mercado de aquellas debilidades que de él mismo

se derivan. Evitar las posiciones de poder de mercado que garanticen un orden de competencia resulta ineludible para conseguir los mejores resultados de la actividad económica. La calidad de las instituciones y de las reglas de funcionamiento de la economía clasifican a los países en términos de bienestar y prosperidad. Los indicadores elaborados por los organismos internacionales así lo atestiguan. La relación entre la calidad regulatoria y el producto per cápita se presenta robusta y positiva, de acuerdo con el R^2 analizado.

Los resultados obtenidos por la economía española tienen un claro margen de mejora al ser comparados en términos relativos con aquellos países de similar perfil económico y social. También resulta evidente que, durante el período transcurrido desde el comienzo de la Gran Recesión hasta la actualidad, la recuperación económica conseguida con gran esfuerzo todavía no ha servido para mejorar los niveles de calidad regulatoria anteriores a la crisis, sino que hemos empeorado nuestra posición relativa.

Referencias bibliográficas

[1] ACEMOGLU, D.; JOHNSON, S. y ROBINSON, J.A. (2004). «Institutions as the Fundamental Cause of Long-run Growth». *NBER Working Papers,* nº 10.481.

[2] BECKER ZUAZUA, F. (2006). «¿Qué hacemos con la regulación?». *Marco Regulatorio y unidad de mercado.* Círculo de Empresarios. Madrid, pp. 39-63.

[3] BECKER ZUAZUA, F. (2008). «Calidad institucional y regulación económica». *Tratado de regulación del sector eléctrico*, vol. 2, pp. 25-42. Editorial Aranzadi. Pamplona.

[4] BECKER ZUAZUA, F. (2011). «El factor institucional en la crisis económica española». *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 2*,* Madrid, pp. 55-79.

[5] COASE, R.H. (1994). *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza Editorial. Madrid.

[6] CRUZ FERRER, J. de la (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid.

[7] GÁMIR, L. y DURÁ, P. (2013). *La economía de las agencias reguladoras.* Instituto de Estudios Económicos. Madrid.

[8] HARRINGTON, J.E.; SAPPINGTON, D. y VISCUSI, KIP W. (2018). *Economics of Regulation and Antitrust*. Ed. MIT Press. Cambridge (MSS).

[9] MALINOWSKI, B. (1922). *Argonauts of the Western Pacific*. Routledge & Kegan Paul Ltd. Londres.

[10] PIGOU, A.C. (1932). *The Economics of Welfare*. 4th ed., Mcmillan. Londres.

[11] PIGOU, A.C. (1974). *Introducción a la economía.* Traducción de la edición inglesa de 1946. Ed. Ariel. Esplugues de Llobregat (Barcelona).

[12] POSNER, R.A. (1998). *Análisis económico del derecho*. Traducción de la versión inglesa de 1977. Fondo de Cultura Económica. México.

[13] SAN EMETERIO, N. (2006). *Nueva economía institucional*. Ed. Síntesis. Madrid.

[14] SCHWARTZ, P. (2002). *Competencia y bienestar*. Instituto de Estudio de Libre Comercio, IDELCO. Madrid.

[15] SCHWARTZ, P. (2011). *La competencia perfecta como instrumento de análisis.* Conferencia dada en la Universidad CEU San Pablo. Mimeo, pp. 1-8. Madrid.

[16] SHAVELL, S. (2017). «Comparación entre impuestos correctores y responsabilidad como solución al problema de las externalidades negativas». *Papeles de Economía Española*, nº 151. Funcas, Madrid, pp. 2-15.

[17] STIGLER, G. J. (1988). *Memoirs of an Unregulated Economist*. Basic Books Inc. Publisher. New York. Existe traducción al castellano*. Memorias de un economista* (1992), Espasa Calpe, Madrid.

[18] TIROLE, J. (2015). «Fallos del mercado y políticas públicas». *Papeles de Economía Española*, nº 145. Funcas, Madrid, pp. 2-15.

[19] TULLOCK, G. (1965). *The Politics of Bureaucracy*. Public Affairs Press. Washington.

ICE
INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

Encuesta de Coyuntura a la Exportación

La S.G. de Estudios y Evaluación de Instrumentos de Política Comercial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo elabora la Encuesta de Coyuntura de la Exportación. Operación estadística incluida en el Plan Estadístico Nacional (operación número 7229 del Plan correspondiente al cuatrienio 2017-2020). Esta encuesta se dirige a aquellas empresas que realizan actividades de exportación de mercancías. Su periodicidad es trimestral y se investiga a un total de 1.900 empresas. Se puede consultar en_ http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/estadisticas-informes/Paginas/Encuesta-de-Coyuntura-de-la-Exportacion.aspx

Pº de la Castellana, 162, 28046 Madrid
Telf. 91 603.79.97/93

Pedro Schwartz Girón*

LA LIBRE COMPETENCIA EN UNA ECONOMÍA ABIERTA Y DINÁMICA

El autor duda de que sea necesaria una continua vigilancia de las autoridades de la competencia para evitar que las economías capitalistas se conviertan en una constelación de monopolios y oligopolios. En todo caso, no parece cierto que los monopolios den lugar a despilfarro cuando se les permite discriminar precios. Prohibidos los cárteles secretos, bastaría con que los acuerdos entre empresas sobre precios y cantidades se declararan no exigibles ante los tribunales. No debemos aspirar a la competencia perfecta, sino permitir el pleno despliegue de la libre competencia.

Palabras clave: *estrategias monopolistas, oligopolio y otros mercados imperfectos, políticas de defensa de la competencia.*
Clasificación JEL: *L12, L13, L4.*

«La competencia 'perfecta' significa la ausencia de toda actividad competitiva».
F. Hayek

1. El problema

La función de defensa de la competencia, encomendada a la Administración, la judicatura, o a organizaciones interestatales como la Unión Europea, es objeto de incesante controversia[1]. El primer defecto de la acción administrativa en defensa de la competencia es que parte del modelo de la competencia perfecta, que en teoría define las condiciones que garantizan el máximo bienestar de los consumidores y la óptima asignación de los recursos productivos. Por desgracia es un ideal poco acorde con la realidad. Es incluso contraproducente, porque conduce insensiblemente al exceso de regulación, al fomentar la idea de que el libre mercado está lleno de defectos que la autoridad debe corregir continuamente.

El segundo aspecto controvertido de la función de defensa administrativa de la competencia es que parte de una visión estática, por la dificultad que conlleva el precisar o modelizar los efectos de la competencia sobre el crecimiento económico. Las autoridades suelen tomar como permanentes las situaciones de poder de mercado de cada momento y minusvaloran la capacidad de autocorrección de los mercados a lo largo del tiempo. La competencia es un fenómeno dinámico, que debe estudiarse desde un punto de vista evolutivo.

El resultado paradójico de estas dos limitaciones es que cunde la creencia de que, si los poderes públicos

* Catedrático Fundación Rafael del Pino en la Universidad Camilo José Cela.

[1] Una primera versión de mi tratamiento de este problema se encontrará en SCHWARTZ (2002).

no las vigilan y corrigen sin cesar, las economías capitalistas evolucionan necesariamente hacia el oligopolio y el monopolio, como temía Adam Smith[2] y denunció Carlos Marx[3]. En cambio, los defensores del libre mercado, tanto la llamada Escuela Austriaca como la Escuela de Chicago (Mises[4], Stigler[5] o Kirzner[6]), han sostenido acertadamente que los beneficios que conlleva la competencia empujan espontáneamente al sistema capitalista a ser competitivo. Si es así, la intervención de los servicios públicos sobraría, en su mayor parte. La información transmitida por la continua evolución de los precios, en un marco de propiedad privada que hace reales las pérdidas y beneficios de individuos y empresas, bastaría para mantener una competencia suficiente a lo largo del tiempo.

Hay una opción intermedia, la del intervencionismo adaptado a cada caso y a criterio del regulador. Sin embargo, esta opción me parece teóricamente vacía: es pura empiria y suma de soluciones *ad hoc*. Su único posible contenido científico es la búsqueda de lo que los economistas llamamos un «segundo óptimo», es decir, el contentarse con lo menos malo en materia de competencia aceptando pasivamente las restricciones políticas impuestas sobre el resto del sistema productivo[7]. Esta opción hace muy difícil prever qué decisiones tomarán los tribunales o la Administración sobre la conducta de empresas y empresarios respecto de clientes y rivales. Comprendo la buena voluntad y admiro el esfuerzo de los administradores y legisladores que buscan defender el principio de la libertad económica, pese a que suelan reducir su atención al sector privado. La exigencia de libre competencia debería aplicarse también y sobre todo a las Administraciones Públicas, excluidas de la corrección procompetitiva en muchas legislaciones: debería evitarse que el Estado y sus instancias territoriales abusen de sus posiciones de poder concediendo privilegios a sus organismos autónomos y empresas públicas o interviniendo en el comercio internacional con aranceles, cuotas, y reglamentaciones.

La legislación española es escueta en materia de competencia económica y por ello parece de fácil estudio (en España, dos o tres artículos en dos leyes apenas, casi totalmente transpuestos del ordenamiento comunitario)[8]. El estudio se complica por la abundancia de «casos» a tomar en cuenta para el comentario. Incluso en el continente europeo, tradicionalmente regido por la legislación codificada, predomina en esta materia el *case law* a la británica: tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia se rigen por los Tratados, sin duda, pero los interpretan sobre la base del criterio *stare decisis.* En un breve trabajo como el presente, tendré que contentarme con examinar principios generales y aludir solo de paso a algún ejemplo representativo.

---

[2] «La gente de una misma ocupación rara vez se reúne, aunque sea para alegrarse y divertirse, sin que la conversación acabe en una conspiración contra el público, o en algún arreglo para subir los precios». *Riqueza de las naciones*, vol. 1, cap. 10, c. Estas reuniones no podían prohibirse pero su efecto dañino se multiplicaba si las autoridades las organizaban o imponían.

[3] Véase por ejemplo el capítulo 1 del *Manifiesto comunista* (1848) firmado por Marx y Engels pero escrito por el primero: «La burguesía (…) ha aglomerado la población, centralizado los medios de producción y concentrado la propiedad en un pequeño número de manos».

[4] MISES, L. von (1949). *La acción humana*, cap. 16, parte 10, p. 464. Mises consideraba que los daños del monopolio los causaba la protección pública cuando intervenía, pero mostró gran confianza en la evolución espontánea del mercado hacia la libre competencia.

[5] STIGLER, G. J. (1957). *Perfect Competition, Historically Contemplated*. La competencia dinámica la denominó Stigler, causando alguna confusión, «industrial competition». Esta es la competencia que extiende su campo a toda la economía y recoge la evolución del mercado en el tiempo y en su conjunto. La condición necesaria y suficiente para la existencia de este tipo de competencia general y dinámica es que haya libre entrada y salida de competidores: dicho de otra manera, toma en cuenta, no solo a los competidores presentes en un mercado local, sino también a los competidores potenciales dispuestos a entrar en el sector si la competencia existente es flaca y, por ende, produce beneficios extraordinarios a quienes se aprovechan de ello.

[6] Véase la notable aportación de KIRZNER, I. (1973), *Competition and Entrepreneurship*.

[7] La llamada «teoría del segundo óptimo» justifica ciertas intervenciones parciales aparentemente contrarias a la libre competencia, cuando una política de liberación de un sector dado no haría sino empeorar su situación, por razón de la existencia de restricciones inamovibles en el resto del sistema. Véase SCHWARTZ (1982), pp. 15-33.

[8] Sin embargo, la Comunidad Europea ha ido añadiendo disposiciones de carácter procedimental y también normas sustantivas. En especial, son importantes las exenciones, luego transpuestas a la legislación nacional, de conductas concertadas o colegiadas lícitas (revisor anónimo).

El origen de todo

No puedo dejar de mencionar por su ejemplaridad el caso con el que nació el antitrust en EE UU: la disolución del trust de Standard Oil en 1911, con una sentencia final del Tribunal Supremo, sobre la base de la *Sherman Act* de 1890. El creador de Standard Oil, John D. Rockefeller, había reunido una gran fortuna partiendo de la explotación de pozos de petróleo en Ohio. Sobre esta base extendió su imperio empresarial al refino, al transporte de productos petroleros y derivados, a la construcción de oleoductos y ferrocarriles, y a productos financieros, como el primer mercado de futuros, en este caso petroleros. Para evitar la prohibición de dirigir las compañías petroleras desde un estado a otro distinto, constituyó un trust que dirigía las empresas locales a modo de *holding*. Sus adquisiciones las realizaba a veces con métodos perentorios como guerras de precios, acuerdos secretos con presuntos competidores, o utilización estratégica del derecho mercantil, pero nunca con métodos castigados por el derecho penal. Cometió pues todos los pecados concebibles contra la competencia perfecta. Fue un hombre odiado por la opinión pública y temido por sus rivales en los negocios. Pero no cabe duda de que dio muestras de notable capacidad para organizar y dirigir grandes grupos empresariales. Desde el punto de vista del bienestar general, además de su mecenazgo artístico y educativo[9], supo reducir precios al mínimo para atender a una demanda creciente y en general abaratar y difundir los productos esenciales que lanzaba al mercado. En el momento de mayor poder del trust, los precios de sus productos eran los más bajos de la historia del petróleo[10]. Lo que redujo su preeminencia no fue tanto la decisión del Tribunal Supremo de dividir el trust en sus partes como los avances exploratorios y técnicos de esos años: *i)* el descubrimiento de pozos rivales en Rusia y Extremo Oriente; *ii)* la luz eléctrica para la iluminación de calles y hogares en vez del petróleo y el gas; o *iii)* la rivalidad planteada al ferrocarril por el motor de explosión. Es este un ejemplo de una regularidad general: cuando una empresa consigue explotar una situación monopolística con grandes beneficios, el principal freno de su crecimiento lo constituyen los avances técnicos que permiten que los competidores comiencen a suministrar productos sustitutivos del monopolizado.

2. Los dos capítulos de la regulación de la competencia

Los dos grandes capítulos de la política antitrust en EE UU, el país de su creación, son: *i)* la lucha contra los monopolios, trust, o cárteles; y *ii)* la lucha contra la competencia desleal. Al final de la década de los años sesenta, el ahora juez Posner, inició un cambio doctrinal que asociamos con la Escuela de Chicago: rechazó por un lado la regulación de los trust como innecesaria e incluso contraproducente; y por otro aceptó la regulación y prohibición de prácticas colusivas y desleales dañinas para consumidores y competidores. Aunque tal clasificación bipartita no se corresponda exactamente con la división de materias de la legislación española de la competencia[11], esta es la clasificación a la que voy a atenerme en este trabajo.

La vana lucha contra el monopolio natural (y los oligopolios)

El libro clásico de Posner (1969) sigue siendo válido para cuanto se refiere a la regulación de los monopolios naturales, de la concentración horizontal y vertical, de la discriminación y fijación de precios mínimos, y demás prácticas relacionadas con el concepto de «poder de mercado».

[9] Por ejemplo, fundó y financió durante los primeros años la Universidad de Chicago. Fue el iniciador de la estrategia de gestionar las fundaciones sociales con los mismos criterios de eficacia y control que las empresas con ánimo de lucro.

[10] ROCKEFELLER (2007), pp. 48-50.

[11] En España, lo sustantivo o material de la libre competencia viene regulado por la Ley 15/2007 y por la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

Para analizar todas estas situaciones de falta de competencia, Posner parte, franca y directamente, de la noción de monopolio natural:

«Si la demanda en un mercado relevante puede ser satisfecha en su totalidad y al mínimo coste por una sola empresa en vez de dos o más, el mercado en cuestión es un monopolio natural, cualquiera que sea el número de empresas en él» (p. 1).

Los sectores en los que aparece este fenómeno del monopolio natural suelen ser los que necesitan una inversión inicial alta y luego gozan en un amplio tramo de costes marginales menores que su coste medio. Ejemplos son el gas, el agua, la electricidad, y el transporte público; o también los servicios en red cuya demanda crece a medida que aumenta el número de usuarios, como son los transportes, las telecomunicaciones, o el dinero. Si en estos mercados funciona más de una empresa, habrá despilfarro de recursos y esa multiplicidad de oferentes tenderá a desaparecer o a organizarse en oligopolio.

Remedando a Gertrude Stein, diré que «un monopolio es un monopolio es un monopolio» —sea libre, regulado, nacionalizado, como se quiera—. Su naturaleza no cambia porque se le impongan «controles de tasas de retorno, de tarifas, de calidad de servicio, de ampliación o abandono de la actividad, e incluso de entrada en el mercado» (Posner, 1999, 1). Los fines que normalmente se persiguen con estos controles son varios y quizá contradictorios: desde la redistribución de la renta y la estabilidad económica, pasando por la asignación eficiente de recursos y la reducción de costes, hasta el refuerzo de los incentivos para la innovación.

Contra la manipulación de precios por el monopolista

La cuestión es si los monopolios naturales no regulados tienden a ocasionar comportamientos contrarios al bienestar de la sociedad. Es sabido que el monopolista puede cargar un precio más alto que el de una situación de plena competencia, por lo que reduce la demanda; y consiguientemente la producción del bien o servicio por debajo de lo que serían en competencia. Durante mucho tiempo se pensó que el monopolista debía ser obligado a fijar un precio igual al coste marginal, como manda el modelo de competencia perfecta; pero la aplicación de esa regla a una industria en la que los costes marginales son menores que el coste medio la llevará a la quiebra, si no recibe subvención pública. Por eso, hoy en día, las autoridades se contentan con imponer al monopolista tarifas más bajas de las que este podría en principio cargar. La dificultad se resolvería si se permitiese al monopolista discriminar precios, de la manera en que lo hacen los ferrocarriles cuando por el mismo trayecto y casi el mismo servicio cobran una cantidad distinta en primera y en segunda clase; o cuando las líneas aéreas cargan precios diferentes hasta llenar el avión. Al cotizar un precio más alto a los clientes que desean el bien o servicio con más intensidad, el monopolista retiene para sí una parte del llamado «excedente del consumidor». Pero esta es una cuestión distributiva, no productiva: la producción discriminada será la misma que en libre competencia, aunque la distribución del ingreso sea diferente. Ni siquiera cuando el bien o servicio tenga carácter de «necesario» querrá el monopolista dejar de servirlo, por lo que intentará no superar el máximo que cada cliente esté dispuesto a pagar. Un monopolista normalmente buscará colocar toda su producción en el mercado y pronto verá si está cargando precios excesivos. Por tanto, la normativa que prohíbe la discriminación de precios no puede justificarse sobre la base de la corrección de un defecto de eficiencia del libre mercado, que nunca se pretendió que distribuyera el bienestar de forma igualitaria.

Hay otros modos de manipular los precios por los que se critica a las compañías con poder de mercado: las ventas conjuntas y la fijación de precios mínimos. Es lo que la práctica americana llama *tying in* o *bundling*, y *resale price maintenance*. Respecto de la imposición de comprar un producto fácilmente

asequible en el mercado junto con el producto monopólico, es oportuno aludir al caso Microsoft, a la que la Federal Trade Commission (FTC) demandó porque imponía el uso de Internet Explorer a sus clientes de Windows e intentaba monopolizar el mundo de las aplicaciones negándose a comunicar sus API (*Application Programming Interfaces*) a los rivales. Iniciado el caso en 1998, la Comisión abandonó el procedimiento y hubo de tomar su lugar el Departamento de Justicia. Al final, lejos de desembocar en la división de la corporación al estilo de lo impuesto a Standard Oil a principios del Siglo XX, las partes llegaron a acuerdos limitados para facilitar el uso de otros exploradores a los clientes de Windows. La evolución posterior del mercado de los PC, *laptops*, tabletas y teléfonos móviles nos hace ver lo ridículo de esa demanda en un campo de actividad sujeto a tal velocidad de avance técnico y rivalidad. La erosión de sus situaciones de dominio de mercado no ha venido de los tribunales sino de la competencia de sociedades rivales, como Apple, o de sistemas operativos gratuitos, como Linux. Vista dinámicamente, la figura del monopolio permanente e inaccesible a la competencia pierde todo su poder de convicción.

Nuestra crítica ha de tomar un camino diferente en el caso de la prohibición al productor de un bien o servicio de imponer un precio mínimo a los distribuidores en busca del aumento de su poder de mercado. En la mayor parte de los casos, la imposición de un precio mínimo es temporal, a menos que la legislación o la Administración obliguen. Tal es el caso de los libros en España y otros países europeos. So pretexto de proteger la cultura, buscan proteger a los libreros de la competencia de otros canales de lectura.

Fijación administrativa de las tarifas del monopolista

En nombre del principio de bienestar del consumidor, los reguladores a menudo fijan valores máximos para la venta de bienes y servicios ofrecidos por el monopolista. La fijación de esas tarifas se enfrenta con numerosas dificultades. La más importante es la del cálculo de los costes. Por parte del monopolista, el incentivo ya no es el de reducir los costes al máximo para aumentar el margen operativo sino el de exagerarlos para conseguir que los apruebe la autoridad reguladora. Incluso es probable que el monopolista realice gastos suntuarios, aumente la remuneración de los directivos, o no resista con demasiada energía las demandas de los trabajadores, transfiriendo así una parte del beneficio de monopolio que debería ir a los accionistas. El control administrativo puede llegar hasta el punto de limitar los dividendos a los accionistas del monopolista; se supone que para forzar una reinversión de los beneficios operativos brutos.

Tampoco es fácil determinar y limitar lo que deben pagar los consumidores sin poner en peligro la rentabilidad de la empresa y la capacidad de inversión e innovación de esta. Es permanente la tentación del regulador de favorecer al público votante con tarifas bajas que, si se recargan de impuestos adicionales a los normales sobre las ventas o sobre los beneficios, o se utilizan para subvencionar a otros sectores, dan lugar a distorsiones dañinas para la economía general.

Denuncia del monopolista perezoso

En apariencia, tiene más sentido la idea de que el monopolista tenderá a dejarse llevar por la pereza, pues por definición no tiene un competidor que le discipline. Yo oí a John Hicks decir una frase que se ha hecho famosa: «the best of all monopoly profits is a quiet life» —el mejor de los beneficios de un monopolio es una vida tranquila—. Ese pronunciamiento da por supuesto que el monopolista no busca tanto fijar sus precios, minimizar los costes, o innovar, porque no le interesa aumentar sus beneficios sino su comodidad. Ese tipo de comportamiento restrictivo solo será racional si la autoridad que regula su negocio le protege de nuevos entrantes, y más aún si es un monopolio público. Por el contrario, el monopolista no regulado

buscará el máximo beneficio o el aumento del valor de su empresa, como cualquier otro empresario, so pena de ser adquirido por un rival (si se permite).

De todas maneras, la competencia penetra por los resquicios más inesperados. Porter (1980), en el capítulo 1, muestra muy diversas formas de competencia que pueden afectar incluso a una empresa que está libre de competidores en su sector gracias a los rendimientos crecientes que consigue. Son cinco las fuerzas competitivas de las que busca defenderse una compañía con alto poder de mercado: *i)* la rivalidad de competidores existentes; *ii)* la amenaza de productos o servicios competitivos; *iii)* la amenaza de nuevos entrantes potenciales; *iv)* el poder de los grandes clientes; y *v)* el poder de negociación de los grandes proveedores. Traigo aquí este bien conocido análisis de Porter para subrayar que, al tomar una foto (por así decir) de un mercado oligopolístico, el regulador se limita a la observación estática de la competencia existente: debería tomar en cuenta «lo que no se ve», según la famosa frase de Federico Bastiat[12].

Es cierto que la legislación española tanto como la comunitaria hacen referencia a la competencia «que no se ve». En efecto, la legislación española (Ley de Defensa de la Competencia, art. 10) manda que las decisiones de las autoridades tomen en cuenta la «competencia potencial». Y la Comisión, al dar las pautas sobre el «mercado de referencia» en el que ha de medir el poder de mercado, desarrolla y aplica la noción de competencia potencial[13]. Mi crítica es más sustancial. A nadie le es posible adivinar toda la extensión de dicha competencia potencial, porque hoy día la fuente de dicha rivalidad es la tecnología, que solo intuye el empresario exitoso. ¿Quién podía adivinar hace diez o quince años el desarrollo de las conversaciones con imagen entre distantes lugares, la elevación de los servicios de empresa y contabilidad a la nube, la fabricación de piezas de motores de aviación por impresora, la sustitución de los servicios de certificación por la *blockchain* (con todos sus efectos competitivos sobre industrias y servicios)? Mientras tanto, las autoridades discuten si son galgos o si son podencos.

Cierto es que los compradores quizá no tengan gran poder de negociación ante un monopolio, aunque siempre habrá sustitutivos del producto que demandan, sobre todo a largo plazo[14]. El bien o servicio suministrado por el monopolista no regulado resultará deficiente si este no busca el aumento del valor de su empresa, con los *caveat* señalados en el subapartado anterior. Quienes sí suelen negociar y apropiarse por desgracia de una parte del beneficio del monopolista son los suministradores externos y los empleados y gerentes de la propia empresa, lo que se ve magnificado cuando las autoridades dificultan el acceso de nuevos entrantes. Por fin, y como ya he dicho, un monopolista privado y libre de regulación estará siempre expuesto a una amenaza de compra por parte de algún rival, si no acierta a maximizar el valor de su empresa, por lo que no desaparecen los incentivos a la eficiencia.

Fomento de la investigación

Estas reflexiones se aplican igualmente a la investigación y mejora tecnológica, como a la calidad del servicio y la reducción de costes. Los efectos del monopolio sobre el avance de la investigación son objeto de amplia discusión. Al monopolista le conviene fomentar el I+D+i en su seno, pues al abaratar los bienes y servicios que suministra y al ofrecer nuevos productos conseguirá aumentar su cifra de negocio y su retorno bruto. Desde el punto de vista político, al monopolista también le conviene proyectar la imagen de su dedicación investigadora. Hay que recordar que el monopolista no está tan atado al corto plazo como las empresas competitivas, por lo que tendrá no solo tiempo

[12] BASTIAT (1850).

[13] Agradezco la reflexión del revisor anónimo en este punto.

[14] Especialmente interesante en este punto es el cap. 3: «Competencia y monopolio», KIRZNER (1973). Véanse pp. 122 y ss. De la traducción española.

sino también recursos para realizar investigaciones de carácter básico.

Los ejemplos de un efecto y otro son abundantes. Los laboratorios Bell en EE UU, famosos por su dedicación a la ciencia y a la técnica, desaparecieron cuando el monopolio fue troceado por sentencia judicial. Naturalmente que Telefónica no era muy eficiente mientras fue un monopolio estatal y su servicio al público mejoró notablemente tras su privatización. Durante unos años siguió gozando de un amplio poder de mercado y pudo mantener laboratorios no necesariamente volcados hacia la inmediata aplicación interna de sus desarrollos. Creó una Fundación dedicada al fomento de la telecomunicación española en general[15].

No hay que pasar por alto la atención crecientemente prestada por las autoridades de defensa de la competencia a la innovación. Un funcionario del Departamento de Justicia de EE UU llegó a decir que: «por importante que sea la competencia en precios para nosotros, una segunda y quizá mayor preocupación es mantener la competencia por la innovación»[16]. La investigación es cara, arriesgada y produce un conocimiento pronto imitable por compañías rivales.

El descubrimiento de nuevas ideas y procedimientos es la forma principal que tienen las grandes compañías con poder de mercado de mantener sus monopolios temporales, como ha ocurrido con Microsoft primero y Apple más tarde. Es acalorada la discusión del derecho de propiedad sobre las ideas, y en especial lo conveniente o inconveniente del *copyright* y las patentes. Como ha dicho Paul Romer (1990), las nuevas ideas son apropiables por los demás; y a la postre no es fácil excluir a nadie de su uso ni patentándolas ni manteniendo el secreto profesional. Son muchos los estudiosos que proponen que se defienda con menos rigor la propiedad privada de las ideas que la de los recursos físicos y financieros. Es esta una distinción que ya aparece en la Constitución de EE UU (1787). Reza la sección 8ª del artículo 1º sobre los poderes del Congreso: «Promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores e inventores por tiempos limitados el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos». Nótese que dice «por tiempos limitados», lo que ya supone un menor derecho de exclusión contra terceros que el de la propiedad privada general. Más concretamente, también se discute que en empresas menores las patentes den como resultado un incentivo para la investigación privada. Para defenderlas conviene que tengan gran tamaño y muchos fondos. En la actualidad, es sabido que las mayores demandas por infracción de patentes las presentan compañías cuya sola actividad es la de pedir indemnización por patentes que no utilizan para nada. En todo caso, el punto en el que la oposición entre el fomento de la competencia y la defensa de la propiedad intelectual se plantean más agudamente es el de la negativa unilateral de licenciar a un rival un procedimiento exclusivo propio.

La relación entre monopolio e investigación está sin resolver, pero en todo caso es imprudente afirmar sin más que los monopolios son una rémora para el avance del conocimiento[17].

Suspensión del derecho de propiedad

Para forzar y acelerar los resultados de la competencia las autoridades a veces infringen gravemente los derechos de propiedad, al obligar a que sociedades con poder de mercado tengan que poner a disposición de sus rivales los equipos construidos o las

[15] Yo fui el último presidente de FUNDESCO, fundación dedicada desde su creación por Barrera de Irimo al fomento de las telecomunicaciones españolas en su conjunto y sin ánimo de lucro. La Fundación fue absorbida por otra exclusivamente corporativa más concentrada en el *marketing* de la Compañía, Fundación en la que yo tenía menos cabida.

[16] LÉVÊQUE y SHELANSKI (2005), p. 16.

[17] Para una más amplia consideración de la cuestión del papel de la investigación en el mantenimiento de los monopolios, véase POSNER (1969), pp. 36-44.

inversiones realizadas con fondos propios. Esto viene ocurriendo en el campo de las telecomunicaciones e Internet, en el que se impone a la compañía instaladora abrir o alquilar el uso de los cables urbanos por un alquiler tasado, como ha ocurrido con Telefónica de España; o se consigue tras largos pleitos que Microsoft abra parcialmente sus API a la competencia. Tales polémicas medidas tienen su origen en una visión estática de la competencia, cuando la dinámica del mercado suele desembocar en el descubrimiento de nuevos métodos o tecnología para erosionar situaciones ventajosas basadas en recortar a corto plazo el poder de mercado de grandes compañías, como ha ocurrido, tanto en la telefonía como en Internet.

La utilización torcida de la fiscalidad es otra muestra de falta de respeto a los derechos de propiedad. Ya el impuesto es en sí una expropiación solo justificable por destinarse a gastos propios de la comunidad, pero el disimulo de las cargas para fines que no son los proclamados es injustificable. Haré alguna reflexión sobre la utilización incorrecta de la fijación de precios por la autoridad para otros fines distintos al suministro cuasi competitivo de bienes y servicios. Una de las razones de la regulación de determinadas empresas que podrían dejarse al libre funcionamiento del mercado es el uso que de ellas hace el fisco para obtener ingresos no relacionados con la actividad regulada. Así, en muchos países, la factura de electricidad incluye cargas fiscales y transferencias políticas sin mucha relación con el servicio fundamental.

Horror al poder de mercado

En una palabra: las autoridades tienen horror a que, tras una adquisición, una empresa con una gran cuota de mercado abuse de su nueva posición cargando precios abusivos, o reduciendo la calidad de su producto o servicio, gracias a la disminución de sus costes marginales por debajo de los medios.

Las autoridades de la competencia usan métricas falsamente precisas para medir la concentración del mercado preexistente a una fusión o adquisición. La principal de ellas es la medida por el «índice Herfindahl-Hirschman» de ocupación del mercado relevante previo a la operación. Tiene dos defectos: uno, que es difícil medir el mercado relevante; y otro, que pasa por alto la capacidad de evolución dinámica de ese mercado[18]. Para definir el mercado relevante en el que juzgar si la concentración resultante será excesiva, habría que calcular las elasticidades de demanda cruzadas de los bienes o servicios que se dice lo constituyen. Igualmente, al dar por sentado que una gran cuota de mercado pone en peligro el bienestar de los consumidores, se pasa por alto que eso seguramente no será cierto a largo plazo.

La cuestión está en si el mercado en el que se quiere realizar la fusión o adquisición es monopolístico o no. Si lo primero, repetiré que el monopolio natural no desaparece porque sea regulado; y si la autoridad obstaculiza el camino hacia el suministrador único, dará lugar a guerras de precios ruinosas y a dobles inversiones en capital fijo. Si ese mercado no es naturalmente monopolístico, poco durará la ventaja de la empresa fusionada (a menos que goce de protección pública o su comportamiento caiga en lo prohibido por la ley contra la competencia desleal).

Prohibición de los oligopolios

La colusión entre empresas tiene su forma más acabada en las fusiones. Cuando estas no pueden realizarse por razones regulatorias, aparecen los cárteles, por los que empresas ostensiblemente independientes toman acuerdos para determinar conjuntamente producciones o precios. Es comprensible

[18] El índice Herfindahl-Hirschman es la suma de la fracción del mercado al cuadrado de las *n* empresas que lo componen. Si hay una única empresa en el sector, el índice toma valores muy altos, que van bajando a medida que hay más empresas repartiéndose el mercado. Es notable que este índice se calcule para un momento dado en el que las autoridades se plantean si van a permitir la concentración resultante de una fusión o adquisición. Eso no importa si el crecimiento es vegetativo, como lo ha sido con Amazon o YouTube.

que la colusión sea la bestia negra de los servicios de defensa de la competencia y ello por dos razones: el objetivo de las colusiones es el mayor poder de mercado de los que así se asocian; su método es el secreto y el silencio. Es una tesis del presente trabajo que el poder de mercado solo puede mantenerse si consigue elevar precios sin abrir la puerta a competidores menos eficientes y no partícipes en el cártel. Todos los argumentos aducidos hasta aquí para conjurar los temores causados por los monopolios naturales son aplicables a los cárteles. El secreto sin embargo es algo que debe prohibirse: conocer la existencia y condiciones de los cárteles permite a los competidores existentes o potenciales ajustarse a esas condiciones en sus planes. Convendría que las autoridades de la competencia estudiaran con atención el fenómeno del cártel de la OPEC: *i)* el papel de un productor preeminente cual es Arabia Saudí; *ii)* el modo de fijar precios y producciones; *iii)* el cuidado de evitar precios demasiado altos que hagan peligrar el crecimiento económico de sus clientes; y *iv)* la competencia surgida por el avance técnico del *cracking*[19].

Odio a la gran empresa

En realidad, toda esta legislación antimonopolio obedece a una hostilidad «contra la gran empresa más que contra los monopolistas en cuanto tales» (Posner, 1969, p. 51 y ss.). La investigación de IBM comenzó en 1967, el juicio comenzó en 1975 y el Departamento de Justicia se retiró del caso en 1982. Se había intentado probar que IBM construía sus ordenadores de oficina de tal manera que no fueran escalables. El declive de la compañía y su transformación en una empresa de servicios no vino de la persecución en los tribunales, sino de la competencia del negocio de los PC, que la compañía dejó de lado cediéndolo a Bill Gates.

Competencia desleal

La crítica presentada de la lucha contra los monopolios y oligopolios en el subapartado general anterior debe completarse con el examen de algunos actos correctamente prohibidos, en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. Esta Ley no se ocupa tanto de la libre competencia en el mercado general como de actos hostiles de partícipes singulares en la vida mercantil en cuanto puedan afectar individualmente a empresas rivales. Alguno de los extremos de este caso se había tratado en la Ley de Marcas (Ley 32/1988) y Ley General de Publicidad (Ley 34/1988). Pero aquí se trataba de proteger el juego limpio y transparente de la competencia «en interés de todos los que participan en el mercado».

El detalle de esta disposición no toca directamente el tema que nos ocupa, excepto en dos puntos. Las otras cuestiones, como la prohibición y castigo de actos contrarios a la buena fe, del engaño en la presentación de productos y servicios, la entrega de obsequios, primas y sobornos para conseguir contratos, la imitación de la publicidad, o la explotación de la reputación ajena, son parte esencial de la creación de confianza entre los partícipes de la actividad mercantil y la clientela general.

Cosa distinta es la equiparación de la publicidad denigratoria con la comparativa. Naturalmente que las imputaciones falsas y denigratorias deben estar prohibidas en un mercado competitivo, pues reducen o adulteran la información transmitida por la publicidad. Esta no es ni puede ser objetiva, pues se dirige a los sentimientos tanto como a la razón de los posibles clientes. No hay por qué prohibir la comparación de los productos propios con los ajenos, mientras las afirmaciones vertidas puedan sostenerse ante los tribunales.

Lo mismo cabe decir de la venta a pérdida. Toca esta prohibición a la disputada cuestión de la política predatoria de una compañía con poder de mercado contra otra, bajando sus precios de venta por debajo de sus

[19] No son muy abundantes los trabajos empíricos sobre los efectos de las infracciones de la competencia en la vida secreta de las empresas. Un ejemplo interesante es el estudio de STIGLER (1964) sobre el funcionamiento de los cárteles y los descuentos secretos de precios por los partícipes más pequeños de esos acuerdos.

costes medios. Es muy probable que el coste de la predación sea mucho mayor para el predador que para la posible víctima[20].

3. La regulación como obstáculo de la libre competencia

La liberación del transporte aéreo es instructiva. En EE UU, la regulación administrativa del transporte aéreo es muy temprana, de los años 1925 y 1926. En 1938 se creó la «Civil Aeronautics Board» (luego «Civil Aviation Administration»), que podía fijar las rutas, controlar la entrada y salida del sector, y fijar mínimos de servicio, aparte de investigar accidentes y certificar a pilotos y aparatos[21].

La desregulación fue obra principal de Alfred Kahn quien, después de muchos intentos, consiguió la aprobación de la *Airline Deregulation Act* de 1978. Los argumentos de los defensores de la regulación, basados en la seguridad en los desplazamientos, y regularidad y buen servicio para los viajeros, han demostrado ser falaces. Las compañías se transformaron: primero, se inauguró el sistema de *hub and spoke*, con la aparición de aeropuertos dedicados a una compañía principal, con sus vuelos radiales; luego se permitió la quiebra de grandes transportistas, afincados en modelos sindicales antiguos; por fin han aparecido las líneas de bajo coste, que han transformado profundamente nuestro modo de viajar. En EE UU y otras partes del mundo queda aún mucho que liberar en la aviación (espacio aéreo único en Europa, el Atlántico y EE UU…), pero si se ha hecho en la aviación, ¿por qué no intentar, *mutatis mutandis,* algo semejante en otros mercados regulados? El ejemplo de las telecomunicaciones, con toda su insuficiencia, puede servir de inspiración.

4. La competencia dinámica en Hayek

Una forma sucinta de explicar el error que supone la visión estática de la competencia es volver los ojos hacia la ubicua definición de la economía por Lionel Robbins (1932, 15): «la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos». Esta definición ha recibido muchas críticas[22] pero ahora quiero subrayar que en ella falta el descubrimiento de lo desconocido y el riesgo de lo inesperado. Faltan dos cláusulas: «fines latentes» y «medios por descubrir». El cálculo económico es algo más que el ajuste entre unos fines dados y ortogonales, y unos medios escasos y conocidos, para conseguir que los mercados se vacíen. La competencia real hace que los demandantes revelen deseos y objetivos que nadie siquiera intuía; y que los oferentes descubran aplicaciones de medios productivos que hasta el momento no habían sido reveladas.

Hayek señala que la competencia (perfecta) no ha de entenderse como la condición que lleva al mercado a colocarse en un punto de óptima asignación de recursos. Para él, la competencia (suficiente) es un proceso por el cual la economía converge tendiendo hacia un equilibrio que jamás alcanza. Esa convergencia es el resultado «del cambio, la innovación y la creatividad» de individuos y empresas (Boettke, 2018, 107)[23].

En el modelo de competencia perfecta «los agentes actúan como autómatas» (Boettke, 2018, 104). En él

[20] BORK (1978), pp.144-159. Mi experiencia como presidente del Instituto de Libre Comercio (IDELCO) confirma a mi entender que la venta a pérdida suele ser parte de la legítima estrategia comercial: la ampliación de las épocas en que están permitidos los saldos y las rebajas a todo el año en la Comunidad Autónoma de Madrid han vaciado de contenido esta prohibición sin que se haya notado ningún efecto gravemente dañino. Será interesante ver los efectos de la nueva normativa nacional de libertad de horarios comerciales de 2012 y 2014.

[21] Wikipedia: *Airline deregulation*. Recuperado el 18 de septiembre de 2015.

[22] Véase BACKHOUSE y MEDEMA (2009).

[23] Siempre me he preguntado por qué el artículo de HAYEK (1945) «El uso del conocimiento en la sociedad» ha sido destacado por la *American Economic Review* entre los 20 mejores publicados en ella en sus 100 primeros años. BOETTKE (2018), cap. 4, convence al decir que los economistas neoclásicos han entendido mal ese artículo, al reducirlo a ser el texto que dio lugar al descubrimiento del coste de la información como elemento del precio de equilibrio. Para Hayek, dice Boettke con acierto, información no es lo mismo que conocimiento. La información está ahí; el conocimiento hay que descubrirlo.

no hay lugar para las instituciones que facilitan la coincidencia de planes de individuos muy diferentes entre sí, como el dinero, el cumplimiento de las promesas, los tribunales y árbitros, las empresas, e incluso el propio sistema de precios (Hayek, 1937 y Boettke, 1997, 113-114). Nos dice Hayek:

«¿Cuántas de las actividades que los vendedores utilizan en la vida real serían posibles en un mercado en el que prevalece la llamada 'competencia perfecta'? Precisamente ninguna. Por definición quedan excluidas la publicidad, los descuentos de precios, la mejora de bienes y servicios; la competencia 'perfecta' significa la ausencia de toda actividad competitiva» (Hayek, 1968).

El modelo de competencia perfecta supone información perfecta, perfecta divisibilidad de factores, y perfecta discriminación de bienes (condiciones extremas que hacen muy difícil a las autoridades el enfrentarse con las impuras situaciones reales de monopolio, oligopolio, poder de mercado, discriminación de precios…). Por eso han de recurrir a la triste empiria del índice de Herfindahl-Hirschman[24].

Los precios de desequilibrio no son el resultado de defectos del mercado sino un incentivo para que los empresarios aprendan de los errores y exploten los aciertos.

5. Conclusión

El mecanismo operativo de la competencia en sus dos formas tiene algunas características poco atractivas. La competencia en un mercado iguala a todos los competidores, les obliga a rebajar los precios, hasta hacerlos coincidir en uno solo, y convierte todos los bienes y servicios en *commodities*. La competencia dinámica también tiene un lado desagradable, el que Joseph Schumpeter llamó «la destrucción creadora», el progreso a través de la eliminación de quienes quedan obsoletos.

De paso recordaré lo evanescentes que son los oligopolios y monopolios cuando no los protege el Estado o la legislación. Tomemos el ejemplo del mundo Internet. ¡Cómo han caído de su preeminencia IBM, Hewlett Packard, o Yahoo! ¿Cuánto tiempo durarán a la cabeza de las compañías más cotizadas Amazon, Google, Facebook, o Alibaba? «La tecnología elimina las barreras de entrada», dice con acierto Daniel Lacalle. ¿Quién daba dos duros por Apple en su lucha con Microsoft? El sistema operativo de Linux no ha sucumbido ante el poderoso Windows. Los oligopolios son, a la postre, caducos en el sistema capitalista.

Para emitir un juicio sobre la posible tendencia inevitable de las economías capitalistas hacia el monopolio o el oligopolio hay que estudiar más de cerca los mecanismos por los que la competencia se abre paso en las economías actuales. El mecanismo es sorprendente. Los especuladores y los empresarios buscan a toda costa crearse espacios de exclusividad para obtener beneficios extraordinarios, pero ese mismo intento socava los monopolios temporales que hayan podido erigir. Insistamos en ese hecho sorprendente: ambos tipos de actores se desviven por retrasar la llegada al estado competitivo. Podría parecer que ese afán por escapar de las consecuencias de la competencia es destructivo del bienestar. Pero no es así[25].

Quienes realizan operaciones de arbitraje (mal llamadas «especulativas») en un mercado, comprando barato para vender caro, quienes hacen acopio de bienes o de fondos líquidos para conseguir beneficios extraordinarios en el camino del mercado al equilibrio, empujan sin querer el precio hacia el punto que refleja

[24] Véase la nota 16, de pie de página. También *es.wikipedia.org*, «Indice de Herfindahl – aplicación legal», sobre los arbitrariamente distintos criterios de aplicación a casos de fusiones y adquisiciones en EE UU y la UE.

[25] Como dice THIEL (2014), cofundador de Facebook y de PayPal, los empresarios innovadores siempre buscan lanzar un negocio que sea «monopolista» en su pequeño mercado. El intentar competir en un mercado en el que la competencia es ya feroz no es el camino del éxito. Es aconsejable evitar la competencia e iniciar negocios nuevos en los que se consiga controlar a una mayoría sin rivales. Para la economía en su conjunto este tipo de iniciativa significa transformación y crecimiento. Véase su libro de 2014.

la realidad del mercado y hacen que la tasa de beneficios vaya achicándose por sus propios esfuerzos para conseguirlos mayores.

Igualmente, los empresarios que innovan tecnologías, inventan productos, patentan procedimientos, anuncian marcas, todo para sobreponerse a la rivalidad de otras empresas y así conseguir beneficios temporales cuasi monopolísticos, empujan a la sociedad entera por la senda del crecimiento óptimo, sin buscarlo.

Naturalmente, no son estos ni mucho menos los únicos efectos de la competencia: los consumidores se benefician de la reducción de precios y de la homogeneidad de los productos; el desarrollo se extiende y aviva por el impulso creador de empresarios dinámicos. La competencia adquiere así una dimensión de cooperación social, pues impulsa a la superación personal y empresarial de los rivales. En el largo plazo, esta competencia no necesita el apoyo de instituciones públicas cuyo entusiasmo por el mercado es bastante tibio.

La conclusión de este trabajo es que, si las autoridades de la competencia han de seguir en funciones, al menos hagan el esfuerzo de dinamizar su visión del mercado.

Referencias bibliográficas

[1] BASTIAT, F. (1850). *Lo que se ve y lo que no se ve*. *http://www.mise.org.es/wp-comtent/uploads/2015/07/loqueseveyloquenoseve.pdf/embed*

[2] BACKHOUSE, R. E. y MEDEMA, S. G. (2009). «On the Definition of Economics», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 23, nº 1, pp. 221-233.

[3] BOETTKE, P. J. (2018). *F.A. Hayek. Economics, Political Economy and Social Philosophy*. Palgrave Macmillan.

[4] BORK, R. H. (1978). «Injury to Competition: The Law's Basic Theories». *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Cap. 7. Free Press.

[5] CONSTITUCIÓN EE UU (1787). Varias ediciones.

[6] HAYEK, F. (1937). «Economics and Knowledge», *Economica*, vol. 4, nº 13, pp. 33-54.

[7] HAYEK, F. (1945). «The Use of Knowledge in Society». *The American Economic Review*, vol. 34, nº 4, pp. 519-530.

[8] HAYEK, F. (1968). «Competition as a Discovery Procedure», *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Routledge, 1978.

[9] HIGH, J. (ed.) (2001). *Competition.* Edward Elgar (Colección «Critical Ideas in Economics»).

[10] IRIARTE, T. de (1782). *Fábulas literarias*. Varias ediciones.

[11] KIRZNER, I. (1973). *Competition and Entrepreneurship*. University of Chicago Press. Traducido al español. Unión Editorial, 1975.

[12] KLEIT, A. (ed.) (2005). *Antitrust and Competition.* Edward Elgar.

[13] LÉVÊQUE, F. y SHELANSKI, H. (2005). Introducción de *Antitrust, Patents and Copyright. EU and US Perspectives*. Edward Elgar.

[14] MISES, L. (1949). *La acción humana*. Unión Editorial, 1980.

[15] MARX, K. y ENGELS, F. (1848). *Manifiesto comunista.* Varias ediciones.

[16] PORTER, M. (1980). «The Structural Analysis of Industries». *Competitive Strategy*, cap. 1. Reproducido en HIGH (2001), The Free Press, pp. 393-423.

[17] POSNER, R. A. (1969). *Natural Monopoly and its Regulation*. 30th anniversary edition. Cato Institute, 1999.

[18] ROBBINS, L. C. (1932, 1935). *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science.* Macmillan.

[19] ROCKEFELLER, E. S. (2007). *The Antitrust Religion*. Cato Institute.

[20] ROMER, P. (1990). «Endogenous Technological Change». *Journal of Political Economy*, vol. 98, nº 5, 2ª parte, pp. S71-S102.

[21] SCHWARTZ, P. (1982). «Segundo óptimo y economía de bienestar. Algunas soluciones parciales», *Moneda y Crédito*, nº 162, septiembre.

[22] SCHWARTZ, P. (2002). *Competencia y bienestar*. IDELCO.

[23] SMITH, A. (1776). *Investigaciones sobre la riqueza de las naciones*. Varias ediciones.

[24] STIGLER, G. J. (1957). «Perfect Competition, Historically Contemplated». *Journal of Political Economy*, vol. 65, nº 1, febrero.

[25] STIGLER, G. J. (1964). «A Theory of Oligopoly». *Journal of Political Economy*, vol. 72, nº 1, febrero. Reimpreso en KLEIT (2005).

[26] THIEL, P. (2014). *Zero to One. Notes on Start-ups or How to Build the Future.* Crown Business.

[27] WIKIPEDIA para diversas consultas, en especial sobre Standard Oil, IBM, Microsoft y la desregulación aérea.

Francisco Cabrillo Rodríguez*

LA ECONOMIA, EL ESTADO Y EL DERECHO

Una de las conclusiones más importantes del análisis económico del derecho es que el marco jurídico es un factor fundamental para el crecimiento económico en cualquier sociedad. Ante la existencia de fallos del mercado, los economistas han planteado, en muchos casos, soluciones para elevar el nivel del bienestar social basadas en la intervención del Estado mediante una regulación más estricta de determinados sectores, el monopolio público o el establecimiento de impuestos. Este enfoque es, a menudo, equivocado porque no valora en forma suficiente la capacidad de la sociedad para diseñar instituciones jurídicas que produzcan resultados eficientes.

Palabras clave: *análisis económico del derecho, regulación, fallos de mercado, derechos de propiedad.*
Clasificación JEL: *D60, D62, K11, L51.*

«Economic policy involves a choice among alternative social institutions, and these are created by the law or are dependent on it».
Ronald Coase

1. Introducción

El análisis económico del derecho ha modificado nuestra forma de entender numerosos problemas sociales, tanto desde el punto de vista del derecho como de la economía. En el primer caso, porque permite estudiar las normas jurídicas desde el punto de vista de la eficiencia e introducir criterios para el diseño de leyes e instituciones que van más allá de las consideraciones de equidad tradicionales entre los juristas. En el segundo, porque ha puesto de manifiesto cómo determinadas instituciones, leyes y regulaciones tienen efectos —positivos o negativos— sobre la evolución de las economías y su desarrollo. Si el análisis económico del derecho se ha considerado como la aportación más importante a los estudios jurídicos en el Siglo XX, también ha tenido una influencia importante en la teoría económica, al poner de manifiesto que el marco institucional en el que se desenvuelven las actividades de producción y consumo no es un dato, sino una variable sobre la que se puede —y se debe— actuar para mejorar el funcionamiento del sistema económico.

Cuando en análisis económico del derecho se habla de normas o de marco legal se interpretan estos términos en un sentido muy amplio, que va, ciertamente, más allá de la legislación, para incluir regulaciones de todo tipo y resoluciones de los tribunales de justicia u órganos similares. Una ley eficiente puede, en efecto, no generar

* Catedrático de Economía de la Universidad Complutense

los efectos inicialmente pensados por el legislador si su aplicación es defectuosa. Por ello, este análisis debe aplicarse tanto a la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo como a la de los tribunales de justicia.

La creación de normas por el legislativo y el ejecutivo ha sido estudiada tanto desde el punto de vista de la eficiencia de las leyes como desde la teoría de la elección pública, que ha puesto de manifiesto los condicionamientos en los que este proceso se desarrolla. Pero el análisis quedaría incompleto si no tomara también en consideración el papel que en el diseño del marco regulatorio desempeña la Administración de Justicia[1]. Desde el análisis económico del derecho se estudia la Administración de Justicia como un mecanismo de asignación de recursos productivos en una sociedad. La idea básica es que una Administración de Justicia que no inspire confianza —como una legislación mal concebida— tendrá como resultado una asignación ineficiente de recursos, cuyas consecuencias serán un inadecuado funcionamiento del sistema económico y, en consecuencia, una reducción del bienestar de toda la población. El papel de los jueces como «reguladores» de la actividad económica ha cobrado gran importancia en años recientes; y no solo en los países cuyo sistema jurídico se basa en el *common law* —que atribuye a los jueces una función especialmente relevante en el desarrollo de un derecho que se construye en buena medida a partir de precedentes judiciales—, sino también en los países de derecho continental, en los que el «activismo judicial» ha convertido, en muchas ocasiones, a los jueces en protagonistas —no siempre afortunados— de la política económica[2].

Si aceptamos que el mecanismo de asignación de recursos más eficiente es el mercado, sería deseable que tanto los legisladores como los tribunales de justicia llegaran a resultados similares a los que se habrían alcanzado si hubiera sido posible aplicar los principios del libre contrato y la libre negociación entre las partes. No es esta, sin embargo, la visión que se obtiene a menudo cuando se analizan tanto las leyes como las resoluciones judiciales, ya que en todos los países es frecuente encontrar normas y sentencias que se orientan más bien a condicionar la acción de los agentes económicos en un sentido determinado, buscando, a menudo, efectos en la distribución de la renta y no solo en la asignación de recursos. El análisis económico del derecho no plantea que la eficiencia deba ser el único criterio a la hora de valorar la legislación, la regulación y la jurisprudencia; pero sí que aprobar normas o dictar sentencias sin atribuir la debida relevancia a este criterio puede producir efectos negativos en el desarrollo económico.

De hecho, uno de los debates más relevantes en relación con el denominado «nuevo» análisis económico del derecho —el desarrollado a partir de la década de los años sesenta— tuvo su origen en la tesis de Posner, de acuerdo con la cual los términos «eficiencia» y «maximización de la riqueza» pueden ser considerados como equivalentes; y, además, la maximización de la riqueza debe ser el principal criterio inspirador de la política legislativa y la regulación social (Posner, 1981). Las críticas dirigidas a esta idea se basaron, como era de esperar, en el argumento de que el objetivo del derecho es otro y que las normas jurídicas deben buscar más la justicia que la eficiencia. Pero a esta idea cabe responder, también en palabras de Posner, que una sociedad considera «justa» una determinada medida de política social o legislativa porque, en el proceso de evolución del marco institucional, se ha observado que es una medida eficiente. Por otra parte, hay que señalar que el concepto de eficiencia que se utiliza en el análisis económico del derecho no se basa en el criterio de Pareto, sino en

[1] La mayor parte de la literatura sobre análisis económico de la Administración de Justicia se centra en el *common law* y, en especial, en el derecho norteamericano. Una de las escasas obras que enfocan el tema con carácter general y prestan mucha atención al derecho continental es la de CABRILLO y FITZPATRICK (2008).

[2] Para una visión crítica de la regulación mediante la litigación, puede consultarse VISCUSI (2004). Para un análisis, crítico también, del activismo judicial con algunas referencias a España, véase CABRILLO (2016).

el de Kaldor-Hicks. En efecto, resulta muy difícil que una reforma legal o una medida regulatoria signifiquen mejoras en el sentido de Pareto, ya que siempre habrá alguien perjudicado por el cambio. Por eso, cuando se considera eficiente una nueva norma es porque existe una ganancia social neta, en el sentido de que los beneficiados por la nueva asignación podrían compensar a los perjudicados y seguirían en una situación mejor que la anterior[3].

Aunque el interés de los economistas por el marco institucional sea tan antiguo como su propia disciplina, suele considerarse que el análisis económico del derecho tiene sus orígenes en la década de los años treinta, con un campo muy limitado, centrado inicialmente en el derecho de defensa de la competencia y algunas regulaciones que afectaban a la actividad empresarial. Pero sería en la década de los años sesenta cuando, a partir de los trabajos iniciales de Coase, Calabresi y Becker, se empezaría a aplicar el análisis económico a la mayor parte de los campos del derecho. La publicación en 1973 de la primera edición del libro de Richard Posner *Economic Analysis of Law* presentó, por primera vez, en la literatura, un tratamiento completo y sistemático de la nueva disciplina.

No es el objetivo de este artículo ofrecer una visión general de lo que significa hoy el análisis económico del derecho[4] sino presentar algunas reflexiones sobre el papel que las leyes, la regulación y la jurisprudencia desempeñan en un sistema económico y en el diseño de cualquier medida de política económica. En los apartados segundo y tercero se analizan los dos principales paradigmas en los que se fundamenta la teoría económica para explicar el papel que el mercado y el Estado desempeñan en el diseño de modelos que permiten mayor o menor autonomía a los agentes económicos y, por tanto, menor o mayor peso del sector público en la asignación de recursos; y se critica el hecho de que, con frecuencia, no se atribuya al diseño de normas jurídicas la importancia que realmente tiene como alternativa a políticas basadas en el control estatal de determinadas actividades. El cuarto y quinto apartados replantean la crítica de la teoría económica de los derechos de propiedad a la teoría dominante sobre fallos de mercado y se señala que el objetivo de aquella no es tanto la defensa, por principio, de soluciones privadas, como la idea de que la sociedad es capaz, en multitud de casos, de diseñar instituciones jurídicas alternativas. Concluye el artículo con un comentario sobre la aplicación a la teoría de la regulación del enfoque conductista del análisis económico del derecho, que plantea objeciones al postulado del comportamiento racional de los agentes económicos y abre vías para una mayor regulación de muchas actividades de producción y consumo a partir del principio del paternalismo liberal.

2. Intereses privados y óptimo social

La existencia de sistemas económicos con grados diversos de intervención del sector público tiene su fundamento en la aceptación de diferentes paradigmas explicativos de la actuación de los agentes económicos. De forma simplificada, cabe afirmar que son dos, básicamente, las formas de entender el funcionamiento de una economía. La primera tiene su fundamento en el paradigma de la mano invisible, de acuerdo con el cual los agentes económicos, cuando persiguen su propio interés, realizan actividades que benefician al conjunto de la comunidad. La segunda es la que se refleja en el paradigma del dilema del prisionero que explica cómo, establecidas unas determinadas condiciones, la búsqueda del interés individual lleva a resultados muy alejados del óptimo colectivo.

Desde la teoría de juegos se ha llegado a afirmar que «los modelos que tienen como su fundamento el dilema

[3] Este es el sentido en el que se utilizan en este artículo los términos riqueza nacional o social, que son equivalentes a otros como producto social o renta nacional, que se han empleado en esta literatura económica a lo largo de la historia.

[4] Entre las obras generales más destacadas sobre la materia, pueden mencionarse POSNER (1973, 1998) y SHAVELL (2004). Para un resumen de la situación y principales problemas del análisis económico del derecho en la actualidad, véase CABRILLO y ALBERT (2011).

del prisionero llevan a una refutación clara del postulado básico de la economía clásica, de acuerdo con el cual la búsqueda del interés propio en condiciones de libre competencia tiene como resultado un equilibrio óptimo desde el punto de vista de la colectividad»[5]. Es evidente que, si tal idea fuera cierta, habría que poner en cuestión no solo los fundamentos de la economía clásica, sino también los de la economía de mercado en general. Pero el argumento es incorrecto, porque interpreta de forma equivocada el mensaje de los economistas partidarios del sistema de mercado. Lo que estos han afirmado, desde Adam Smith hasta nuestros días, no es que la búsqueda del interés propio lleve a soluciones eficientes en todos los casos, sino que tal cosa se conseguirá si, y solo si, la sociedad ha desarrollado normas jurídicas e instituciones que establezcan unas adecuadas reglas de juego y que ofrezcan los incentivos adecuados a los agentes económicos. La economía clásica no supone en absoluto la no existencia de normas y reglas, ya que, por el contrario, defiende la idea de que las leyes y las reglas son muy importantes para el buen funcionamiento de toda economía; que la primera función del Estado es crear este marco jurídico de carácter general, sin entrar a resolver casos concretos favoreciendo a alguna de las partes implicadas; y que una reforma del derecho puede elevar el nivel de la riqueza global.

Un ejemplo conocido es el de la denominada fórmula de Hand en la regulación de la responsabilidad civil por culpa. La fórmula establece que quien causa un daño debe ser considerado responsable por negligencia si, y solo si, los costes de adoptar la precaución son menores que el producto de multiplicar el valor del daño por la probabilidad de que este se produzca. Lo que se plantea aquí no es que sea más o menos «justo» atribuir *a priori* el coste del daño causado a una u otra de las partes implicadas, sino que el valor de la riqueza social crece si la adopción de medidas de precaución se rige por este criterio.

Es evidente, sin embargo, que no todas las normas son eficientes y que, en muchos casos, los mercados no funcionan bien. Y, si ya en *La riqueza de las naciones* se mencionaban numerosos ejemplos de lo que, en terminología moderna, podríamos denominar «fallos de mercado» (Stigler, 1971, 1982), numerosos trabajos han analizado, en las últimas décadas, multitud de supuestos en los que una reforma de la ley o la jurisprudencia elevarían el nivel de bienestar, no tanto por una mayor intervención del Estado como por una mejor formulación de las normas del derecho privado que permita a las partes negociar y llegar a resultados más eficientes.

Por otra parte, si para hacer crecer la riqueza nacional en un sistema de economía de mercado es preciso que se den determinadas condiciones —básicamente la existencia de leyes y tribunales eficientes—, para que se alcancen los resultados que predicen los modelos basados en el dilema del prisionero deben cumplirse también una serie de postulados. Si nos centramos en el modelo estándar de este juego, es fácil observar, en primer lugar, que se trata de definir en el modelo una estrategia para una sola jugada, en la que cuestiones como la reputación o la maximización a largo plazo del beneficio no tengan cabida. En segundo lugar, no hay posibilidad de que los prisioneros negocien entre sí un acuerdo que eleve el nivel de bienestar de ambos, y de que existan instrumentos adecuados que incentiven el cumplimiento de los acuerdos y que obliguen a la parte que los incumpla a pagar la compensación correspondiente. Y, por fin, no existen normas externas que creen los incentivos adecuados para comportamientos que contribuyan a elevar la riqueza global.

Desde este punto de vista, puede considerarse que el principal problema que tiene que plantearse el análisis económico del derecho y la nueva economía institucional es la manera en la que las normas crean incentivos para que los agentes económicos escapen

[5] RAPOPORT (1987), p. 975. Esta idea goza de cierta popularidad y puede encontrarse también en obras introductorias a la teoría de los juegos.

de los resultados negativos de un dilema del prisionero. Y, si se modifican estas condiciones, en el sentido antes indicado, la sociedad será capaz de generar instituciones que resuelvan problemas que, durante mucho tiempo, se ha pensado que solo podían ser solucionados por una mayor intervención estatal.

3. Dos casos en los que la búsqueda del interés privado no maximiza la riqueza nacional: el papel del derecho

Tomemos como punto de partida situaciones en las que la búsqueda del interés privado por parte de los agentes económicos lleva a resultados subóptimos desde el punto de vista de la maximización de la riqueza. Y consideremos, como ejemplos ilustrativos, dos casos en los que la regulación legal intenta encontrar una solución eficiente a problemas que pueden plantearse en términos de un dilema del prisionero. Denominemos al primero el dilema del gerente y al segundo el dilema del acreedor. En el primer caso tenemos dos gerentes de dos empresas que compiten entre sí y que deben adoptar una decision con respecto a elevar o no los precios de sus productos para incrementar sus beneficios, que se representan en la matriz de pagos del Cuadro 1. Es un caso muy simple, en el que cada jugador (A y B) puede optar por una estrategia de cooperación (mantener los precios altos y respetar las vigentes cuotas de mercado de cada empresa) o de no cooperación (bajar los precios para aumentar su cuota de mercado si el otro jugador no los reduce).

De estas cifras se deduce fácilmente que, para los dos gerentes, la solución óptima sería cooperar y que las dos empresas vendan su producto a precios altos. Pero el equilibrio de este juego está, sin embargo, en las estrategias «no cooperación-no cooperación», lo que tiene como resultado un menor beneficio para ambos. En efecto, si se trata de estrategias de una sola jugada y no puede existir un acuerdo con fuerza legal entre las dos empresas, no cooperar es la estrategia dominante.

CUADRO 1

LOS DILEMAS DEL GERENTE Y DEL ACREEDOR

	B - Cooperación	B - No cooperación
A - Cooperacion	10,10	2,14
A - No cooperación	14,20	5,50

FUENTE: Elaboración propia.

En el caso del dilema del acreedor los jugadores son dos empresas que tienen créditos frente a una tercera empresa, y esta última en situación de quiebra; y son los únicos acreedores en el procedimiento, sin que existan créditos privilegiados. Supongamos que cada crédito tiene un valor de 25 unidades monetarias y el valor total del activo neto de la empresa quebrada es 20. En este caso la estrategia «cooperación» supone aceptar dividir en dos partes iguales los activos del deudor y que cada uno reciba 10 unidades monetarias. «No cooperación» implica acudir a los tribunales de forma separada para obtener el mayor porcentaje posible del crédito individual a costa del otro acreedor. El Cuadro 1 representa también este dilema. Si hay un acuerdo, se minimizan los costes de transacción; pero si no hay cooperación, los gastos del procedimiento reducen el valor neto de los activos de forma sustancial. De nuevo, en este caso, si no hay posibilidad de establecer algún tipo de acuerdo que ofrezca garantías a las dos partes y, considerando que se trata de estrategias de una sola jugada, el equilibrio estará en las estrategias «no cooperación-no cooperación» y los dos acreedores perderán la mitad de sus créditos.

Obsérvese que se trata de dos problemas muy similares, desde el punto de vista de las empresas implicadas. Pero, desde el punto de vista de la maximización de la riqueza social, que incluye los intereses de la totalidad de la población, los dos juegos son muy

diferentes. Y la regulación legal debe ser también, por tanto, diversa. En el dilema del gerente, cooperación significa mayores beneficios para las dos empresas; pero, al mismo tiempo, costes más elevados para el conjunto de la sociedad, debido a la subida de precios que experimentan los consumidores y a la pérdida neta que genera la desaparición de la competencia. Esta es la razón por la que existe un derecho de la competencia que, en la mayor parte de los sistemas legales, prohíbe que los gerentes sigan estrategias de cooperación de este tipo.

Muy diferentes serían los efectos de la cooperación entre los dos acreedores. En este caso los dos jugadores se beneficiarían de ella como sucedía en el supuesto anterior. Pero ahora la cooperación supondrá un incremento de la riqueza social al eliminarse gastos legales improductivos. Y esta es la razón por la cual la mayor parte de los sistemas legales prohíben, en los procedimientos de quiebras, las actuaciones separadas de los acreedores para cobrar sus deudas y les obligan a participar en un procedimiento de acción colectiva.

Son solo dos ejemplos que muestran cómo el derecho puede actuar para maximizar la riqueza nacional, incluso en casos en los que parece que el equilibrio en un dilema del prisionero desemboca necesariamente en una solución subóptima. Y esta forma de interpretar el papel del derecho en la regulación y en la política económica puede ampliarse a multitud de casos relevantes en la actividad económica.

En relación con los postulados del modelo estándar del dilema del prisionero, cabe observar que la solución basada en un acuerdo entre las partes ha sido estudiada y aplicada a diferentes aspectos de la teoría económica. No es difícil, en efecto, encontrar casos en los cuales el derecho puede reducir los costes de transacción y facilitar la consecución de acuerdos en la línea del modelo de corrección de externalidades de Coase; e incentivar el cumplimiento de tales acuerdos, al permitir que se exijan indemnizaciones compensatorias en caso contrario.

El abandono del segundo postulado —las estrategias de una sola jugada— facilita el cumplimiento de los acuerdos sin necesidad de tener que recurrir a los tribunales de justicia, ya que el propio mercado acaba premiando el cumplimiento de las obligaciones de forma sostenida (aunque la existencia de tribunales sea siempre una última solución a la que no se puede renunciar). Son bien conocidos los resultados de algunos experimentos que muestran cómo la estrategia del *tit-for-tat* o «toma y daca» se convierte en dominante, ya que la gente tiende a mantener una actitud colaborativa de cumplimiento de los acuerdos hasta que la otra parte decida no colaborar, momento en el que terminaría la relación entre los agentes económicos (Axelrod, 2006).

Y consideremos, por fin, el tercer postulado: la no existencia de algún tipo de norma que cree incentivos lo suficientemente potentes como para que los agentes económicos cambien su estrategia inicial. Supongamos, por ejemplo, que los dos prisioneros de nuestro caso estándar son miembros de la Mafia y saben que el coste de delatar al compañero puede ser para ellos extraordinariamente elevado. El equilibrio del juego vendrá dado entonces por las estrategias «cooperación-cooperación». Y la existencia de normas jurídicas específicas en el derecho de defensa de la competencia y en el derecho concursal crean tales incentivos con el objetivo de lograr, en un caso, la no existencia de acuerdos sobre precios y, en el otro, la acción colectiva para repartir los bienes del deudor en quiebra; buscando, en ambos casos, la maximización de la riqueza nacional.

4. Fallos de mercado y derechos de propiedad

En su famoso artículo «El problema del coste social», Coase (1960, 1998), que suele ser considerado como uno de los puntos de partida fundamentales del moderno análisis económico del derecho, afirmaba que el objetivo de su trabajo era el análisis de las actividades de las empresas que causan daños a otras

empresas. Y escribía: «El análisis económico de tales situaciones se ha realizado habitualmente en términos de una divergencia entre el producto privado y el producto social de una fábrica, en el que los economistas han seguido básicamente el tratamiento del tema presentado por Pigou en *La economía del bienestar*». Y tras referirse a las posibles soluciones del problema propuestas por Pigou, consistentes en hacer responsable del daño a quien lo causó, gravar con un impuesto a la empresa o desplazar la fábrica a otro lugar, concluía: «Pienso que estas posibles estrategias no son apropiadas en cuanto producen resultados que no son necesariamente —o incluso habitualmente— deseables»[6]. Y, más adelante, criticaba la teoría: en primer lugar, por su falta de claridad, que habría dado origen a una «tradición pigouviana», que se basaría en lo que los economistas obtenían de este análisis confuso y enseñaban a sus alumnos; pero, sobre todo, porque, en su opinión, tanto el análisis como las conclusiones de política económica que de él se derivan están equivocados[7].

En el capítulo 9 de la segunda parte de *La economía del bienestar* (Pigou, 1920, 1938) se presenta, en efecto, la teoría sobre el incremento de bienestar social que puede conseguir la intervención del Estado cuando existen discrepancias entre el producto social y el privado. La divergencia puede surgir en cualquiera de los dos sentidos —producto social mayor que producto privado y viceversa— y se produce en aquellos supuestos en los que una persona o empresa A, en el proceso de ofrecer determinados servicios a otra persona o empresa B, genera efectos positivos o negativos a otras personas o empresas de las que no puede esperar un pago y a las que no va a indemnizar por los daños causados. En lenguaje más moderno, aquellas situaciones en las que existen externalidades[8].

Afirmaba Pigou que es evidente que ciertas discrepancias entre el producto neto social y el privado podrían solucionarse modificando las relaciones contractuales entre las partes. Pero, en muchos casos, el Estado podría lograr tal objetivo creando estímulos y restricciones «extraordinarios» a determinadas actividades. Y la forma más obvia de hacerlo sería mediante subsidios e impuestos[9]. El impuesto al consumo de bebidas alcohólicas es presentado así como un ejemplo claro de la conveniencia de esta intervención, debido a los costes que al conjunto de la sociedad le supone tal consumo. El pago de un impuesto, calculado de forma adecuada, serviría en este caso para aproximar el producto social privado al público, ya que, en un mercado sin intervención, el primero sería claramente superior al segundo. Pero, lo que es más importante, en *La economía del bienestar* no se plantea este supuesto como un caso especial, sino que se afirma que tal principio es susceptible de aplicación general.

Pero hay que señalar que, casi desde el primer momento, estas ideas fueron puestas en cuestión por algunos economistas. Una de las primeras críticas que recibió el análisis de Pigou sobre el uso de impuestos para elevar el nivel de bienestar social fue formulada por Frank Knight en 1924. Su punto de partida fue uno de los casos estudiados en la edición de 1920 del libro. Al analizar los posibles efectos de los impuestos diferenciales —es decir, aquellos que gravan de manera diversa distintos tipos de consumo o actividad económica— Pigou criticó la opinión «ampliamente extendida» de acuerdo con la cual tales impuestos son, necesariamente, inconvenientes y hacen que la gente acabe obteniendo lo que busca de una forma más costosa, en lugar de hacerlo de la forma más eficiente. Y, para mostrar el sentido de su argumento, utilizó el siguiente ejemplo. Supongamos que, para hacer el trayecto entre *A* y *D* existen dos carreteras, una

[6] COASE (1988), pp. 95-96.

[7] COASE (1988), p. 149.

[8] Conviene señalar que Pigou nunca usó la palabra «externalidad». Parece que el primero que la incorporó a la literatura económica fue Paul Samuelson. Ver COASE (1988), p. 23.

[9] Pigou apuntaba también la idea de que, junto a los impuestos y los subsidios, el Estado podría, en determinados casos, controlar de forma directa y autoritaria la actividad.

que pasa por *B* y otra que pasa por *C*. Sin intervención pública, el tráfico se distribuiría entre ambas de una forma tal que el coste de llevar un coche por una o por otra fuera el mismo. Pero, en determinadas circunstancias, desviando algunos vehículos que van por la carretera *B* a la carretera *C*, es posible reducir, de manera significativa, los costes de circular por *B* y, al mismo tiempo, elevar solo de forma ligera los costes de circular por *C*. En tales supuestos, un «impuesto diferencial bien escogido» que gravara a los vehículos que circularan por *B* permitiría una situación superior a la del tráfico libre o «natural»[10].

Cuatro años más tarde, F. Knight publicó un artículo titulado «Algunos sofismas en la interpretación del coste social» (Knight, 1924), en el que defendió la idea de que el principal argumento de *La economía del bienestar* «está viciado»; y desmontó de forma contundente el caso de las dos carreteras. Para ello presentó de forma más clara el ejemplo de Pigou suponiendo que la carretera *B* es una carretera buena, pero estrecha; mientras la *C* es más ancha y capaz de absorber todo el tráfico, pero está mal pavimentada. En condiciones de libre circulación —coincidía con Pigou— los camiones se desplazarán de una a otra haciendo que, en equilibrio, el coste por unidad de transporte sea el mismo en las dos carreteras. Y aceptaba también la idea de que, en estas condiciones, el impuesto elevaría el nivel de bienestar. Pero mostró, a continuación, que el argumento de Pigou tenía un punto débil: la única solución eficiente no es que el Estado establezca un impuesto. Y añadió que, si las carreteras fueran objeto de propiedad y explotación privada, el comportamiento económico habitual llevaría a la misma asignación que se lograría con el impuesto propuesto por Pigou. Lo más interesante de este artículo es, sin duda, que mostró la insuficiencia del análisis realizado en *La economía del bienestar* con respecto a posibles marcos legales en la provisión de bienes y servicios, y abrió el camino para un análisis basado en lo que Coase llamaría la elección entre «diferentes acuerdos sociales para la solución de los problemas económicos»[11]. Parece que Pigou reconoció, de forma implícita, que Knight tenía razón. Nunca lo dijo abiertamente, pero el ejemplo de las dos carreteras no fue ya incluido en las posteriores ediciones del libro.

Sin embargo, el ataque más sólido y completo a la teoría de Pigou sobre los desajustes entre el producto privado y el producto social fue, sin duda, el realizado por Ronald Coase. Una de las ideas fundamentales de «El problema del coste social» es que Pigou planteó de forma errónea el problema de la divergencia entre el producto privado y el producto social porque no fue capaz de captar que en las externalidades se plantean problemas de carácter bilateral, en los que el coste puede ser asumido tanto por una parte como por la otra; y la cuestión principal es determinar cuál de los dos es capaz de emplear de manera más eficiente el recurso productivo, lo cual el mercado puede hacer de manera eficiente si se cumplen determinadas condiciones. En uno de sus ejemplos más conocidos —el caso Sturges vs. Bridgman, en el que un pastelero genera, con su maquinaria, ruidos que impiden a un médico pasar consulta en una habitación de su casa contigua— concluía que lo relevante no es decidir si el médico tiene derecho al silencio en su consulta o si el pastelero tiene derecho a utilizar sus máquinas, sino determinar cuál es el uso más eficiente del inmueble. Y, si el mercado funciona, se alcanzará una solución de equilibrio independientemente de la asignación inicial del derecho, ya que este será utilizado por el agente que lo valorara en mayor grado[12]. Este análisis tiene una relevancia indudable para la economía del bienestar, ya que el uso más eficiente de un recurso implica siempre un crecimiento de la renta nacional, porque el coste de oportunidad de quien no lo utiliza es menor que el beneficio que obtiene quien lo hace. Por tanto, el argumento de Pigou de que, cuando existe un

[10] PIGOU (1920, 1938), p. 194.

[11] COASE (1988), p. 154.

[12] COASE (1988), pp. 105-107

desajuste ente el producto privado y el social, la intervención del Estado es necesaria para elevar la renta nacional, queda en entredicho.

El debate sobre las externalidades y, en especial, sobre los denominados impuestos pigouvianos, no ha quedado zanjado con el paso del tiempo; y no hay un acuerdo general entre los economistas sobre el tema. Pero, al menos, dos ideas gozan de una cierta aceptación. La primera que, sin negar la posibilidad de que una determinada intervención pública pueda elevar la riqueza nacional, hay fórmulas alternativas para conseguir este objetivo si existen estructuras de mercado eficientes, que a su vez requieren el diseño de un marco jurídico adecuado. La segunda, que tales medidas de intervención pública —los impuestos, entre ellas— son muy difíciles de aplicar con una mínima garantía de eficiencia, lo que las hace de dudosa utilidad en el mundo real (Baumol, 1972). Es cierto, sin duda, que la existencia de costes de transacción elevados puede hacer, en la práctica, imposible la existencia de acuerdos contractuales que internalicen una determinada externalidad. Pero sería un error argumentar, *a priori*, que las mayores dificultades de aplicación práctica están en el lado del modelo de los derechos de propiedad.

5. Derechos de propiedad y gestión pública: el faro como ejemplo

Los economistas, a lo largo de la historia, han aceptado de forma generalizada determinados principios, que no han sido objeto de análisis detallado hasta que alguien los ha puesto en cuestión. Paradigma de tales casos es, sin duda, la idea de que los faros de costa tienen la naturaleza de bienes públicos y no pueden ser provistos, por tanto, por la iniciativa privada. En su artículo «El faro en la teoría económica», Coase (1974, 1988) mostró cómo, en contra de la creencia de numerosos economistas, un faro puede ser construido, financiado y administrado por una empresa privada. Y, para ello, utilizó la historia del Reino Unido de los últimos siglos, que indica que numerosos faros fueron construidos, en su día, por iniciativa privada, limitándose el papel del Gobierno a establecer un marco de derechos de propiedad y a velar porque los barcos pagaran en los puertos los derechos correspondientes. El artículo supone una crítica a la idea, ampliamente aceptada por la literatura económica desde J. S. Mill a Samuelson, pasando por Sidgwick y Pigou. Argumentaba Coase que quienes habían considerado el faro como un ejemplo indiscutible de bien público habían interpretado mal los hechos y obtenido de ellos conclusiones equivocadas, sin pararse a observar la realidad y analizar los diferentes marcos institucionales en los que se puede realizar la provisión de un determinado servicio. Los debates que surgieron, años más tarde, en torno a este trabajo pueden servir no solo para ilustrar el objetivo de la obra de Coase, sino también para aplicar a un caso concreto su modelo de creación social de instituciones legales para resolver problemas económicos.

La mayor parte de las críticas que se han dirigido a este artículo han ido dirigidas a la tesis en él planteada de que los faros funcionaban de acuerdo con los principios de la economía del sector privado. Los faros británicos fueron, en efecto, construidos y financiados por empresas privadas; pero (se apunta) los promotores tenían que obtener previamente una autorización del Estado, que supervisaba sus operaciones; y era el sector público el que realmente permitía el cobro de sus derechos a las empresas que los gestionaban. Van Zandt (1993) y Bertrand (2006), por ejemplo, han insistido en esta idea para concluir que, en su opinión, lo que la evidencia aportada por Coase realmente demuestra es que la gestión privada de los faros es imposible. Block y Barnett (2008), por su parte, aceptan la mayor parte de estas críticas con respecto a lo que se puede denominar o no «gestión privada» pero consideran que, con un diseño técnico e institucional adecuado nada impide, en principio, que los faros puedan ser plenamente privados.

Creo que plantear el debate de esta forma nos llevaría necesariamente a polemizar sobre los límites

precisos que existen entre la actividad pública y la actividad privada, lo que plantearía no pocos problemas. Pero lo más importante es que tal discusión se apartaría de la idea fundamental de Coase, que nunca planteó su artículo como una defensa de la privatización de los faros con el argumento de que, ya en su día, fueron privados. La tesis principal de su trabajo es, en cambio, que el monopolio estatal no es la única fórmula eficiente para proveer tal servicio y que caben acuerdos institucionales de otro tipo; algunos de los cuales conocemos, mientras que otros surgirán en el futuro en función de la aparición de cambios tecnológicos o nuevas instituciones legales. Es decir, que lo que él denominaba la corriente dominante en el análisis económico, basada en la «tradición pigouviana», excluye soluciones que pueden ser más eficientes que el monopolio estatal o los impuestos para corregir desajustes entre el producto privado y el producto social.

Ya en el artículo original, y previendo seguramente las críticas antes apuntadas de que el modelo vigente en Gran Bretaña no era, en realidad, un modelo de mercado, Coase había señalado que el hecho de que el poder del Estado garantizara que los usuarios pagaran sus tarifas a los propietarios de los faros respondía al modelo general, en el que quien posee determinados derechos puede pedir al sector público que garantice la obtención de los ingresos que le corresponden: «El papel del Estado se limitaba al establecimiento de derechos de propiedad en relación con los faros y a garantizar el ejercicio de tales derechos… El problema de garantizar tales derechos no era diferente de aquel que se planteaba a otros empresarios que suministraban bienes y servicios al armador»[13]. Y, en sus reflexiones posteriores sobre el tema, insistía en que lo que él había señalado no era que el modelo de faros privados fuera el único posible, sino que, dado el marco económico e institucional de la Gran Bretaña de la época, la gestión privada respondía mejor a las necesidades del sector que un monopolio público financiado mediante impuestos[14]. Es decir, un modelo alternativo al control pleno del Estado fue posible entonces; y puede serlo en muchos casos, en el presente y en el futuro, en situaciones en las que la sociedad sea capaz de crear los mecanismos legales adecuados para ello.

6. Regulación y racionalidad

¿Somos racionales los seres humanos? Y, si no lo somos al cien por cien, ¿debe el regulador «orientar» nuestra actividad para elevar la riqueza nacional? Esta pregunta no tiene una respuesta simple y hay desacuerdo entre los economistas con respecto a ella. Tales divergencias de opinión tienen, además, una larga historia, ya que los ataques al denominado *homo economicus*, que toma sus decisiones con coherencia e información perfectas, son muy antiguos. Y, aunque los economistas nunca han defendido en la realidad tal figura, este hombre de paja perfectamente frío y racional se ha utilizado muchas veces para criticar algunos de los principios básicos de la teoría económica. En nuestros días, la denominada economía «conductista» (*behavioral economics*) ha pasado a desempeñar un papel muy relevante en esta disputa. Y la concesión del premio Nobel a Richard Thaler ha contribuido a transmitir a la opinión pública una visión crítica de la racionalidad de numerosas decisiones en el campo de la economía.

Son conocidos los debates sobre la eficiencia de los mercados financieros que, durante mucho tiempo, ha mantenido Thaler con su colega de Chicago, Eugene Fama, y los partidarios de la hipótesis de los mercados eficientes. Pero su visión, que pone en cuestión en muchos casos la actuación racional de las personas y las empresas, se ha extendido al análisis económico del derecho y a la teoría de la regulación. No es ocioso mencionar a este respecto que Cass Sunstein, uno de los principales defensores de este enfoque, y

[13] COASE (1974, 1988), p. 212.

[14] COASE (1988), p. 30.

coautor con Thaler de algunas obras relevantes en este campo, fue entre 2009 y 2012 el director de la Office of Information and Regulatory Affairs del presidente Obama, puesto desde el que trató de replantear el enfoque de la regulación que tuvo su origen en el Gobierno federal en aquellos años. En el libro más conocido de Thaler y Sunstein (2008) se analizan numerosos casos de situaciones en las que la gente parece no actuar de forma coherente y obtener resultados que no solo no favorecen el desarrollo de la riqueza nacional, sino tampoco su interés particular. Y algunos de ellos están relacionados directamente con las políticas de regulación del sector público. La idea es que, si la gente no es plenamente racional, un Gobierno puede elevar el nivel de bienestar dando «impulsos» (*nudges*) a ciertas formas de comportamiento, y haciendo lo contrario con las conductas que se consideraran perjudiciales para los propios interesados, que optarían por ellas si el Estado no los orientara en la dirección correcta.

Pero tales ideas plantean, al menos, dos problemas. El primero, que son claramente paternalistas; el segundo, que tienen poco de novedosas. Ya en su día Pigou afirmó que la gente, cuando se le permite adoptar sus propias decisiones, se equivoca con mucha frecuencia, en especial en lo que se refiere a la forma de emplear sus recursos; y no solo en temas de ahorros e inversiones, sino también en lo que se refiere a sus gastos de consumo[15]. El siguiente paso era claro: como los Gobiernos disponen de gente bien formada y dedicada a mejorar el funcionamiento de la sociedad, nuestro bienestar aumentará si el Estado adopta determinadas decisiones en nuestro nombre e interés. Sunstein y Thaler han acuñado un término nuevo, «paternalismo liberal», para designar la política con la que pretenden conseguir este propósito sin violentar la voluntad de la gente. El paternalismo, en sus propias palabras, intenta ayudar a la gente a que consiga sus propios objetivos. Y su propuesta debe ser, en su opinión, considerada liberal porque no obliga a nadie a hacer lo que no quiera. Un caso típico sería el cambio de una regulación, basada en una regla *opting in*, por otra basada en una regla *opting out*. De acuerdo con la primera, cualquier persona puede, por ejemplo, donar sus órganos para trasplantes cuando se produzca su fallecimiento; pero solo le serán extraídos si expresamente ha manifestado en vida tal deseo. La otra opción, en cambio, establece que los órganos de cualquier persona fallecida podrán ser, en principio, utilizados para trasplantes; si bien es posible oponerse a la norma manifestando previamente el deseo de que no se haga tal cosa. En principio, a nadie se obliga a aceptar o no el trasplante de sus órganos tras su fallecimiento, pero no cabe duda de que el número de órganos disponibles sería mayor si estuviera en vigor la segunda regla.

Estos «impulsos», por tanto, orientan, pero no determinan el comportamiento de la gente. Y en este ejemplo parece que el resultado que se obtiene es bueno. Pero si se generaliza el modelo, nos encontramos con el problema de que hay alguien que nos está señalando el camino a seguir. Y no tenemos por qué creer que ese alguien, además de bienintencionado, sea más inteligente que nosotros y tenga mejor información sobre nuestras preferencias y opciones que nosotros mismos. Al final, nos encontramos aquí con otra idea de Pigou, que ha sido muy criticada, y con razón: su sorprendente fe en la capacidad técnica de los reguladores y en su total independencia frente a los grupos de interés[16].

El Estado moderno desempeña, sin duda, funciones muy importantes en la creación y aplicación del marco jurídico en el que se realizan las actividades económicas. Pero determinar el grado en el que debe incentivar la toma de decisiones específicas por parte de las empresas y los consumidores plantea muchos problemas. La existencia de unas normas básicas de carácter general eleva, sin duda, la eficiencia de la

[15] PIGOU (1920, 1938), p. 754.

[16] COASE (1988), p. 22.

economía en la mayoría de los casos. Pero mientras que la función de beneficios marginales de la regulación es decreciente, los costes marginales de la regulación son crecientes. Y tanto el legislador como el juez deben tener presente que, en un punto determinado, los últimos pueden situarse por encima de los primeros. Y un mayor nivel de regulación tendría como efecto, por tanto, una reducción de la riqueza nacional.

Referencias bibliográficas

[1] AXELROD, R. (2006). *The Evolution of Cooperation* (revised edition). Basic Books.

[2] BAUMOL, W. (1972). «On Taxation and the Control of Externalities». *American Economic Review* 1972, vol. 62, nº 3, pp. 307-322.

[3] BERTRAND, E. (2006). «The Coasean Analysis of Lighthouse Financing: Myths and Realities». *Cambridge Journal of Economics,* vol. 30, nº 3, pp. 389-402.

[4] BLOCK, W. y BARNETT II, W. (2009). «Coase and Bertrand on Lighthouses». *Public Choice,* vol. 140, pp. 1-13.

[5] CABRILLO, F. (2016). «La política económica de los jueces». *Revista de Economía Industrial*, nº 39, pp. 79-87.

[6] CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). «El análisis económico del derecho en la encrucijada». *Ekonomiaz*, vol. 77, 2º cuatrimestre, pp. 200-221.

[7] CABRILLO, F. y FITZPATRICK, S. (2008). *The Economics of Courts and Litigation*. Cheltenham: Edward Elgar.

[8] COASE, R. H. (1960). «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 1-44. Chicago: University of Chicago Press. Reimpreso en 1988, pp. 95-156.

[9] COASE, R. H. (1974). «The Lighthouse in Economics». *Journal of Law and Economics*, vol. 17, nº 2, pp. 357-376. Chicago: University of Chicago Press. Reimpreso en 1988, pp. 187-213.

[10] COASE, R. H. (1988). *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press.

[11] KNIGHT, F. H. (1924). «Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost». *Quarterly Journal of Economics*, vol. 38, pp. 582-606.

[12] PIGOU, A.C. (1920,1938). *The Economics of Welfare*. London: Macmillan.

[13] POSNER, R.A. (1973,1998). *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen.

[14] POSNER, R.A. (1981). *The Economics of Justice*. Harvard University Press.

[15] RAPOPORT, A. (1987). «Prisoner's Dilemma». *The New Palgrave*, vol. 3, pp. 973-976.

[16] SHAVELL, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard: University Press.

[17] STIGLER, G.J. (1971,1982). «Smith's Travels on the Ship of the State». En *The Economist as a Preacher and Other Essays*. Chicago: The University of Chicago Press.

[18] THALER, R. y SUNSTEIN, C. (2008). *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*. Yale University Press.

[19] VAN ZANDT, D.E. (1993). «The Lessons of the Lighthouse: 'Government' or 'Private' Provision of Goods». *Journal of Legal Studies,* vol. 22, nº 1, pp. 47-72.

[20] VISCUSI, K. (2004). *Regulation through Litigation*. Washington: Brookings Institution.

Juan Delgado Urdanibia*

RETOS DE LOS SISTEMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LAS ECONOMÍAS AVANZADAS

El presente artículo repasa brevemente el origen de los sistemas de defensa de la competencia, SDC, y los objetivos, funciones e instrumentos con los que cuentan actualmente para garantizar el buen funcionamiento de los mercados. Igualmente se repasan los principales debates abiertos sobre el futuro de los SDC. Se concluye que para atacar los problemas que detectan los críticos de los sistemas actuales de defensa de la competencia no son necesarias grandes reformas, pero sí una utilización más estricta y rigurosa de los instrumentos que ya existen.

Palabras clave: *defensa de la competencia, desarrollo económico, bienestar, globalización, regulación.*
Clasificación JEL: *D63, K21, K23, L40, L51.*

1. Introducción

Los mercados competitivos optimizan la asignación de los recursos en una economía. Sin embargo, los mercados no siempre funcionan correctamente. La existencia de poder de mercado puede implicar una asignación ineficiente que perjudique al consumidor. El control del poder de mercado a través de las políticas de defensa de la competencia y de la regulación persigue garantizar que el ejercicio de este poder no distorsione la asignación de recursos y el reparto de la riqueza en perjuicio del consumidor.

En el último siglo se han desarrollado en todo el mundo sistemas de defensa de la competencia (SDC) consistentes en legislación, instituciones y políticas que persiguen mejorar el funcionamiento de los mercados con el fin de incrementar el bienestar de los consumidores. Desde la promulgación a finales del Siglo XIX de la *Sherman Act* en EE UU, el número de países con SDC ha aumentado considerablemente. Hoy en día, todas las grandes economías del mundo tienen su propio SDC.

Sobre todo a partir de finales del siglo pasado, la ciencia económica ha desarrollado teorías y herramientas empíricas que permiten un análisis riguroso, consistente y coherente de los mercados y de los problemas de competencia. Estas herramientas dotan de consistencia a las políticas de control del poder de mercado y permiten optimizar la intervención en los mercados garantizando que el control del poder de mercado beneficie a los consumidores.

En los últimos años, la aparente creciente concentración de los mercados en torno a grandes

* Director de Global Economics Group.

conglomerados, el auge de la economía digital que ha conllevado la aparición de grandes empresas digitales y el proceso de globalización que ha llevado a una mayor interdependencia de los mercados ha despertado críticas sobre la efectividad de las políticas de la competencia. Estas críticas alegan que las políticas de la competencia no han logrado frenar la acumulación y concentración de poder económico y político en torno a un número reducido de empresas, debido a que los objetivos de las actuales políticas de la competencia son erróneos y a que los instrumentos utilizados no son apropiados para atajar el poder de las empresas en el mundo digital. Asimismo, el necesario carácter global de las políticas de la competencia no encaja con el alcance doméstico de las políticas nacionales, lo que limita la efectividad de las políticas de la competencia.

2. Los orígenes de los sistemas de defensa de la competencia

El origen de los SDC se remonta a EE UU a finales del Siglo XIX[1]. En aquel entonces, diversas corporaciones adoptaron formas legales específicas (los llamados «trust») a través de los cuales podían ejercer control sobre varias corporaciones sin estar sujetos a las legislaciones estatales. Comenzó entonces un proceso de concentración horizontal que llevó a la formación de poderosas corporaciones como Standard Oil y otras corporaciones en importantes sectores como el ferroviario, textil, alimentación[2], etc. El funcionamiento de los trust era similar: con el objeto de reducir la producción y subir los precios, concentraban la producción en unas pocas plantas y cerraban el resto[3]. Como respuesta a esta estrategia, varios estados aprobaron sus propias leyes antitrust que culminaron con la aprobación de la *Sherman Act* en 1890.

La *Sherman Act* establece las bases de los SDC modernos. La sección 1 prohíbe los acuerdos entre competidores que tienen por objeto la restricción del comercio. La sección 2 prohíbe cualquier intento de monopolizar el comercio. La *Sherman Act* dio como resultado la disolución de los trust, aumentando la competencia. La *Clayton Act*, aprobada en 1914, introdujo el control de concentraciones para evitar que las fusiones y adquisiciones de empresas pudieran dañar al consumidor. En 1914, también se creó la Federal Trade Commission (FTC), la agencia independiente responsable de controlar las conductas anticompetitivas.

En Europa la aparición de los SDC fue más tardía. Aunque varios países disponían de sus propias leyes anticártel (era el caso de Francia y Alemania), no fue hasta el Tratado de París (1951) cuando de forma sistemática los países firmantes fueron introduciendo leyes de competencia en su legislación. En el Tratado de París, la competencia se entiende fundamentalmente como un instrumento para eliminar barreras al comercio, garantizar el acceso a recursos básicos y conseguir el funcionamiento eficiente de los mercados. La política de la competencia se entendía como un instrumento para la creación del futuro mercado único. El Tratado de Roma de constitución de la actual UE (1957) reproduce en sus artículos 85 y 86 las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*. El control de concentraciones no se introdujo hasta 1990, con los objetivos aparentemente contradictorios de preservar la competencia y

[1] Véase COLLINS (2013) para un análisis detallado de los orígenes de la legislación de competencia.

[2] American Cotton Oil Trust, Linseed Oil Trust, National Lead Trust, Distillers and Cattle Feeders Trust (el trust del *whisky*) y Sugar Refineries Company (el trust del azúcar). Véase COLLINS (2013), para más ejemplos.

[3] COLLINS (2013) documenta cómo «el trust del *whisky*, que se formó tras una serie de acuerdos fallidos, se constituyó con el objeto de reducir la producción de alcohol, bebidas espirituosas y licores. El método utilizado por el trust para controlar la producción era simple: centralizaba la producción en las plantas más eficientes y cerraba el resto. En 1890, de las 90-110 destilerías situadas al norte y al oeste del río Ohio, 75-80 pasaron a formar parte del trust, de las cuales el trust solo mantuvo abiertas 15» (p. 2.326).

promover la creación de grandes empresas europeas que contribuyesen a la creación de un mercado único[4].

En España[5], la promulgación de la primera norma reguladora de conductas anticompetitivas se produce en 1963, con la Ley 110 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia en el marco de los compromisos adquiridos con EE UU en 1953, en el proceso de apertura de la economía española y en el Plan de Estabilización Económica de 1959. Con esta Ley se crea el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

La aplicación efectiva de la normativa de defensa de la competencia no se produce hasta la aprobación de la Ley 16/1989, que adapta la normativa europea al marco legislativo español e introduce las funciones de promoción de la competencia y del control de concentraciones. La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) integrando el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia, como órgano instructor, y el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano resolutorio, y ampliando las funciones de la autoridad en materia de asesoramiento a las Administraciones Públicas y de promoción de la competencia. En 2013 se produce la integración de la CNC con los reguladores sectoriales en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin que ello suponga cambios reseñables en sus competencias y funciones.

El desarrollo internacional de los SDC ha sido significativo en las últimas décadas. Actualmente, más de 120 países disponen de normativas de defensa de la competencia y de instituciones responsables de su aplicación. Grandes economías como China e India han introducido SDC en su legislación y su actividad sancionadora y de control de concentraciones ha ido aumentando año tras año. El ámbito competencial, el grado de actividad y la independencia difieren según la jurisdicción, pero los principios subyacentes en todos los SDC son comunes. Además de autoridades nacionales existen organismos supranacionales con más o menos competencias sobre la aplicación de la normativa de competencia en varios países como la Comisión Europea[6], la EFTA Surveillance Authority[7], la Comunidad Andina[8] y COMESA[9]. Por último, existen varios organismos de coordinación como la OCDE[10], la International Competition Network (ICN)[11], la European Competition Network (ECN)[12] y el Foro Latinoamericano de Competencia[13] que establecen mejores prácticas, promueven la cooperación en la aplicación de la normativa de competencia y garantizan la aplicación coherente de la normativa de defensa de la competencia en un mundo cada vez más globalizado.

3. Objetivos, funciones e instrumentos de los sistemas de defensa de la competencia

Objetivos

En la mayoría de los países, el objetivo principal de las políticas de la competencia es maximizar el bienestar del consumidor[14]. El bienestar del consumidor se utiliza como métrica para determinar si una conducta anticompetitiva o una operación de concentración perjudica el bienestar. La protección del proceso competitivo se percibe como un medio para alcanzar la asignación eficiente de los recursos y, en último término, generar beneficios para los consumidores.

[4] THATCHER (2014) analiza el proceso de creación, el desarrollo y los objetivos del control de concentraciones en Europa.

[5] Ver SÁNCHEZ (2018) para una descripción detallada del SDC español.

[6] *http://ec.europa.eu/competition/index_en.html*

[7] *http://www.eftasurv.int/*

[8] *http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=322&tipo=TE&title=competencia-y-defensa- comercial*

[9] *http://www.comesa.int/comesa-members-states/*

[10] *http://www.oecd.org/competition/*

[11] *http://www.internationalcompetitionnetwork.org/*

[12] *http://ec.europa.eu/competition/ecn/*

[13] *http://www.oecd.org/competition/latinamerica/*

[14] ICN (2011) ofrece un análisis detallado del papel del bienestar del consumidor en distintos SDC del mundo.

Funciones

Las funciones básicas de los SDC se articulan en torno a tres ámbitos: la función sancionadora de las conductas anticompetitivas, el control de concentraciones y la promoción de la competencia.

La *función sancionadora* es común a prácticamente todos los SDC del mundo y reproduce el esquema instaurado por la *Sherman Act*: la prohibición de los acuerdos anticompetitivos y la prohibición de las conductas abusivas por parte de los operadores dominantes. Los acuerdos anticompetitivos son aquellos que restringen la competencia y cuyos efectos negativos sobre el bienestar del consumidor no se compensan con las posibles eficiencias generadas por los acuerdos. Los acuerdos anticompetitivos incluyen los cárteles de precios y de reparto de mercado así como otros acuerdos, tales como los acuerdos de distribución, de producción conjunta o los intercambios de información que pueden también tener carácter anticompetitivo. Las conductas abusivas por parte de los operadores dominantes incluyen conductas como los precios por debajo de costes, los descuentos que persiguen la exclusión de competidores del mercado o la denegación injustificada de suministro, implementadas por empresas con un elevado poder de mercado.

El *control de concentraciones* es exclusivo de las economías de mayor tamaño[15] y persigue evitar que mediante fusiones o adquisiciones se produzca una reducción significativa de la competencia. Solo están sujetas al control de concentraciones las operaciones que implican a empresas de un determinado tamaño o que superan una determinada cuota de mercado. En España, por ejemplo, están sujetas al control de concentraciones las operaciones que supongan un incremento de la cuota de mercado igual o superior al 30 por 100 y que el volumen de negocios global en España supere los 240.000.000 de euros.

La *promoción de la competencia* es una función generalista que incluye un amplio espectro de funciones con el objeto común de promover el proceso competitivo y la apertura de los mercados. Las labores de promoción de la competencia abarcan desde labores informativas y formativas, al examen de la nueva normativa impulsada por los poderes públicos o la elaboración de investigaciones de mercado. Dependiendo de la jurisdicción, las funciones de promoción de la competencia son meramente informativas o pueden tener carácter ejecutivo.

El control de *ayudas de Estado* es una función excepcional que solo existe en la Unión Europea y que persigue garantizar que los Gobiernos no distorsionen la competencia mediante la concesión de fondos públicos o ventajas competitivas a determinadas empresas.

Instrumentos de los sistemas de defensa de la competencia

Los SDC disponen de distintos instrumentos para aplicar la política de competencia tales como las sanciones, la prohibición de operaciones de concentración o la aprobación con condiciones, el recurso de actos administrativos, la elaboración de informes y la intervención en los mercados para corregir situaciones de falta de competencia.

Las sanciones se utilizan para castigar las infracciones en forma de acuerdos anticompetitivos o de abuso de posición de dominio. En la mayor parte de las jurisdicciones las sanciones tienen carácter administrativo y se imponen sobre las empresas infractoras. Algunas jurisdicciones también imponen sanciones personales (en España existen sanciones personales con carácter simbólico de hasta 60.000 euros) e incluso sanciones penales para los directivos que participen en acuerdos anticompetitivos (en EE UU, Irlanda y Reino Unido).

En las operaciones de concentración, las autoridades de competencia tienen la potestad de prohibir la operación, aunque esto ocurre en un número muy reducido de ocasiones. En la mayor parte de los casos,

[15] En economías pequeñas como Uruguay, Jamaica y la República Dominicana no existe la función de control de concentraciones. En Perú, el control de concentraciones se limita al sector eléctrico.

se aprueba la operación, sujeta a condiciones. Las condiciones impuestas pueden ser de carácter estructural, que implican la venta de parte del negocio fusionado, o de comportamiento, que implican la limitación de la estrategia de la empresa fusionada o la imposición de obligaciones de acceso. La mayor parte de las autoridades de competencia europeas muestran una preferencia sobre los remedios estructurales. En España, por el contrario, la mayor parte de las operaciones aprobadas con condiciones conllevan remedios de comportamiento.

Los instrumentos de promoción de la competencia son variados y difieren según el país**.** En la mayor parte de los países, los instrumentos de promoción de la competencia se limitan a labores informativas y de concienciación como la publicación de guías y la organización de conferencias. Algunas autoridades también supervisan que las acciones normativas de los Gobiernos no distorsionen la competencia emitiendo informes no vinculantes[16] o incluso, como ocurre en España, pudiendo impugnar determinados actos administrativos ante los tribunales.

Finalmente, la mayor parte de las autoridades tienen la capacidad de llevar a cabo investigaciones de mercado cuyo alcance y efectos varían según el país. En la mayor parte de los países las investigaciones de mercado concluyen con recomendaciones no vinculantes para eliminar obstáculos a la competencia en el sector analizado. En algunos casos, la investigación puede ser un paso previo al inicio de un expediente sancionador. En Reino Unido, Grecia y México, la autoridad de competencia puede, en el contexto de una investigación de mercado, adoptar medidas de corrección de las distorsiones competitivas detectadas, bien vía regulación o vía desinversiones estructurales[17].

[16] En Finlandia, por ejemplo, la autoridad de competencia participa en grupos de trabajo de los ministerios para proponer cambios normativos.

[17] Por ejemplo, en el caso de la investigación de mercados de BAA Airports en Reino Unido en 2009 se impuso a BAA la venta de tres aeropuertos en zonas donde se consideraba que la empresa poseía excesivo poder de mercado (Londres y Edimburgo-Glasgow). Ver *https://www.gov.uk/cma-cases/baa-airports-market-investigation-cc*

4. Retos de los sistemas de defensa de la competencia

Desde diversos foros, se ha extendido la idea de que la aplicación laxa de las políticas de defensa de la competencia ha favorecido la concentración de poder económico y político en un número reducido de empresas en las últimas décadas. En opinión de estos críticos, la explicación de este fenómeno reside en el hecho de que los objetivos definidos por las políticas de la competencia han sido incorrectos, que los instrumentos con los que cuentan los SDC no son apropiados para el nuevo contexto creado por la economía digital y que los SDC no han logrado adaptarse al proceso de globalización y creciente interdependencia de los mercados. El presente apartado analiza los retos a los que se enfrentan los SDC y propone vías para atacar dichos retos y garantizar el máximo beneficio para los consumidores.

Los objetivos de la defensa de la competencia

Tradicionalmente, el bienestar del consumidor ha sido considerado como el objetivo de las políticas de competencia y como el estándar para determinar si una conducta es o no anticompetitiva. Para determinar si una conducta infringe las normas de competencia, se analiza si la conducta restringe la competencia y redunda en una reducción del bienestar del consumidor. Asimismo, el análisis de las operaciones de concentración implica el análisis de si la operación reduce de forma significativa la competencia, afectando de forma negativa al bienestar del consumidor.

El estándar del bienestar del consumidor se adopta en los años ochenta, bajo la influencia de la Escuela de Chicago. En la actualidad, la mayor parte de las leyes de defensa de la competencia del mundo están basadas en este estándar (p.ej., Europa, España y Estados Unidos). El bienestar del consumidor es una métrica comúnmente utilizada para medir la bondad de una determinada conducta o política económica.

Además, la medición del bienestar del consumidor es relativamente sencilla y estandarizada, lo que permite establecer comparaciones de bienestar en distintas situaciones y contextos. La ciencia económica ha desarrollado múltiples herramientas para el análisis empírico del bienestar, que permiten analizar de forma certera y coherente los cambios en el bienestar provocados por determinadas conductas.

El estándar del bienestar del consumidor ha sido criticado por varios motivos:

— *La complejidad del análisis del bienestar*. El impacto sobre el bienestar de una operación de concentración o de una conducta anticompetitiva no es directamente observable y se calcula generalmente a partir de los efectos sobre los precios. Esto implica, según los críticos, que se debe recurrir a «complejos» modelos económicos cuya contrastación no está al alcance de reguladores y jueces.

— *El enfoque limitado de las políticas de la competencia*. Según algunos críticos, el estándar de bienestar del consumidor se centra en el análisis estático de los daños y, especialmente, a través del impacto sobre los precios[18], lo que supone un análisis parcial en mercados dinámicos (por ejemplo, en mercados en los que la innovación es relevante) y en aquellos mercados en los que los precios no son el único aspecto relevante (como en muchos mercados digitales). Otros críticos destacan que el estándar del bienestar del consumidor ignora otros objetivos relevantes como la distribución de la renta y la desigualdad.

La crítica más reciente hacia el estándar de bienestar del consumidor proviene de los llamados «neobrandesianos», en honor al juez Louis Brandeis, que promovió la reforma del sistema estadounidense de defensa de la competencia como un instrumento de distribución democrática del poder[19]. Los defensores de esta corriente, surgida en paralelo con el desarrollo de las grandes empresas tecnológicas como Amazon o Google, critican que el estándar del bienestar del consumidor no capture los efectos de la creciente concentración empresarial en el medio y largo plazo[20]. De acuerdo con esta crítica, el estándar del bienestar del consumidor se centra en los efectos a corto plazo de determinadas conductas sobre los precios finales, pero no promueve la competencia ni la apertura de los mercados. Además, no captura el impacto de la posible exclusión de competidores eficientes o el impacto sobre el bienestar social del ejercicio del posible poder «monopsonista» de estas grandes empresas sobre proveedores y trabajadores.

No hay consenso entre los defensores de esta crítica en torno a un estándar alternativo. Algunos proponen la vuelta a los orígenes de la defensa de la competencia, regulando la mera existencia del poder de mercado sin necesidad de probar la existencia de un perjuicio para el consumidor o protegiendo el «proceso competitivo»[21].

La protección de la competencia ya forma parte del análisis de las infracciones de competencia como paso previo al análisis del impacto sobre el bienestar: solo aquellas conductas que supongan una restricción a la competencia son analizadas para determinar si afectan o no de forma negativa al bienestar del consumidor. El problema es que no todas las conductas que restringen la competencia son perjudiciales para el consumidor. El recurso al «proceso competitivo» podría llevar a la prohibición de conductas o al desmantelamiento de empresas sin un claro beneficio social. En cierto modo, el estándar de bienestar ya distingue la competencia por méritos, que redunda en una mejora del bienestar del consumidor, de aquellas conductas que persiguen restringir la competencia.

[18] WU (2018).

[19] KHAN (2018).

[20] SHAPIRO (2018) discute que esta percepción no está basada en datos reales. Si bien sí hay evidencia de que en diversos sectores las grandes empresas han ganado cuota de mercado en relación a las más pequeñas, esto no da necesariamente como resultado un aumento en la concentración cuando los mercados se definen de forma más estrecha (como se hace en la aplicación del derecho de la competencia o de la regulación), ni hay evidencia de que dicho aumento de la concentración se traduzca en menor competencia y mayores precios.

[21] WU (2018).

Otros proponen conceptos más abstractos como la «concentración excesiva» o la «acumulación de poder», como criterios para activar la aplicación de la legislación de defensa de la competencia o de la regulación. La falta de un estándar medible o comparable pone en manos de reguladores y jueces un elevado grado de arbitrariedad sobre qué situaciones o conductas son ilícitas o dañinas y crea incertidumbre sobre la identificación *ex ante*, por parte de las empresas, de aquellas conductas que infringen la normativa de la competencia o que podrían ser reguladas. La introducción de nuevos criterios que complementen o reemplacen al estándar de bienestar del consumidor debería basarse en conceptos medibles y de consenso, y cuya aplicación esté exenta de incertidumbre para los sujetos afectados.

Otras críticas echan de menos que, entre los objetivos de la política de competencia, no se encuentren la redistribución de la renta y la reducción de la desigualdad. Existen sin embargo numerosos estudios que ponen de manifiesto que, aunque la redistribución de rentas no sea un objetivo explícito de la política de la competencia, la mera promoción de la competencia y la aplicación de la legislación de defensa de la competencia contribuyen a la reducción de la desigualdad[22]. También, el hecho de que el objetivo de la defensa de la competencia sea el excedente del consumidor, y no el excedente total, supone un sesgo a favor de los consumidores, ya que las políticas de la competencia penalizan las conductas que suponen transferencias de renta de los consumidores a las empresas y no las conductas que suponen transferencias de rentas entre empresas.

El impacto del poder de mercado sobre la desigualdad se canaliza vía precios: en ausencia de competencia, el poder de mercado hace aumentar los precios, lo que implica un mayor gasto para el consumidor y una transferencia de rentas hacia los accionistas de las empresas, que en su mayoría forman parte de la población de mayor renta. La ausencia de competencia tiene el doble efecto de aumentar la renta de los individuos más ricos y reducir el poder adquisitivo del resto de la población[23]. Lyons (2017) también destaca que el patrón de consumo de los individuos con menor renta se concentra en bienes con demanda inelástica por lo que estos se verán más afectados por la existencia de poder de mercado. Ennis *et al*. (2017) estiman que, en media, la existencia de poder de mercado sería responsable de un aumento del 17 por 100 de la riqueza del 10 por 100 más rico.

Baker y Salop (2015) proponen diversas medidas que pueden contribuir a la redistribución de rentas sin que ello suponga abandonar el objetivo del bienestar del consumidor. Entre las medidas propuestas están el aumento de los presupuestos de las autoridades de competencia, la priorización de los casos y la aplicación de remedios que beneficien a la población más desfavorecida y, en general, una aplicación más estricta y extensiva de las políticas de la competencia y de regulación.

Por último, algunos autores, sin cuestionar el estándar de bienestar del consumidor, critican que la excesiva simplificación de las reglas de decisión ha sido la responsable de la aparente laxitud de la aplicación de las normas de competencia, sobre todo en EE UU y en el caso de algunas operaciones de concentración en Europa[24]. Esta simplificación tiene su origen en el libro *The Antitrust Paradox*, de Robert Bork[25]. Bork abogaba por la legalidad *per se* de varias conductas tales como la fijación del precio de reventa, las restricciones verticales no relacionadas con los precios o el empaquetamiento de productos sobre la base de un análisis económico simplista.

La simplificación del análisis de situaciones complejas y el sesgo por reducir los «falsos positivos» (es decir, la sanción de conductas o la prohibición de operaciones con efectos positivos) ha llevado a favorecer

[22] ENNIS *et al*. (2017), LYONS (2017) y DIERX *et al*. (2017).

[23] ENNIS *et al*. (2017).

[24] LESLIE (2014), BAKER y SHAPIRO (2008) y RUBINFELD (2008).

[25] BORK (1978).

los «falsos negativos» (es decir, la no sanción de conductas o la aprobación de operaciones con efectos negativos). Esto ha podido implicar la aplicación laxa del derecho de la competencia, sobre todo en sectores en los que el papel de la innovación y la incertidumbre del mercado es importante. El regulador, ante la dificultad de modelizar los efectos de las operaciones o conductas, ha tendido a la permisividad sin una base analítica convincente. Ejemplos de posibles operaciones donde este sesgo puede haber sido relevante son la compra de Instagram en 2012 y WhatsApp en 2014 por parte de Facebook; de YouTube en 2006 y DoubleClick en 2007 por Google; y, en España, la adquisición de Digital Plus en 2015 por parte de Telefónica.

En conclusión, la defensa del consumidor no requiere cambios radicales en los objetivos de la política de la competencia y sí una mejora en la aplicación del estándar de bienestar del consumidor y, posiblemente, sistematizar la aplicación de objetivos complementarios como la reducción de la desigualdad. La mejora del estándar implica ampliar su alcance e incorporar elementos más allá del impacto de las operaciones de concentración o de las conductas anticompetitivas sobre los precios en el corto plazo. Ampliar el marco temporal e introducir elementos de carácter dinámico como la innovación y la incertidumbre sobre la evolución futura del mercado requieren mejorar el análisis económico de forma que se identifiquen con mayor precisión los efectos de las concentraciones y de las conductas potencialmente anticompetitivas, y no la adopción de soluciones simplistas que conviertan en discrecionales las intervenciones de los reguladores.

La defensa de la competencia en la economía digital

Parte del debate sobre los objetivos del derecho de la competencia ha estado motivado por el auge de los gigantes de Internet (Alphabet —matriz de Google—, Amazon, Apple, Facebook y Microsoft) y por la percepción del elevado poder político y económico de las grandes corporaciones. En palabras de *The Economist*[26]: «las viejas formas de pensar sobre la competencia, articuladas en la era del petróleo, resultan arcaicas en la llamada 'economía de los datos'… Se necesita un nuevo enfoque».

Muchos de estos gigantes digitales operan en mercados «multilaterales» o de plataforma (Alphabet, Apple, Facebook) en los que el tamaño es relevante para maximizar el valor para los usuarios. Otros, como Amazon, operan en mercados de logística en los que existen elevadas economías de escala.

Los mercados multilaterales o de plataforma ponen en contacto distintos tipos de «clientes» que se benefician de dicha interacción[27]. Por ejemplo, Blablacar pone en contacto a conductores y pasajeros. Ejemplos de mercados multilaterales son las tarjetas de pago y los periódicos y revistas que se financian con publicidad. La universalidad de Internet y de las tecnologías móviles facilita la interacción entre los clientes y configura el escenario ideal para los negocios basados en plataformas multilaterales.

El éxito de las plataformas se basa en la existencia de los llamados «efectos indirectos de red». Los efectos indirectos de red reflejan el hecho de que el aumento de participación en un lado del mercado (p. ej., los conductores en Blablacar) hace más atractiva la participación en el otro lado (los pasajeros). La existencia de efectos indirectos de red puede llevar a una mayor concentración en el mercado aunque ello no implique la monopolización completa del mercado[28]. Esta mayor concentración no es necesariamente perjudicial para los usuarios, ya que el valor de la plataforma para los usuarios es mayor conforme aumentan el número de usuarios y el tamaño de la misma.

---

[26] *The Economist* (May 6, 2017). *The World's Most Valuable Resource Is No Longer Oil, But Data.* «Old ways of thinking about competition, devised in the era of oil, look outdated in what has come to be called the 'data economy'… A new approach is needed».

[27] EVANS y SCHMALENSEE (2016) revisan de forma exhaustiva el funcionamiento de los mercados de plataformas y los factores que determinan su dinámica competitiva.

[28] EVANS y SCHMALENSEE (2014) analizan los distintos factores que determinan el grado de concentración en los mercados multilaterales.

La dinámica competitiva de estos mercados es más compleja que la de los mercados convencionales, ya que no solo hay que analizar la demanda de cada uno de los lados sino también las interacciones entre los distintos lados. Por ejemplo, la decisión de un conductor de inscribirse en Blablacar depende del número y localización de pasajeros inscritos, y la decisión de los pasajeros del número y localización de conductores. Dichas interacciones determinan que a la hora de analizar la dinámica competitiva del mercado se deba tener en cuenta no solo la estructura de cada uno de los lados, sino también cómo afectan a tal dinámica de mercado las interacciones entre los distintos lados.

La complejidad de estos mercados y la incertidumbre sobre su evolución futura no invalida los instrumentos tradicionales del derecho de la competencia pero sí que dificulta su aplicación; en el caso de las operaciones de concentración, la evolución de los mercados convencionales (fabricación de automóviles, producción de cemento, distribución de gasolina) es previsible en el medio plazo, por lo que el impacto de una operación de concentración es anticipable. En el caso de los mercados digitales, la incertidumbre es mayor. Por ejemplo, en la compra de Instagram por Facebook en 2012, las autoridades de competencia no previeron el impacto que tal operación iba a tener en la publicidad *online* ya que, en aquel entonces, el peso de ambas compañías en el mercado de publicidad era insignificante. La operación fue aprobada sin grandes obstáculos y hoy en día ambas redes sociales se encuentran entre los diez primeros medios de publicidad *online*.

Probablemente, en línea con Shapiro (2018), el análisis de las operaciones de concentración en la economía digital requiera asignar un mayor peso a los posibles escenarios futuros del mercado, analizando el impacto de las operaciones en relación al grado de competencia actual y a la reducción de la competencia potencial en el futuro. De esta forma, los posibles remedios deberían estar encaminados no solo hacia el mantenimiento del nivel actual de competencia, sino también a impedir que la competencia pueda reducirse en un futuro.

Por otro lado, no hay motivos para que la aplicación de la legislación de competencia en dichos sectores sea distinta a la del resto de la economía: la aplicación del derecho de la competencia en la economía digital debería seguir sancionando las conductas anticompetitivas que resultan perjudiciales para los consumidores y no sancionar la mera existencia de poder de mercado.

El poder de mercado adquirido por méritos propios, y no a través de conductas anticompetitivas, beneficia al proceso competitivo y a los consumidores. La regulación del poder de mercado puede afectar a los incentivos a la innovación, reduciendo la competencia y perjudicando a los consumidores. Del mismo modo, las propuestas de separación estructural de los gigantes tecnológicos puede tener consecuencias negativas para los consumidores: la separación estructural de las distintas líneas de negocios reduciría las sinergias sobre las que se han construido las propias empresas y no garantizaría la viabilidad de cada una de las divisiones por separado.

En conclusión, la aplicación del derecho de la competencia en la economía digital requiere un análisis riguroso de la dinámica de los mercados y la introducción en el marco de análisis de los escenarios futuros posibles, pero no requiere de un cambio de paradigma. Los instrumentos de los que disponen hoy en día las autoridades de competencia en relación al análisis de las operaciones de concentración, de las infracciones por conductas anticompetitivas y de apertura de los mercados y promoción de la competencia son suficientes para garantizar el funcionamiento competitivo de la economía digital, pero su aplicación debe adaptarse a las particularidades de cada mercado[29].

[29] Numerosas autoridades de competencia han establecido como prioridad el análisis de los mercados digitales. Por ejemplo, el plan anual de la CMA británica para 2018-2019 (*Competition and Markets Authority Annual Plan 2018 to 2019*) establece los mercados digitales como uno de los sectores prioritarios y propone la creación de un equipo especializado. La FTC estadounidense incluye en su serie de conferencias prospectivas sobre la política de la competencia en el Siglo XXI varias sesiones con expertos en relación a las implicaciones sobre la política de la competencia de los mercados digitales. Ver *https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2018/10/ftc-hearing-3-competition-consumer-protection-21st-century*

El carácter global y la extraterritorialidad de la defensa de la competencia

Un tema recurrente en la última década es cómo garantizar una aplicación coherente y consistente del derecho de la competencia en una economía cada vez más globalizada e interdependiente. El creciente carácter global de las economías y los mercados implica que los efectos de las conductas de las empresas se extiendan a varias jurisdicciones. Esto puede dar como resultado situaciones en las que la misma conducta sea sancionada en unas jurisdicciones y en otras no. Igualmente, la adopción de remedios a nivel nacional puede no ser suficiente para evitar los posibles efectos negativos de una operación de concentración o para poner fin a una infracción. La falta de coordinación entre autoridades de la competencia puede reducir la efectividad de las políticas de competencia.

Este problema no es nuevo. Ya a principios de siglo las discrepancias entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de EE UU en el caso de la sanción impuesta por la Comisión Europea a Microsoft en 2004 o en el análisis de la operación de concentración de General Electric/Honeywell, que fue vetada por la Comisión Europea y aprobada por las autoridades estadounidenses en 2001, activaron nuevos mecanismos de cooperación para aumentar la convergencia en la aplicación del derecho de la competencia. Sin embargo, la saga reciente de decisiones sancionadoras en Europa contra Google y el veto por parte de la Comisión Europea de la compra del operador logístico TNT Express (TNT) por United Parcel Service (UPS) ponen de manifiesto que el grado de cooperación actual no resuelve las posibles discrepancias en el enfoque de las políticas de la competencia en distintos países.

Las posibilidades de incurrir en incoherencias se multiplican en los mercados digitales, debido a su naturaleza global y al carácter universal de los productos y las conductas. Las conductas por las que ha sido sancionada Google no son exclusivas del Espacio Económico Europeo, sino que se repiten en todos los países en los que opera. Se da la paradoja de que las conductas declaradas ilegales en Europa no han sido sancionadas en otros territorios, por lo que Google se vería obligada a adaptar su estrategia comercial a los distintos territorios donde opera.

Ante el riesgo de incoherencia en la aplicación de las políticas de competencia, ha habido dos tipos de respuestas: el perfeccionamiento de la coordinación entre autoridades de la competencia y la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia.

Veamos la coordinación bilateral entre autoridades de la competencia de distintos países y la coordinación multilateral en el seno de organizaciones internacionales como la ICN, la OCDE o la ECN.

La cooperación en el seno de estas instituciones ha mejorado sustancialmente y se han logrado avances significativos en la coordinación de las operaciones de concentración, sobre todo en cuanto a los procedimientos, los tiempos y los elementos relevantes del análisis. Sin embargo, las diferencias persisten en relación a los estándares de prueba y a la legislación aplicable en cada país.

Para garantizar la efectividad de los remedios adoptados en el contexto de una operación de concentración, un abuso de posición de dominio o un acuerdo anticompetitivo en el ámbito doméstico, algunas autoridades han considerado necesario extender el alcance de tales remedios más allá de sus fronteras. Por ejemplo, en el caso Intel, en el cual la Comisión Europea impuso una multa de más de 1.000 millones de euros a la compañía por descuentos abusivos y otras prácticas excluyentes, la Comisión Europea incluyó entre las pruebas de cargo el acuerdo entre Intel y el fabricante chino de ordenadores Lenovo, debido a los efectos que tal acuerdo tenía sobre el Espacio Económico Europeo[30].

[30] La OCDE (2017) revisa los fundamentos legales de la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia y provee varios ejemplos en los que los SDC domésticos han impuesto remedios fuera de sus jurisdicciones.

La Comisión Europea, en su plan estratégico 2016-2020, pone énfasis en la coordinación de la política de la competencia más allá de las fronteras europeas, incluyendo entre sus objetivos estratégicos la cooperación internacional para promover la convergencia y consistencia internacional en la aplicación de las normas de competencia[31].

La creciente interdependencia de los mercados debido a la globalización y al crecimiento de la economía digital hace que, en muchos casos, el ámbito geográfico de las operaciones de concentración y de las conductas anticompetitivas supere las fronteras nacionales y que, cada vez, sea más necesaria una acción coordinada de varias autoridades para aumentar la efectividad y la coherencia de las políticas de la competencia. La adopción de remedios a nivel nacional puede no ser suficiente para evitar los posibles efectos negativos de una operación de concentración o para poner fin a una infracción. La mejora de los mecanismos de coordinación y la convergencia de los estándares de análisis se hacen cada vez más necesarias para garantizar la efectividad y la coherencia de las políticas globales de la competencia.

5. Conclusiones

La aparente concentración de poder económico y político en un número reducido de empresas en las últimas décadas ha despertado críticas sobre la efectividad de los SDC, tal y como se conocen hasta ahora. Asumiendo que el funcionamiento actual de los SDC no es perfecto, muchas de las críticas no requieren una reforma radical de los SDC actuales y se pueden resolver dentro del marco conceptual desarrollado durante las últimas décadas:

— Una aplicación más estricta del estándar de bienestar del consumidor introduciendo elementos de carácter dinámico en su análisis permitiría alcanzar conclusiones más precisas sobre los efectos de las concentraciones y las conductas anticompetitivas sobre el bienestar del consumidor. Para ello, se requiere hacer uso de los enormes avances del análisis económico empírico desarrollado en las dos últimas décadas y no recurrir a soluciones simplistas. Asimismo, el estándar de bienestar del consumidor es compatible con otros objetivos complementarios, como la reducción de la desigualdad.

— Los mercados digitales no requieren de nuevos instrumentos de control del poder de mercado. Los instrumentos de los que disponen los actuales SDC son apropiados para cualquier sector. Su aplicación, sin embargo, requiere comprender el funcionamiento de los mercados y cómo las empresas ejercen su poder de mercado. La complejidad de estos mercados no se resuelve obviándola y atacando de forma simplista la mera existencia de poder de mercado, sino aumentando el rigor en el análisis de los mismos.

— Por último, una asignatura pendiente de los SDC es cómo hacer frente al fenómeno de la globalización y al hecho de que los mercados no se correspondan con las fronteras. Revertir los posibles efectos negativos de una conducta anticompetitiva o de una operación de concentración requiere en ocasiones adoptar medidas en otras jurisdicciones. Ante la dificultad de lograr una coordinación entre distintos SDC puede existir la tentación de imponer remedios extraterritoriales de forma unilateral, reduciendo la efectividad global de las políticas de competencia.

Es necesario, sin embargo, que los SDC afronten con rigor y profundidad estos retos y que los posibles cambios en el enfoque y la aplicación de la política de la competencia sean producto de la reflexión y no de la improvisación. En este sentido, la autoridad estadounidense FTC ha organizado durante 2018 una serie de debates públicos prospectivos sobre la política de la competencia en el Siglo XXI que analizan, entre otros temas, los objetivos de la política de la competencia, la aplicación de esta política en los mercados digitales y la consistencia de

[31] DG COMPETITION - *Strategic Plan 2016-2020*, pp. 40-45. Disponible en *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/comp_sp_2016_2020_en.pdf*

la aplicación de la política de la competencia a nivel global[32].

El debate público y riguroso es esencial para garantizar que cualquier cambio en el enfoque y la aplicación política de la competencia para afrontar los retos actuales de los SDC responda al consenso y resulte beneficiosa para los ciudadanos.

Referencias bibliográficas

[1] BAKER, J. y SALOP, S. (2015). «Antitrust, Competition Policy, and Inequality», *The Georgetown Law Journal Online*, vol. 104, nº1, pp. 1-28.

[2] BAKER, J. y SHAPIRO, C. (2008). «Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement», en PITOFSKY, R. (ed.) *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford University Press. ISBN: 9780195339765.

[3] BORK, R. (1978). *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*. New York: Free Press. ISBN 002904455.

[4] COLLINS, W. D. (2013). «Trusts and the Origins of Antitrust Legislation», *Fordham Law Review*, vol. 81 nº 5, pp. 2.279-2.348.

[5] DIERX, A.; ILKOVITZ, F.; PATARACCHIA, B.; RATTO, M.; THUM-THYSEN, A. y VARGA, J. (2017). «Distributional Macroeconomic Effects of the European Union Competition Policy: A General Equilibrium Analysis», en MARTÍNEZ LICETTI, M.; POP, G.; NYMAN, S. y BEGAZO GÓMEZ, T.P. (eds.), *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. Banco Mundial y OCDE, pp. 155-185.

[6] ENNIS, S. F.; GONZAGA, P. y PIKE, C. (2017). «Inequality: A Hidden Cost of Market Power», 6 de marzo de 2017. Disponible en: SSRN: *https://ssrn.com/abstract=2942791* o *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2942791*

[7] EVANS, D. S. y SCHMALENSEE, R. (2014). «The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses». En BLAIR, R. y SOKOL, D. (eds.), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, vol.1, Oxford University Press.

[8] EVANS, D. S. y SCHMALENSEE, R. (2016). «*Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*». Boston: Harvard Business Review Press. ISBN: 978-1633691728.

[9] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2011). *Competition Enforcement and Consumer Welfare: Setting the Agenda*. Informe preparado por NMa para la conferencia ICN 2011 en La Haya. Disponible en: *http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc857.pdf*

[10] KHAN, L. (2018). «The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, nº 3, pp.131-132.

[11] LESLIE, C.R. (2014). «Antitrust Made (Too) Simple», *Antitrust Law Journal*, vol. 79, nº 3, pp. 917-939.

[12] LYONS, B. (2017). «Inequality and Competition Policy», *CPI Antitrust Chronicle*, otoño 2017, vol. 1, nº 1, octubre.

[13] OCDE (2017). «Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies: Issues Paper by the Secretariat». *Working Party nº 3 on Co-operation and Enforcement.* Disponible en: *https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2017)4/en/pdf*

[14] RUBINFELD, D. (2008). «Conservative Economic Analysis and its Effects. On the Foundations of Antitrust Law and Economics», en PITOFSKY, R. (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust.* Oxford University Press. ISBN: 9780195339765.

[15] SÁNCHEZ, P. (2018). «Defensa de la competencia y diseño institucional», en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*. Ed. Fundación Ramón Areces. Cap. 2, pp. 45-134.

[16] SHAPIRO, C. (2018). «Antitrust in a Time of Populism». Próxima publicación en *International Journal of Industrial Organization*.

[17] THATCHER, M. (2014). «European Commission Merger Control: Combining Competition and the Creation of Larger European Firms». *European Journal of Political Research*, vol. 53, nº 3, pp. 443-464.

[18] WU, T. (2018). «After Consumer Welfare, Now What? The 'Protection of Competition' Standard in Practice». *CPI Antitrust Chronicle.* Primavera 2018, vol. 1, nº 1, 18 de abril.

[32] «Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century». *https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hearings-competition-consumer-protection-21st-century/hearings-announcement_0.pdf*

José María Marín Quemada*

LA CNMC: CINCO AÑOS FAVORECIENDO EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS Y LA COMPETITIVIDAD DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

El artículo trata de realizar una valoración personal de la labor de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) desde su creación, partiendo de que su objetivo fundamental es el buen funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores. En la primera parte ofrece los motivos por los que considera que la CNMC es una institución consolidada, y se centra sobre todo en analizar las tres dimensiones fundamentales de integración, independencia y transparencia. En la segunda parte se realiza un breve balance de la actividad de esta institución, haciendo referencia tanto a la supervisión sectorial como a la defensa y promoción de la competencia. En la tercera y última parte se abordan los retos a los que la CNMC tiene que hacer frente, entre los que destacan la obtención de las competencias sectoriales previstas en la normativa europea y la necesaria autonomía en la gestión de sus recursos humanos.

Palabras clave: *política de competencia, regulación sectorial, autoridades independientes, diseño institucional, CNMC.*
Clasificación JEL: *K21, K23, L40, L51.*

1. Introducción

«El funcionamiento eficiente de los mercados y la existencia de una competencia efectiva son principios básicos de la economía de mercado. La competencia impulsa la productividad de los factores y la competitividad general de la economía, lo que favorece el crecimiento económico y actúa en beneficio de los consumidores. Estos principios son fundamentales en el diseño y definición de las políticas regulatorias de las actividades económicas». Estas son las ideas que recoge el primer párrafo del preámbulo de la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y a ello se ha consagrado la institución, con plena dedicación de todos sus profesionales, durante los últimos cinco años.

* Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Como es sabido, la calidad de las instituciones constituye un elemento básico para impulsar el crecimiento sostenido y el bienestar. Por ello, la existencia de autoridades independientes de competencia y de regulación es un modelo muy asentado en las economías desarrolladas, y una exigencia de la Unión Europea.

En el caso de España, la importancia de la labor de la CNMC como garante de la competencia y el buen funcionamiento de los mercados regulados es, si cabe, más relevante en el actual entorno económico —común a no pocos países de nuestro entorno— en el que tanto la política fiscal como la monetaria, por distintas razones, tienen escaso margen de maniobra. Por tanto, la labor de mejora de la regulación y defensa de la competencia es clave para impulsar la competitividad de las empresas, y con ello el crecimiento económico y la creación de más empleo y de mayor calidad.

En el contexto de restricciones presupuestarias y sometimiento a las reglas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y en ausencia de una política monetaria y de gestión de tipo de cambio independiente, las políticas de oferta adquieren una relevancia especial a la hora de fomentar la competitividad y la capacidad de crecimiento de nuestra economía.

En un mundo cada vez más global, integrado y complejo, la competitividad de las empresas y, a nivel agregado, de las economías nacionales, se determina, por el lado de la oferta, desde un conjunto de elementos que se complementan y refuerzan entre sí.

En primer lugar, como ya se ha dicho, la defensa de la competencia y las actuaciones de regulación en sectores clave de la actividad económica se constituyen en instrumentos de primer orden para promover la competitividad general de la economía. Un entorno imparcial, competitivo y transparente para los participantes en cada sector productivo es indispensable para que proliferen y se consoliden empresas eficientes que impulsen con su actuación el bienestar general, y también para favorecer la entrada de nuevas empresas.

En estrecha conexión con lo anterior se encuentran la internacionalización de los negocios y la apertura de las economías. Las empresas nacionales que están abiertas a la competencia internacional, y que a su vez compiten para expandirse a otros mercados, son empresas necesariamente más eficientes y competitivas. Deben ser capaces de determinar y explotar sus ventajas competitivas, ya sea de producto, de procesos o gerencial, que son las que les permitirán prosperar atendiendo a las necesidades de sus clientes en entornos complejos y de elevada competencia. Solo así es posible generar un tejido empresarial robusto a medio y largo plazo, con más capacidad de afrontar las fluctuaciones de la economía.

Por último, en la economía actual tan solo es posible extraer plenamente los beneficios de la competencia y la apertura comercial para empresas y consumidores en un contexto en el que se promueva la innovación, especialmente en el ámbito de la digitalización. La transformación digital afecta de manera transversal a todos los sectores y actividades de la economía, y está modificando la forma en que se conciben, se ofertan y se consumen productos y servicios, transformando también el concepto tradicional de mercado y las fuerzas competitivas que determinan su equilibrio. Esta realidad está impregnando, como no puede ser de otra manera, el análisis de mercados de la CNMC, así como las herramientas de las que se dota en su labor, como veremos más adelante.

Competencia y regulación eficiente, internacionalización y digitalización son, por tanto, aspectos ineludibles de las políticas de oferta que debemos promover si aspiramos a una economía más competitiva y capaz de responder a las necesidades de los ciudadanos.

Por otra parte, no conviene olvidar que la actividad de la CNMC contribuye simultáneamente a reducir las desigualdades en la sociedad, porque las infracciones contra la competencia y contra la regulación perjudican siempre en mayor medida a los menos favorecidos.

Un ejemplo del beneficio para la sociedad en su conjunto que se deriva de la actuación de la CNMC se desprende de las conclusiones de un trabajo reciente en el que se estima —con una metodología basada

en las mejores prácticas internacionales y utilizando supuestos prudentes— que los cárteles desmantelados por la autoridad de competencia española entre 2012 y 2017 supusieron un ahorro medio para los consumidores de más de 580.000.000 de euros anuales[1]. Interesa subrayar que estos beneficios se derivarían exclusivamente de la actividad de la Dirección de Competencia, y a ellos habría que añadir, lógicamente, los producidos por las otras unidades de la CNMC.

Por tanto, hay que recordar continuamente al mercado que nuestra labor como institución tiene como objetivo proteger al consumidor, al emprendedor y a los empresarios que no buscan ventajas evitando el cumplimiento de las normas. Una actuación dirigida a garantizar que los consumidores puedan acceder a una mayor variedad de bienes de mayor calidad al mejor precio, y que las empresas dispongan de un árbitro que vele por el cumplimiento de unas reglas de juego claras y justas que no favorezcan a unos por encima de otros.

Con todo, probablemente uno de los logros de más calado de la CNMC haya sido su labor «pedagógica», es decir, su contribución a crear una cultura de respeto a la competencia, la regulación eficiente y la gobernanza pública.

2. La CNMC: un organismo consolidado

La relevancia y amplitud de las funciones que la legislación otorga a la CNMC la convierten en una pieza fundamental para asegurar el buen funcionamiento de la economía, incluyendo el establecimiento de condiciones equitativas de acceso y la competencia que sea posible en los mercados regulados.

Conviene recordar que la arquitectura institucional diseñada por la Ley 3/2013 no ha estado exenta de críticas. La principal inquietud en torno a la creación de un regulador único se refería tanto a la conveniencia o no de pasar a un modelo de regulación multisectorial, como a la distinta naturaleza de la labor de defensa de la competencia y de la supervisión regulatoria sectorial. No eran pocos quienes consideraban este último aspecto como un factor que dificultaría la integración de las diversas funciones en un único organismo. Se trata de un debate legítimo, puesto que las experiencias de nuestro entorno son muy diversas y no existe una fórmula única en el ámbito europeo. En cualquier caso, la propia CNMC, tanto su dirección como sus profesionales, debe centrarse en extraer lo mejor del modelo creado y poner a la institución al servicio de la sociedad, y esto, a mi juicio, se ha conseguido.

De todas formas, la experiencia de estos años me ha confirmado en mi opinión de que —más allá de los defectos institucionales que podrían subsanarse, y de los errores que se hayan cometido— se trata de un modelo muy beneficioso para la sociedad, especialmente en el actual contexto de convergencia entre sectores, cuando lo importante no es tanto producir un bien o proporcionar un servicio como tener clientes a los que se ofrece una amplia variedad de productos.

En estos primeros años de funcionamiento, la institución se ha esforzado por concretar, con su trabajo diario, lo definido como su visión de acuerdo con el Plan Estratégico de mayo de 2014: constituirse en un modelo de referencia en regulación económica eficiente y en promoción y defensa de la competencia, como medios para conseguir el correcto funcionamiento de los mercados para un mayor bienestar. Como no he dejado de repetir desde su puesta en marcha, el modelo desarrollado se basa en tres características o principios fundamentales: la independencia, la integración y la transparencia.

La independencia se entiende tanto respecto del Gobierno, para aislar las decisiones regulatorias de la conveniencia política, como con respecto a las empresas o intereses de parte. Esta independencia permite minimizar los riesgos de captura del regulador y genera la confianza indispensable en el sistema para los

[1] GARCÍA-VERDUGO, J. y GÓMEZ, L. (2018). *Impacto de las intervenciones de la CNMC en defensa de la competencia (2017)*, disponible en *https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/actividad-institucional/impacto-economico-social-autoridades-competencia*

agentes económicos, y en particular para los inversores y los clientes de las empresas.

Cabe recordar que, para garantizar la independencia de sus decisiones, la Ley de creación de la CNMC establece que los diez miembros de su Consejo tengan mandatos limitados temporalmente, no renovables, tengan prohibido aceptar o solicitar instrucciones del Gobierno, y su cese solo sea posible por las causas muy tasadas previstas en la Ley. Igualmente están sometidos a un régimen de incompatibilidades estricto, durante su mandato y los dos años posteriores.

La integración —en la que me extenderé un poco más, por ser característica esencial de la CNMC— hace referencia a la combinación de las funciones de regulación y supervisión con la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Se han unido dos herramientas que comparten un mismo objetivo: asegurar el correcto funcionamiento de los mercados en beneficio de consumidores y usuarios.

La CNMC es un organismo de supervisión integrado en un doble sentido. Es una entidad de supervisión multisectorial, dado que reúne la vigilancia de distintos sectores regulados de red, y —como ya se ha mencionado— aúna la aplicación de la normativa de competencia con la supervisión regulatoria. La integración es, sin duda, un reto importante, que debe mejorar la eficiencia y eficacia tanto de la defensa de la competencia como de la supervisión y regulación, puesto que la suma de las dos perspectivas facilita el análisis de una realidad que es poliédrica.

A pesar de las dudas iniciales, la experiencia de estos cinco años ha mostrado repetidas veces —dentro de las limitaciones de cualquier organización humana— la utilidad de disponer, en una misma institución, del conocimiento especializado de los equipos técnicos que contemplan la realidad económica desde la perspectiva de competencia y de supervisión regulatoria. Puede ser conveniente destacar a continuación algunas de las sinergias de la integración que nos hemos esforzado por aprovechar en los últimos años.

Los sectores regulados de red, independientemente del servicio que presten, se enfrentan con frecuencia a problemas similares. A pesar de las diferencias derivadas de las peculiaridades del servicio prestado, la regulación de las obligaciones de operadores propietarios de infraestructuras esenciales, la regulación —en su caso— del acceso de terceros, el establecimiento de precios orientados a costes, las metodologías para determinar la replicabilidad de las ofertas, etc., tienen una fundamentación económica similar.

Las posibilidades de actuación coordinada son igual de importantes respecto a la combinación de la supervisión regulatoria y la aplicación de la normativa de competencia. No parece congruente que la definición de un mercado, el entendimiento sobre cuál es su estructura y su dinámica, las barreras a la entrada, la determinación de los operadores con poder de mercado, el establecimiento de metodologías de costes o los análisis sobre la capacidad de réplica de otros operadores se enfoquen de distinta forma según actúe una autoridad de competencia o de regulación. La unión de defensa de la competencia y supervisión regulatoria permite al organismo estar mejor preparado, por el conocimiento y el saber práctico acumulados de ambas vertientes, para afrontar los problemas, y le proporciona un abanico de instrumentos mayor, permitiéndole ser más efectivo y más eficiente en todas las tareas que desempeña.

Los equipos multidisciplinares formados por profesionales de las distintas Direcciones de Instrucción, creados para analizar complejos asuntos regulatorios y de competencia, garantizan la visión global propia de un regulador único, en la que hemos hecho hincapié. En la misma dirección actúa el funcionamiento del Consejo en pleno.

El enfoque integrado de las decisiones de la CNMC se está traduciendo en una mayor eficacia y una mayor seguridad jurídica, que además evita el denominado *forum shopping*: que las empresas busquen la decisión de la autoridad que más les interesa en cada momento, de competencia o de regulación. Este

enfoque integrado favorece especialmente al consumidor, pero también a los nuevos entrantes en los distintos sectores.

La primera oportunidad de demostrar estas ventajas se nos presentó apenas unas semanas después de constituirse la CNMC. La actuación conjunta de las Direcciones de Energía y Competencia impidió la validación de la 19ª Subasta CESUR. Aquella decisión obligó a modificar el mecanismo de fijación trimestral de precios de la electricidad, que daría lugar al PVPC. En aquel momento se puso de manifiesto la potencialidad de las sinergias derivadas del trabajo conjunto de las Direcciones.

Un caso más que ilustra este trabajo conjunto es el que llevó a la aprobación en abril de 2015 de la compra de DTS por parte de Telefónica (C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS) después de cerca de seis meses de tramitación y una vez que se presentaron compromisos que resolvían los severos problemas que la concentración planteaba en los mercados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas. La propuesta de compromisos se dividía en tres grandes bloques: mercado de televisión de pago, mercados de comercialización mayorista de contenidos y de canales, y condiciones de acceso a la red internet de Telefónica. La complejidad y relevancia de la operación para el sector y para el conjunto de la economía, por afectar a mercados tan sensibles como los de las comunicaciones electrónicas, requirió un importante esfuerzo conjunto de análisis y prospección de los profesionales de las Direcciones de Competencia y Telecomunicaciones y Audiovisual. Esto era especialmente necesario en unos sectores que atraviesan una profunda transformación fruto tanto de los procesos de consolidación como de la creciente convergencia, a los que se suma la aparición de nuevos agentes cada vez más relevantes en la prestación de servicios de telecomunicaciones y de contenidos audiovisuales.

El tercer pilar de la CNMC, la transparencia, está recogido en el artículo 37 de la Ley 3/2013 de creación de la Comisión, y ha constituido una herramienta imprescindible. Trabajar en un escaparate ante los operadores económicos y los ciudadanos y, de manera especial, ante el Parlamento, que es a quien rinde cuentas la CNMC, nos ha facilitado la autocrítica y nos ha permitido tratar de corregir nuestros errores. Todo ello ha servido de garantía para que las actuaciones de la institución se alineen con el interés general y no con intereses de parte de carácter político o empresarial.

Lo que hacemos no puede separarse de cómo lo hacemos. Hemos establecido unos estándares exigentes de transparencia, independencia, control interno y rendición de cuentas, en muchos casos más allá de lo exigido por la normativa. Se ha puesto en marcha el primer Registro de Grupos de Interés de la Administración General del Estado, que ha sido reconocido como ejemplar por la Comisión Europea en su último informe anual sobre España; auditamos todas nuestras actuaciones: los planes anuales, los contratos adjudicados y las encomiendas de gestión; publicamos los órdenes del día de las sesiones de ambas Salas del Consejo y del Pleno, así como la relación de acuerdos adoptados, con un enlace a los mismos en la web; disponemos de buzones anonimizados para dar curso a las denuncias de los ciudadanos y facilitar su colaboración; pero también tenemos buzones de denuncia internos que protegen la independencia de nuestros técnicos y las posibles infracciones del código de conducta. En definitiva, una batería de medidas que —en mi opinión— nos ha colocado en la vanguardia de la gobernanza pública.

3. Balance de la actividad

Creo que la fortaleza del modelo ha quedado de manifiesto en la intensa actividad de la CNMC en estos primeros cinco años de vida, que se ha desarrollado en unas circunstancias nada fáciles. Desde los primeros meses se consiguió poner en marcha una institución nueva, con los comprensibles ajustes operativos, de estructura y de medios que ello conlleva, sin que el

trabajo de los distintos organismos integrados, en un principio, y después el de la nueva entidad, se vieran afectados. Al contrario, la entidad se asentó y alcanzó un ritmo normal de actividad con relativa rapidez, lo que tiene su reflejo en el número y la relevancia de los asuntos tratados.

En el ámbito regulatorio, la CNMC se ha comprometido con su acción con el trabajo eficiente de sectores fundamentales para el funcionamiento de la economía. Así, en el ámbito de las telecomunicaciones, ha sido especialmente destacable el trabajo desarrollado en la revisión de los mercados de banda ancha y redes de acceso de nueva generación. Tras este proceso de análisis y decisión, España se ha situado a la cabeza de Europa en este ámbito, como ha sido reconocido en el foro europeo de reguladores de telecomunicaciones (BEREC, por sus siglas en inglés), y esto está sin duda contribuyendo a la gran rapidez con la que se ha desplegado la fibra en nuestro país. La adopción de tales decisiones estuvo precedida por un análisis conjunto de las Direcciones de Telecomunicaciones y de Competencia que permitió incrementar el rigor de los planteamientos técnicos, de forma que el Consejo pudo adoptar sus decisiones contando con una mejor información y análisis. La suma de una buena regulación y la competencia en el mercado favorece hoy el desarrollo de mejores conexiones para los ciudadanos y para las empresas, y facilita el proceso de digitalización imprescindible para la economía.

En relación con nuestro papel como regulador audiovisual, al tiempo que lo anterior se ha desarrollado una labor relevante de defensa del menor y de apoyo a los discapacitados, además de publicar el preceptivo informe periódico sobre la Corporación RTVE y otros análisis relevantes.

El ámbito de la energía es especialmente notable dada la intensidad de la intervención pública y los importantes cambios legislativos que se produjeron en las legislaturas previas a la reciente moción de censura. La CNMC ha incrementado sustancialmente el grado de transparencia en este ámbito respecto a la situación anterior. Además, en estos años se ha impulsado la actividad sancionadora y la atención a los consumidores, que se ha convertido en una prioridad.

En cuanto a las sanciones, pueden destacarse entre otras las actuaciones en torno a la subasta CESUR de diciembre de 2013, a la que me he referido antes, que dieron lugar a una multa de 25.000.000 de euros a una empresa eléctrica por manipular el precio de la electricidad en sus centrales hidráulicas, o la sanción a Nuclenor por interrumpir definitivamente la producción sin la preceptiva autorización, que superó los 18.000.000 de euros. A la vez, ha habido casos menores pero significativos, como las sanciones por valor de 2.000.000 de euros impuestas en abril de 2016 a empresas comercializadoras por incumplir sus compromisos de compra de energía en el mercado. En este caso, lo importante no fue la sanción, sino la revelación de impagos por valor de 17.000.000 de euros. Cuando la supervisión regulatoria es laxa, los ciudadanos terminan por sufrir las consecuencias. Estamos empeñados, por tanto, en realizar con rigor esta tarea.

Al igual que ocurre en el ámbito de la competencia, la finalidad de las sanciones es disuasoria, no recaudatoria. Sin embargo, no es menos cierto que la actuación de la CNMC ha generado importantes ahorros al sector público y a los consumidores. Estos ahorros se derivan tanto del efecto de la disuasión, como de las propuestas regulatorias. Por ejemplo, en el informe para calcular la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de electricidad, la CNMC valoró la propuesta del entonces Ministerio de Industria y recomendó modificaciones que suponían una rebaja del 24 por 100 de los costes de operación y mantenimiento. En otro ámbito, las inspecciones de la Dirección de Energía permitieron desarticular —en colaboración con la Guardia Civil— una estafa a las pymes de 60.000.000 de euros, por la que el Tesoro Público dejó de ingresar cerca de 14.000.000 de euros.

Este tipo de actuaciones serían mucho más eficaces si la CNMC tuviera las competencias que establecen las directivas europeas. Aunque no se entienden

los motivos, somos el único regulador de la energía en la UE cuyas decisiones en ámbitos muy relevantes no son vinculantes. Como ha sido recordado recientemente por el Comisario Europeo de Energía, la Comisión Europea tiene muy avanzado un procedimiento contra el Reino de España por este motivo, que podría derivar en importantes sanciones si no se introducen los cambios legislativos que exigen las directivas. Esta situación obligó al Consejo de la CNMC a llevar algunas decisiones del último Gobierno de Mariano Rajoy al Tribunal Supremo. Aunque ese proceso sigue en marcha, la realidad es que actualmente se han iniciado activas conversaciones con el nuevo Gobierno formado tras la moción de censura, con el fin de evitar tanto el largo proceso judicial como la posible sanción comunitaria mediante una correcta asignación de competencias en materia energética. Sin embargo, las buenas disposiciones tienen todavía que traducirse en hechos, y las modificaciones normativas necesarias no se ven facilitadas por la fragmentada distribución de fuerzas políticas en el Parlamento español.

Esta cuestión no solo es relevante desde un punto de vista competencial, sino que evitaría que los Gobiernos puedan hacer política industrial a través de las tarifas y los peajes eléctricos, algo que resulta esencial para el bienestar de los consumidores en el largo plazo. Avanzar en este sentido contribuiría a evitar las dudas de los ciudadanos sobre el sector y a incrementar la eficacia del sistema en su conjunto.

Mientras cambia la anómala situación descrita en los párrafos anteriores, conviene subrayar que además de contribuir a una mejor regulación en la medida de nuestras limitadas competencias, y de avanzar en la supervisión del sector, en estos años se ha realizado una labor relevante dirigida a ayudar a los consumidores privados y empresariales. Por ejemplo, se ha puesto a disposición de los ciudadanos un comparador de tarifas eléctricas, así como un simulador de facturación de electricidad con el nuevo mecanismo de precios, y más recientemente una aplicación para valorar la elegibilidad para el bono social. La CNMC también publicó un decálogo de recomendaciones a los usuarios de tarifa eléctrica para orientarles en la selección de proveedor. La atención a los consumidores energéticos se ha traducido en un importante aumento en el número de consultas respondidas cada año, hasta superar las 2.000 consultas anuales.

En otra responsabilidad distinta, es indudable que el desarrollo de un mejor marco regulador del sector postal, ferroviario o el transporte por carretera contribuirá sin duda a la competitividad de nuestras empresas. La combinación de la actividad de regulación y supervisión del transporte y sector postal con la ya tradicional preocupación desde el punto de vista de competencia en estos asuntos permite abordar la problemática sectorial de forma más eficaz y más adaptada a los momentos actuales.

En este ámbito, como es sabido, el tamaño y grado de independencia de las antiguas autoridades reguladoras limitaban su capacidad para hacer frente a desafíos como la liberalización del transporte por ferrocarril, la privatización de AENA o la modernización del marco regulador del sector postal. Quizás por eso, en esta área se percibe con mayor claridad y de día en día el aumento de nuestra capacidad y posibilidades de trabajo.

Entre las actuaciones más relevantes destaca la regulación de las tarifas de AENA, que se ha traducido en un informe vinculante y uno no vinculante, el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), en el que consideramos que las tarifas de AENA deberían bajar aún un 2 por 100 anual entre 2017 y 2021. Para llegar a este resultado, la CNMC analizó rigurosamente la propuesta de AENA, revisándola a la baja, lo que se debería traducir en menores precios para los ciudadanos y para las compañías aéreas.

Por cierto, resulta singular que nuestro marco regulador no dé la última palabra en este ámbito a la autoridad independiente, sino que corresponda al Gobierno, principal accionista de la compañía. Una buena forma de eliminar estos incentivos perversos sería que fuera la CNMC quien determinara la tarifa regulada, lo que

permitiría que se valorara y, en su caso, se corrigiera la propuesta de AENA en un proceso técnicamente riguroso y transparente, alejado de intereses de parte.

En el caso del sector postal, en el que desde Competencia ya se habían lanzado numerosos expedientes sancionadores y estudios sectoriales, la actividad ha tratado de impulsar el proceso de modernización, que no ha discurrido al ritmo esperado. Que Correos no disponga todavía de un plan de prestación del servicio postal universal, algo exigido desde la Ley postal de 2010, evidencia la dificultad para progresar en este ámbito, aunque parece que se han producido avances recientes que hacen confiar en una pronta resolución de esta laguna, bien ajena al deseo de la CNMC.

No obstante, la CNMC ya ha acometido diversas acciones que están favoreciendo una supervisión más adecuada del mayor operador postal, especialmente en el ámbito del servicio postal universal, como la verificación de la contabilidad analítica de Correos, la metodología para calcular el coste del servicio postal universal o la supervisión de la calidad del servicio postal universal. Estas actuaciones analizan si los fondos que recibe Correos son o no excesivos, y si el servicio que presta es o no adecuado.

La actuación de la CNMC en el ámbito de la competencia tiene dos grandes pilares. Por un lado, asegurar el cumplimiento de la Ley de competencia, es decir, perseguir cárteles y abusos de las empresas dominantes, y realizar un control de los procesos de concentración entre empresas. Por otro, promocionar la competencia, que incluye realizar análisis de sectores, valoración de proyectos normativos y una importante labor de difusión de los principios de regulación económica eficiente.

Pues bien, la CNMC se ha mantenido muy activa en estos años, tanto en la gestión de concentraciones como en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia, así como en la tarea de promoción de la competencia.

En el período 2014-2017 se han analizado en torno a 400 concentraciones económicas, las cuales, en su gran mayoría, no presentaban problemas de competencia y fueron autorizadas en primera fase. Cabe subrayar la plena consolidación de un modelo ágil y eficiente en este ámbito: en la actualidad más del 90 por 100 de las operaciones se acogen al trámite de prenotificación, y aproximadamente dos de cada tres notificaciones se realizan por el procedimiento abreviado. El resultado es una práctica flexible y rápida en este ámbito, muy valorada por los agentes económicos, a pesar de que el número de notificaciones ha aumentado a partir de 2014, en línea con la recuperación de la actividad económica.

En cuanto a la persecución de las conductas prohibidas, de acuerdo con lo contemplado en nuestro Plan Estratégico, la CNMC se ha concentrado en la persecución de las prácticas más dañinas, en especial de los cárteles, para lo que ha potenciado su actuación de oficio, y continúa trabajando en el desarrollo y perfeccionamiento de sus procedimientos de detección, inspección e instrucción. Los resultados se pueden calificar de notables.

La CNMC ha sancionado más de 30 cárteles en el período 2014-2017, lo que representa el 55 por 100 de las resoluciones sancionadoras por conductas prohibidas del período, poniendo de manifiesto la mencionada prioridad otorgada a la lucha contra las prácticas más anticompetitivas. No se han escatimado medios para ello, y el resultado ha sido posible gracias a una efectiva combinación de actividad de oficio, al funcionamiento de nuestro programa de clemencia —introducido con la Ley de Defensa de la Competencia de 2007— y a los frutos de la actividad de inspección.

Es significativo que más de una tercera parte de los cárteles sancionados fueran detectados gracias al programa de clemencia, que ha superado ya las 100 solicitudes desde sus comienzos en 2008[2]. Y precisamente este programa ha espoleado a la institución en su

[2] Las solicitudes de clemencia han dado lugar al desmantelamiento directo de un total de 27 cárteles desde enero de 2010, fecha en la que se resolvió el primer expediente sancionador en aplicación de este programa.

actividad inspectora. En el período 2014-2017 la CNMC ha realizado más de 30 inspecciones, en el transcurso de las cuales han sido objeto de inspección 129 empresas. El trabajo conjunto de equipos de inspectores y de expertos informáticos ha sido esencial y ha dado extraordinarios frutos, permitiendo, además, detectar en siete ocasiones infracciones adicionales de la normativa de competencia en mercados conexos.

Esta labor de vigilancia se verá reforzada por la recién creada Unidad de Inteligencia Económica, que hará un seguimiento de los mercados que sean más susceptibles de padecer comportamientos anticompetitivos, con especial dedicación a las licitaciones públicas y a los mercados vinculados a la economía digital, a través de técnicas de tratamiento de datos (*big data*, algoritmos…). La tarea de esta unidad ya ha empezado a dar sus primeros frutos, que se han traducido en varios casos que están siendo investigados por la Dirección de Competencia.

Precisamente un ámbito en el que la actividad de detección y sanción de cárteles ha sido particularmente intensa en estos tres años ha sido el de la contratación pública. Los cárteles de residuos urbanos, construcciones modulares, pañales para adultos o mudanzas internacionales, entre otros muchos, han supuesto un coste de millones de euros para nuestras arcas públicas. Que un grupo de empresas se reparta las licitaciones públicas e infle los precios durante un importante número de años genera un daño muy significativo al consumidor y al contribuyente. Además, estas investigaciones han contribuido a la lucha contra la corrupción.

La reforma de la Ley de contratos, que permite sancionar a las empresas que han participado en cárteles, prohibiéndoles que participen en licitaciones públicas, contribuirá sin duda a reducir estas prácticas. También ayudarán nuestros esfuerzos por formar a los funcionarios de distintos ámbitos territoriales, de forma que avancen en el diseño de licitaciones para prevenir estas conductas y cómo detectarlas.

Otros sectores en los que ha habido sanciones importantes han sido el del automóvil, derivados financieros, las industrias lácteas, el de cartón y papel ondulado, paquetería empresarial (tan importante para el comercio electrónico), el de combustibles, transporte frigorífico o del hormigón. Es importante tener en cuenta que no siempre suponen un daño directo al consumidor o al contribuyente. En ocasiones, como en el caso de las industrias lácteas, son las grandes empresas las que se aprovechan de pequeños productores, haciéndoles muy difícil mantenerse en el mercado. En estos cinco años y en distintos sectores, la CNMC ha impuesto multas por un importe superior a los 1.000 millones de euros, de los cuales más del 80 por 100 corresponden a multas a cárteles[3].

Pero si la actividad sancionadora es importante, también lo es, para la entidad y para la seguridad jurídica de los agentes, la revisión jurisdiccional de las declaraciones de infracción en el ámbito de competencia. Y en este ámbito conviene destacar que en torno al 80 por 100 de las resoluciones revisadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han sido confirmadas en su fondo por estos tribunales[4]. Es decir, en un porcentaje muy elevado de casos se ha confirmado la opinión de la autoridad de competencia sobre la existencia de una infracción anticompetitiva.

No obstante, aspiramos a más, y los reveses judiciales referidos a nuestras resoluciones nos han servido de estímulo para procurar poner todos los medios a nuestro alcance para reforzar los aspectos jurídicos y económicos, tanto de nuestra fase de instrucción como de nuestras resoluciones, y a colaborar más activamente con la Abogacía del Estado cuando nuestras resoluciones son impugnadas.

Una buena parte de la problemática a la que me refería antes tiene que ver, como es sabido, con la discrepancia con la Audiencia Nacional, desde 2013, con

[3] Esta cifra de multas comprende tanto las impuestas por infracciones contra la competencia como las que se refieren a infracciones contra la legislación sectorial de energía, telecomunicaciones, audiovisual y postal.

[4] En concreto, el 75,3 por 100 en la Audiencia Nacional y el 82,4 por 100 en el Tribunal Supremo. Para más información puede consultarse el documento completo*: https://www.cnmc.es/node/368434*

el método de cálculo de las multas aparejadas a las declaraciones de infracción. Esta discrepancia fue resuelta en enero de 2015 por el Tribunal Supremo, pero ha llevado a que, en una elevada proporción de los casos, los tribunales ordenasen recalcular las multas, y nos ha obligado a elaborar un nuevo sistema de fijación de multas acorde con las exigencias de la Ley y a la nueva jurisprudencia. A lo largo del año 2018 se han ido produciendo ya un buen número de sentencias confirmando la nueva metodología sancionadora.

Finalmente, la CNMC ha sido muy activa en el campo de la promoción, herramienta vital para fomentar el funcionamiento competitivo de los mercados a través de la formación, la divulgación, el análisis, los informes sobre normativa, así como la elaboración de guías y recomendaciones. Es importante subrayar que, con frecuencia, las restricciones a la competencia no se producen solo por decisiones y acuerdos de las empresas, sino que también surgen a raíz de decisiones de las propias Administraciones Públicas.

Desde la creación de la CNMC, el Departamento de Promoción de la Competencia ha emitido más de 110 informes regulatorios, principalmente sobre contratación pública y los sectores de transporte, servicios profesionales, agroalimentario y propiedad intelectual. De igual modo se han emitido 17 consultas públicas y estudios de mercado de diversa índole, que han incidido desde el punto de vista económico y legal en el funcionamiento de los mercados, y se han realizado recomendaciones en sectores como el transporte aéreo, ferroviario y por carretera, el sector farmacéutico, o la distribución mayorista y minorista de carburantes, así como en sectores y ámbitos novedosos y de creciente relevancia transversal para el conjunto de la actividad económica, como el reciente estudio sobre el uso de las nuevas tecnologías en el sector financiero o *fintech*, o la consulta pública sobre economía colaborativa y nuevos modelos de prestación de servicios por Internet.

En ocasiones las reacciones a nuestros informes han resultado poco serenas, a veces por proceder de quienes ven amenazados intereses particulares consolidados durante años. Ese fue el caso del estudio sobre la distribución de medicamentos, el informe sobre las gasolineras automáticas, los vehículos de transporte de viajeros con conductor (VTC) o los apartamentos turísticos. En cualquier caso, nosotros seguimos confiando en el diálogo basado en el rigor técnico, la transparencia, la independencia y en nuestro espíritu de servicio público.

La CNMC, como el resto de autoridades de competencia modernas, cuenta con una función de promoción de la competencia dirigida a asesorar a las Administraciones, que permite, llegado el caso, impugnar normas estatales, autonómicas o locales que obstaculicen la competencia o la unidad de mercado, siempre que no tengan rango de ley. Esta responsabilidad se deriva de dos disposiciones contenidas en nuestra Ley de creación y en la Ley de unidad de mercado[5].

Hemos actuado con mucha prudencia en estos ámbitos, conscientes de que esta herramienta debe tender a ser un elemento de disuasión. Tratamos de convencer a las Administraciones para que adapten el texto normativo antes de emprender acciones judiciales, pero ha sido inevitable en 11 ocasiones. Algunos de los asuntos en los que hemos estado especialmente activos requieren una aproximación técnica compleja, como las normas autonómicas y locales relativas a las viviendas y alojamientos turísticos que pudieran contener determinadas previsiones innecesarias o, al menos, desproporcionadas, y las normas estatales y locales que regulan la actividad de los VTC.

No puedo terminar este balance sin hacer referencia a otros ámbitos de actuación, de carácter horizontal, que constituyen una muestra de los logros alcanzados en estos cinco años.

En primer lugar, la CNMC está realizando un gran esfuerzo para digitalizar su gestión, un objetivo

[5] Me refiero al artículo 5.4 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, y al artículo 27 de la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado.

estratégico de gran importancia no solo para la eficacia de nuestro trabajo, sino también para garantizar la independencia y transparencia de la institución. Por un lado, tras refundir las diversas webs existentes en los organismos que se extinguieron para dar lugar a la CNMC, se han empleado muchos recursos para elaborar una nueva página web que supone un ejercicio de transparencia, y la culminación del proceso de digitalización de la información elaborada por nuestra institución, ya que estará perfectamente integrada con nuestros avanzados sistemas internos de información.

Otro ámbito de actuación horizontal en el que se ha producido un avance relevante en estos cinco años ha sido el de las estadísticas. No solo se ha dado continuidad a la información elaborada en el pasado, como el informe anual de telecomunicaciones, sino que se han lanzado nuevos productos que cubren ámbitos en los que apenas existía información actualizada. Así, en el marco de CNMCData se publican periódicamente, por ejemplo, los resultados del panel de hogares con datos sobre pautas de consumo, así como los últimos datos disponibles sobre la evolución del comercio electrónico en España, que constituyen, a mi juicio, información de gran valía para nuestros ciudadanos y empresas[6].

Por último, no puedo cerrar este balance sin mencionar la intensa actividad internacional de la CNMC. Como ya he comentado, tanto en el ámbito de la energía como en el de telecomunicaciones, la normativa europea marca el camino, por lo que es vital para los intereses nacionales estar representado y tener visibilidad en los foros de reguladores sectoriales que participan activamente en el proceso legislativo y en el desarrollo de estrategias a largo plazo. En este sentido, la CNMC ha adoptado una posición de liderazgo en el grupo de trabajo de electricidad del Consejo de Reguladores Energéticos Europeos (CEER, por sus siglas en inglés), y en BEREC, el foro europeo que reúne a los reguladores independientes de telecomunicaciones, y continúa siendo el anfitrión del denominado Foro del Gas. Algo parecido puede decirse de los otros sectores supervisados por la CNMC, y también en el ámbito de competencia, donde la actividad internacional ha sido particularmente intensa durante la preparación de la nueva directiva ECN+.

[6] *http://data.cnmc.es/datagraph/*

4. Retos y prioridades para una entidad moderna

No quisiera acabar este balance de nuestra actividad sin referirme también a los principales retos y proyectos de futuro más inmediatos que afronta la entidad, y que habrán de prepararla para seguir cumpliendo su función en una economía cada vez más abierta e interdependiente, y entrados de lleno en la era de la digitalización.

En el ámbito competencial, en las actividades relacionadas con el sector energético, la CNMC debe conseguir las competencias que le corresponden en la fijación de peajes de electricidad y de gas de acuerdo con las directivas europeas. Algo parecido puede decirse referido al ámbito de las telecomunicaciones, basándonos en este caso en las mejores prácticas internacionales.

Por otra parte, el año pasado se cumplió el décimo aniversario de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. La experiencia práctica adquirida en estos diez años, la evolución de los mercados y las novedades recientes en otras normas nacionales y comunitarias nos ha conducido a un período de reflexión con vistas a introducir mejoras y novedades en nuestro sistema. Tras diversas sesiones de trabajo y seminarios con abogados, académicos y autoridades de competencia autonómicas, así como consultas públicas, pretendemos culminar con una propuesta consensuada de mejoras. Algunas tratarán de traer mayor claridad o reducir la carga administrativa, pero otras deberían ser de mayor calado, como la introducción de un procedimiento transaccional (*settlements*) en los casos de conductas anticompetitivas, que se antoja necesario en un contexto de elevada litigiosidad.

Debemos modernizar nuestra norma para asegurar que la CNMC está equipada con las mejores herramientas. Que este proceso desemboque en un nuevo marco normativo, adaptado a los nuevos tiempos, dependerá de la voluntad del legislador y de nuestra capacidad de convicción, pero conviene recordar que esta es, además, la línea que marca la propuesta de Directiva ECN+, que será aprobada próximamente en Bruselas.

En cuanto a la normativa por la que se rige el funcionamiento de la CNMC —tanto la Ley 3/2013 de creación como el Estatuto Orgánico—, sería necesario corregir, cuando sea oportuno, algunas disfunciones que se han puesto de manifiesto en nuestro quehacer diario. En primer lugar, el legislador es explícito en su Ley de creación al señalar que hay dos órganos de gobierno: el Consejo, que resuelve, y el Presidente, que es responsable de la coordinación de las Direcciones y del funcionamiento práctico de la institución. En este marco, la existencia de dos Salas, una de competencia y otra de regulación y supervisión, requiere una coordinación más estrecha que, en futuras revisiones de nuestra normativa, debería ser contemplada.

En segundo lugar, una autoridad independiente solo podrá actuar de manera efectiva, como se exige a los modernos organismos de su naturaleza, si se le dota de los recursos para cumplir con sus fines y tiene capacidad para utilizarlos con autonomía, dentro de las debidas limitaciones presupuestarias, y también en este ámbito los avances exigirán modificaciones legislativas. Dos son los principales aspectos que deben mejorarse: por un lado, dotar a la entidad de autonomía presupuestaria, tal y como propugnan los organismos internacionales para las entidades independientes[7]; y por otro, mucho más relevante a corto plazo, dotar a la entidad de mayor autonomía para utilizar su presupuesto, especialmente en el área de recursos humanos. La CNMC debería tener la capacidad de fijar sus políticas de contratación, lo que incluye las políticas de retribución y promoción, sin necesidad de solicitar autorización al Gobierno, como sucede en la actualidad. La actividad de la entidad descansa sobre el incansable trabajo y compromiso de sus profesionales, y solo así se podrá atraer y retener a los más cualificados.

5. Conclusiones

Volviendo al comienzo de mi exposición, la labor de la CNMC como garante de la competencia y el buen funcionamiento de los mercados regulados es clave para impulsar la competitividad de nuestras empresas, y con ello el crecimiento económico y la creación de más empleo de mayor calidad, a la vez que se contribuye a combatir la desigualdad.

España tiene una estructura económica e institucional joven. Apenas hace 30 años que el Estado abandonó la propiedad de muchas empresas públicas que operaban como monopolios legales. Han pasado poco más de 20 años desde que se liberalizaron las telecomunicaciones. Solo han transcurrido 11 años desde que se aprobó una ley de defensa de la competencia comparable a la de los países de la OCDE. La arquitectura institucional de la supervisión de los mercados requiere tiempo para consolidarse, y es necesario seguir trabajando en los organismos de supervisión, dotándolos de recursos suficientes y de soberanía en la gestión de sus recursos para garantizar su independencia y su efectividad.

Creo que el balance de los cinco años de nuestro trabajo indica que estamos en el buen camino y que, con la colaboración de todos, podemos afrontar con optimismo los desafíos que tenemos por delante. Los profesionales de la CNMC están comprometidos con el reto de desempeñar sus responsabilidades con altura de miras para ayudar a las empresas y a los ciudadanos, y para colaborar en la transformación digital de la economía, que tantas oportunidades presenta para nuestra sociedad.

[7] OECD's Competition Committee, Being an Independent Regulator, París, 26 de octubre de 2015; OECD, Key Points of Roundtable Discussion on Changes in Institutional Design of Competition Authorities: Part I, DAF/COMP/WD(2015)2.

Al fin y al cabo, todas las actuaciones de la CNMC están dirigidas a proteger a los consumidores de cualquier abuso en el ámbito de la actividad económica, a asegurar que las empresas respetan las reglas del juego, y a sentar las bases para el desarrollo de un tejido productivo más competitivo, capaz de generar la riqueza que asegure nuestro bienestar futuro. Pueden estar seguros de que la CNMC seguirá trabajando por el interés general de forma independiente, rigurosa y transparente, luchando por mejorar nuestras actuaciones, aprendiendo de los errores, rectificando cuando sea preciso, estudiando y escuchando las reflexiones y sugerencias para intentar prestar a la sociedad un servicio cada vez de mayor calidad.

Referencias bibliográficas

[1] CNMC (2018). *Revisión jurisdiccional en el período 2014-2017 de las declaraciones de infracción de la Autoridad Nacional de Competencia*. Disponible (01/10/2018) en *https://www.cnmc.es/node/368434*

[2] CNMC (2018). *Datos estadísticos* disponibles (01/10/2018) en *http://data.cnmc.es/datagraph/*

[3] GARCÍA-VERDUGO, J. y GÓMEZ, L. (2018). *Impacto de las intervenciones de la CNMC en defensa de la competencia (2017)*, disponible (01/10/2018) en *https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/actividad-institucional/impacto-economico-social-autoridades-competencia*

[4] OECD (2015a). *Being an Independent Regulator*, OECD's Competition Committee 26 de octubre de 2015.

[5] OECD (2015b). *Key Points of Roundtable Discussion on Changes in Institutional Design of Competition Authorities: Part I*, DAF/COMP/WD(2015)2.

En el próximo número de
Información Comercial Española. Revista de Economía

La crisis financiera. Diez años después

Bernardo Hernández	Presentación
Óscar Arce, José González-Mínguez y Lucio Sanjuan	Un balance de la recuperación económica
Emilio Ontiveros y Ángel Berges	La reestructuración del sistema bancario: gestación, gestión y digestión
Miguel Cardoso	Reformas estructurales: lo que podemos aprender de la experiencia española
José Luis Peydró	Política monetaria, ciclo del crédito y crisis
Jose Luis Escrivá	El legado fiscal de la crisis: reforma de las políticas públicas para reducir la deuda y la desigualdad
Federico Steinberg y Miguel Otero	Lecciones de la crisis financiera global para fortalecer la Unión Económica y Monetaria
Ignacio Conde-Ruiz	Retos laborales pendientes, diez años después de la caída de Lehman Brothers
Juan Luis Díez Gibson y Raúl Saugar	Cambios en la regulación financiera tras la crisis
Pablo Simón Cosano	De la crisis económica a la crisis política: cambio en Europa y en España
Marta Valero	Crisis y financiación de la internacionalización

Coordinador: Bernardo Hernández

Últimos números publicados:

El futuro de la Unión Europea

Innovación y emprendimiento: un binomio para el crecimiento de la economía española

Números en preparación:

Estrategias de mejora de la regulación

Santiago Fernández de Lis*
Pablo Urbiola Ortún**

TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y COMPETENCIA EN EL SECTOR FINANCIERO

La transformación digital ha abierto el mercado de servicios financieros a nuevos tipos de proveedores: empresas emergentes conocidas como fintech y, más recientemente, las grandes empresas tecnológicas. Estas últimas presentan un gran potencial disruptivo para el panorama competitivo por su tamaño y por las características de los ecosistemas digitales en los que integran los servicios financieros. Este artículo explora cómo el alcance de esa integración está en parte condicionado por el marco regulatorio financiero, las normas de acceso a datos y la política de competencia.

Palabras clave: *servicios financieros, mercados digitales, regulación financiera, datos, política de competencia*.
Clasificación JEL: *G20, K20, L40, L86*.

1. Cambios tecnológicos y entorno competitivo

La generación, el almacenamiento y la transmisión de información es un elemento nuclear del funcionamiento del sector financiero. En piezas de información se registran los derechos y obligaciones financieras de los clientes; en flujos de información se materializan pagos e intercambios de activos; y el análisis de información permite evaluar el riesgo de potenciales prestatarios. Son solo algunos ejemplos que evidencian hasta qué punto la industria financiera ha estado desde sus orígenes basada en el procesamiento de información, lo que explica que sea uno de los sectores que más ha invertido históricamente en tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

Desde finales de los años sesenta, con la incorporación de las primeras computadoras *mainframe* en los servicios centrales, y más adelante de ordenadores personales en las sucursales, las entidades financieras han mecanizado progresivamente operaciones y procesos internos que eran muy intensivos en papel y mano de obra (Ontiveros *et al*., 2012). Esa primera oleada de adopción de las TIC permitió procesar operaciones cada vez más complejas y hacerlo de manera más eficiente. Además, las mayores economías de escala, fruto de la automatización, empujaron al sector financiero a operaciones de concentración para aprovechar más las ganancias de eficiencia.

* BBVA Research.
* Institute of International Finance y BBVA Research

Si hay algo que distingue la oleada más reciente de transformación digital es que, además de introducir nuevas ganancias de eficiencia en la operatividad de las entidades, ha alterado de forma significativa la forma de relacionarse con los clientes, ha dado lugar a nuevos servicios y modelos de negocio y ha reducido algunas de las barreras de entrada que hacían del sector financiero un mercado relativamente estanco. El resultado es una disrupción en marcha que está transformando el panorama competitivo y la estructura del mercado de servicios financieros. Detrás de estos cambios se encuentran principalmente tres grandes avances tecnológicos: *i)* las redes de banda ancha y los dispositivos móviles inteligentes, *ii)* los servicios de computación en la nube, y *iii)* la explotación de grandes cantidades de datos (*big data*) y la inteligencia artificial.

La expansión de redes de banda ancha fija y móvil y la adopción generalizada de dispositivos inteligentes ha supuesto la aparición de nuevos canales de atención y distribución de servicios financieros: los portales de banca electrónica, primero, y las aplicaciones de banca móvil más adelante. Los consumidores, acostumbrados a la inmediatez, ubicuidad y sencillez de servicios digitales como las redes sociales o el comercio electrónico, han abrazado estos nuevos canales para su operativa diaria, sobre todo las nuevas generaciones. Desde el punto de vista de la competencia, los portales electrónicos y las aplicaciones móviles permiten a los proveedores dirigir su oferta a mercados más amplios y beneficiarse de economías de escala sin necesidad de desplegar y mantener una extensa red física de oficinas. Una oportunidad que está siendo aprovechada por nuevos proveedores de servicios financieros con un modelo de distribución eminentemente digital. Además, los canales digitales tienden a aumentar la comparabilidad entre los productos y servicios de distintos proveedores y a reducir los costes de cambio de un proveedor a otro para los consumidores.

Junto a la conectividad permanente que facilitan las redes y dispositivos móviles, otro de los grandes cambios detrás de la transformación digital es el incremento de la capacidad de computación y su abaratamiento, condiciones necesarias para poder procesar un volumen de operaciones que se ha multiplicado de manera exponencial en el entorno digital. En este sentido, la computación en la nube o *cloud computing* ofrece más eficiencia, flexibilidad y escalabilidad que los sistemas centralizados tradicionales. Las empresas pueden consumir bajo demanda capacidad de computación o aplicaciones informáticas (*software*) y beneficiarse así de las economías de escala de la nube independientemente de su tamaño individual. Esta sustitución de inversión en capital por gastos de explotación disminuye las barreras de entrada en mercados como el de servicios financieros que son intensivos en el uso de las TIC.

El tercer gran avance tecnológico detrás de la transformación digital —la explotación de grandes cantidades de datos (*big data*) y la inteligencia artificial— está directamente relacionado con los anteriores. La interacción entre empresas y consumidores a través de canales digitales ha generado una explosión en la cantidad de datos disponibles, y la mayor capacidad de computación ha permitido procesarlos y explotarlos con nuevas herramientas predictivas. Las aplicaciones en el sector financiero son múltiples e irán aumentando con el tiempo: utilización de nuevas fuentes de datos en el análisis de riesgo crediticio, identificación de transacciones sospechosas de fraude o blanqueo de capitales, mayor personalización de las ofertas comerciales, asesoramiento financiero automatizado, etc. Los efectos sobre la competencia pueden ser, en teoría, de distinto signo: por un lado, los actuales proveedores del mercado cuentan con grandes cantidades de datos sobre sus clientes, lo que podría conferirles una ventaja adicional; pero, por otro lado, la explotación de nuevas fuentes de datos permite obtener por vías alternativas información relevante para competir en el mercado de servicios financieros. De ahí que la concentración o distribución de datos en el conjunto de la economía digital y las condiciones de

accesibilidad y usabilidad de los mismos condicionen enormemente el panorama competitivo.

Como ya hemos explicado, la utilización de canales digitales y de servicios de computación en la nube ha reducido algunas barreras de entrada a la provisión de servicios financieros tradicionales. Pero, además, el conjunto de avances tecnológicos descritos anteriormente ha permitido la emergencia de nuevos modelos de negocio que satisfacen con una estructura diferente las necesidades financieras de los consumidores. Las plataformas digitales o *marketplaces* son un claro ejemplo de esto. Las comunicaciones digitales han reducido los costes de transacción (búsqueda de contrapartes, negociación de contratos, monitorización, etc.) entre agentes individuales geográficamente dispersos y así han surgido plataformas que ponen en contacto a ofertantes y demandantes de financiación y que facilitan las transacciones entre ellos mediante mecanismos de confianza que reducen las asimetrías de información (Coyle, 2016). Esta transformación es clave para una industria como la financiera, donde las asimetrías de información han sido tradicionalmente la fuente de valor añadido de muchos modelos de negocio y han justificado algunas de las regulaciones.

En conclusión, las nuevas tecnologías digitales han sido determinantes en la apertura del mercado de servicios financieros, históricamente relativamente estanco, a nuevos proveedores, lo que ha generado un nuevo entorno competitivo que está en plena ebullición.

2. De la desagregación de la cadena de valor a la integración en ecosistemas digitales

Las nuevas empresas que han aprovechado la transformación digital para irrumpir en el sector financiero reciben comúnmente el nombre de *fintech*, un concepto que alude a las palabras «finanzas» y «tecnología», en inglés. Estas empresas emergentes suelen estar especializadas en un producto o servicio financiero concreto y a veces también en un segmento de clientes (Arner *et al*., 2016). En general, operan en aquellos ámbitos del sector financiero que no están sujetos a una fuerte carga regulatoria y que no son intensivos en capital, como los pagos y las transferencias. Ahí se concentra la mayor parte de la actividad *fintech*, junto a los servicios de financiación no basados en la captación de depósitos (como las plataformas de *crowdfunding*) o las aplicaciones que ayudan a la gestión de las finanzas personales (como los agregadores de cuentas o las herramientas de asesoramiento automatizado).

Al especializarse en un producto o servicio financiero concreto, estas empresas *fintech* han desagregado la cadena de valor del sector bancario, tradicionalmente unificada bajo el modelo de banca universal que intenta satisfacer el conjunto de necesidades financieras de los clientes (Ferrari, 2016). En el nuevo entorno, bancos y nuevos entrantes compiten en elementos individuales de la cadena de valor y al mismo tiempo colaboran, cada vez más, en otros. En algunos casos, las empresas *fintech* proveen de tecnología o soluciones a los bancos; y en otros casos, los bancos han integrado en su propuesta de valor los productos y servicios de terceros y los ofrecen a sus clientes.

En los últimos años, otro tipo bien distinto de nuevos jugadores está haciendo su incursión en el sector financiero: grandes empresas tecnológicas con posiciones ya consolidadas en mercados digitales. Es el caso, por ejemplo, de Amazon, Facebook o Apple en Estados Unidos y Europa o de Alibaba o Tencent en China. Al igual que las *fintech*, estas empresas también ofrecen productos y servicios financieros específicos, desagregados de la cadena de valor de la banca, pero lo que hacen es integrarlos en su propia propuesta de valor. Un movimiento que es consistente con la estrategia general de estas compañías: construir alrededor de los usuarios un ecosistema de productos y servicios (redes sociales, comercio electrónico, búsqueda, sistemas operativos, tiendas de aplicaciones, etc.) que están conectados entre sí.

La integración de servicios financieros en ecosistemas digitales tiene el potencial de alterar sustancialmente la estructura del sector financiero. La razón es que

los ecosistemas digitales de las grandes empresas tecnológicas cuentan ya con millones de usuarios activos y, además, poseen una serie de características que les confiere poder en los mercados en los que operan y les ayuda a entrar en nuevos mercados. Estas características son fundamentalmente tres: *i)* desarrollan efectos de red, *ii)* ejercen un rol de guardianes o puertas de acceso a mercados relacionados, y *iii)* generan y explotan grandes cantidades de datos.

Los efectos de red de los ecosistemas digitales suelen ser tanto directos como indirectos. Los primeros surgen en aquellos servicios que permiten a los usuarios conectarse e interactuar entre ellos, como las redes sociales. Los segundos aparecen en las plataformas o *marketplaces* que ejercen de intermediarios entre distintos tipos de agentes, como consumidores y proveedores en un sitio de comercio electrónico, o desarrolladores y usuarios en una tienda de aplicaciones móviles. Los efectos de red hacen que cuando un servicio alcanza una determinada masa crítica de usuarios se beneficie de un círculo de retroalimentación positivo que facilita la concentración del mercado (Evans y Schmalensee, 2007).

En segundo lugar, los ecosistemas digitales cuentan con productos y servicios que, por su naturaleza, ejercen un rol de guardianes o puertas de acceso a otros mercados relacionados. Es el caso, por ejemplo, de los sistemas operativos móviles, que establecen las condiciones para crear y distribuir aplicaciones, o de los motores de búsqueda, a través de los cuales los usuarios acceden a contenidos digitales o a sitios de comercio electrónico. Esto permite a los ecosistemas digitales ejercer un cierto grado de control sobre otros productos, y poder aprovechar esa posición para entrar a competir ellos mismos en esos mercados relacionados. Es lo que han hecho, por ejemplo, algunos sistemas operativos móviles al desarrollar sus propios servicios de pago móvil.

El tercer elemento clave para entender el poder de los ecosistemas digitales es que sus productos y servicios generan, agregan y explotan grandes cantidades de datos sobre los usuarios. Esto les confiere una ventaja competitiva por varias razones. Por un lado, la acumulación de datos relevantes les permite beneficiarse de economías de aprendizaje o economías de escala dinámicas y mejorar cada vez más la calidad de sus servicios. Por otra parte, como los datos obtenidos en la prestación de un servicio pueden reutilizarse para desarrollar y/o distribuir otros productos y servicios, también se benefician de economías de alcance (Autorité de la concurrence y Bundeskartellamt, 2016). Además, los datos pueden producir efectos de bloqueo para los usuarios, ya que la personalización y el almacenamiento de datos personales dentro de un servicio pueden aumentar el coste de cambiar de un proveedor a otro.

Estas características de los ecosistemas digitales generan múltiples sinergias entre los distintos productos y servicios que los conforman. Por eso, los ecosistemas no solo añaden nuevos servicios como fuentes directas de ingresos, sino también para reforzar el conjunto del ecosistema: atrayendo nuevos usuarios y vinculándolos más, logrando control sobre mercados clave o generando nuevas fuentes de datos. Esto explica que los ecosistemas extiendan su actividad a productos y servicios tradicionalmente ofrecidos por diferentes tipos de empresas, algo que está disminuyendo las barreras entre los distintos sectores económicos.

En el caso de los servicios financieros, estos pueden desempeñar distintas funciones —no excluyentes— dentro de un ecosistema digital: *i)* servicios transaccionales (medios de pago) para las interacciones que se producen en el ecosistema; *ii)* servicios complementarios a otros productos del ecosistema, como la oferta de crédito o de seguros a los usuarios (consumidores o proveedores) de una plataforma de comercio electrónico; y *iii)* los servicios financieros pueden ser un componente más —relativamente autónomo— del ecosistema, como sería el caso de un servicio de pago móvil en comercios físicos o de una herramienta de gestión de las finanzas personales.

La integración de servicios financieros en ecosistemas digitales que, por su naturaleza, tienden a la

concentración, puede alterar radicalmente la estructura actual del sector financiero. No tanto porque los ecosistemas reemplacen a los actuales proveedores —al menos no en la totalidad de productos y servicios financieros— sino por el control que los ecosistemas pueden ejercer sobre la relación con los clientes y, por ende, sobre la comercialización de servicios financieros y la distribución de márgenes.

En cualquier caso, el impacto dependerá del grado de integración de los servicios financieros en los ecosistemas digitales de las grandes empresas tecnológicas, del nivel de involucración de estas empresas en la provisión de servicios financieros, y de la capacidad de las entidades financieras para desarrollar sus propias propuestas de valor diferenciadas, emulando algunas de las características de los ecosistemas digitales anteriormente descritas. Estas variables dependen, a su vez, de algunos factores relativamente exógenos, como son la regulación y la política de competencia. Por un lado, la carga de la regulación financiera disuade de la entrada de los ecosistemas digitales en aquellos servicios sujetos a una regulación más estrictica, que además tiene implicaciones para el conjunto de la organización que los provee. Al mismo tiempo, nuevas regulaciones en el ámbito de pagos y del acceso a datos facilitan la entrada de nuevos competidores en algunos servicios financieros. El papel que puede desempeñar la política de competencia se explica por las posiciones de dominio que las grandes empresas tecnológicas ocupan en algunos mercados digitales. Esto las convierte en objeto de escrutinio de las autoridades de competencia y puede limitar las prácticas con las que intervienen en nuevos mercados. En los próximos apartados desarrollamos la discusión sobre estos aspectos regulatorios y de competencia.

3. El papel de la regulación

La banca es un sector altamente regulado, lo que encuentra su explicación en su papel clave en los sistemas de pagos y la financiación de la economía y en su vulnerabilidad ante la pérdida de la confianza del público, que ha impulsado una serie de intervenciones públicas con el fin de asegurar la estabilidad financiera, entre las que cabe destacar el seguro de depósitos, el préstamo de última instancia y la regulación prudencial.

El seguro de depósitos persigue dar seguridad al poder liberatorio de los pagos contra cuentas bancarias y limitar los incentivos a retiradas de depósitos por parte de los clientes ante la primera señal o rumor de debilidad de una institución (corridas bancarias), así como limitar el contagio. El seguro lo cubren generalmente las propias entidades financieras, con la garantía implícita del Estado. Por su parte, el préstamo de última instancia proporciona liquidez de emergencia a entidades solventes pero ilíquidas. El banco central es la única institución que está en condiciones de otorgarlo en las cantidades y con la celeridad necesarias.

Por último, la regulación prudencial persigue limitar los riesgos de pérdidas para las redes de seguridad descritas más arriba, al asegurar unos niveles suficientes de capital, provisiones y pasivos con capacidad de absorción de pérdidas, así como unos sistemas de control de riesgos adecuados.

Este conjunto de intervenciones tiene como objetivo que las entidades financieras autorizadas a usar la etiqueta de «banco» tengan unos estándares de solvencia elevados y unas redes de seguridad sólidas en caso de que surjan problemas. La diferencia crucial entre los bancos y otros intermediarios financieros reside en la captación de depósitos del público, sobre la cual gira el sistema de pagos minorista. Como se ha señalado anteriormente, el poder liberador de los pagos vinculados a los depósitos exige una elevada confianza del público; de ahí que las autoridades establezcan una barrera clara entre lo que es y lo que no es un depósito, y por tanto entre lo que es y no es un banco. Las obligaciones regulatorias y el control supervisor que implica atravesar esa barrera ha mantenido a los nuevos entrantes alejados de la captación de depósitos del público.

Los bancos están sujetos además a otras regulaciones no directamente relacionadas con su papel como generadores de depósitos, pero que pueden ser igualmente exigentes y onerosas desde el punto de vista del cumplimiento. Un ejemplo es toda la regulación contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo (AML/CFT por sus siglas en inglés), que aprovecha el papel central de los bancos en los flujos financieros para limitar o controlar las actividades económicas ilícitas, a través de requisitos muy exigentes de conocimiento del cliente. Es importante entender que estas regulaciones no están relacionadas con la preocupación por la estabilidad financiera que impregna toda la regulación bancaria, ni son consustanciales a la actividad financiera, sino que las autoridades aprovechan la infraestructura de los bancos y su papel central en los flujos de pagos de la economía para perseguir objetivos diferentes, no especialmente relacionados con el sector bancario. Por eso, a medida que surgen nuevas formas de mover dinero en la economía, las regulaciones de AML/CFT han ido incorporando nuevos sujetos obligados, como los emisores de dinero electrónico o las casas de cambio de activos virtuales.

En este artículo nos interesa sobre todo una tercera línea de regulaciones que inciden sobre el sector financiero y que persiguen objetivos de competencia y protección al consumidor. Su naturaleza es diferente de las regulaciones relacionadas con la estabilidad financiera y la prevención del blanquero de dinero. Se trata en este caso de asegurar que los proveedores de servicios financieros realizan su función de manera eficiente y que no se benefician de manera abusiva de las asimetrías de información inherentes a la labor de intermediación financiera.

Por supuesto, todas estas regulaciones están relacionadas, se complementan, interaccionan y exigen equilibrios. Por ejemplo, la estabilidad financiera contribuye a la protección del consumidor (en la medida en que los consumidores son las principales víctimas de las crisis financieras), y la prevención del blanqueo de capitales beneficia, a la larga, tanto a la eficiencia como a la estabilidad financiera.

Estabilidad financiera y competencia son objetivos aparentemente contradictorios: un excesivo énfasis en la competencia puede poner contra las cuerdas a los competidores más débiles, provocando quiebras e inestabilidad financiera; una preponderancia excesiva de los objetivos de estabilidad puede provocar ineficiencias que termina pagando el cliente bancario, tanto el ahorrador como el prestatario. Pero esta relación de intercambio entre ambos objetivos se circunscribe al corto plazo. A largo plazo solo un sistema financiero eficiente es realmente estable, del mismo modo que una estabilidad artificial, al precio de un mercado escasamente competitivo genera, a la larga, debilidades que terminan minando la solvencia.

Las regulaciones con objetivos de competencia y protección al consumidor generalmente son específicas a los distintos productos o servicios financieros y no suelen afectar al conjunto de la entidad que los provee, a diferencia de la regulación prudencial bancaria. En este sentido, a medida que la transformación digital ha dado lugar a nuevos servicios o modelos de negocio, el marco regulatorio ha ido evolucionando y extendiéndose para hacer frente a los riesgos y las asimetrías de información inherentes a las distintas actividades. Las nuevas normativas que regulan las plataformas de financiación participativa o *crowdfunding* son un ejemplo de esta evolución. Un marco regulatorio proporcional a los riesgos de las nuevas actividades puede favorecer su desarrollo al proveer certidumbre y confianza tanto a los proveedores como a los potenciales clientes.

En algunos casos, más allá de reaccionar a los cambios en el mercado, la regulación ha desempeñado un papel proactivo en abrir el sector financiero a nuevos competidores, sobre todo en el ámbito de los pagos minoristas (González-Páramo, 2016). El caso más notable es probablemente la nueva directiva europea de servicios de pago (PSD2 por sus siglas en inglés), que ha obligado a los bancos a abrir sus sistemas a otros

jugadores que, con la autorización de los clientes, pueden acceder a las cuentas bancarias para ofrecer servicios de iniciación de pagos o de información sobre cuentas[1]. La nueva directiva establece los requisitos de autorización para los nuevos proveedores que quieran ofrecer este tipo de servicios. Una oportunidad que puede ser aprovechada por *fintech* especializadas en uno o varios servicios financieros o por empresas con ecosistemas digitales más amplios, tal y como explicamos en el segundo apartado del artículo.

La apertura exigida por PSD2 tiene diversas implicaciones para el panorama competitivo del sector financiero. Por un lado, los servicios de iniciación de pagos tienen un impacto directo en el mercado de pagos minoristas. La posibilidad de que un tercero inicie transferencias bancarias en nombre de un cliente permite que surjan nuevos instrumentos de pago, basados en el movimiento de fondos cuenta a cuenta, que compitan con las tarjetas en el pago en comercios, especialmente electrónicos. Si bien el movimiento de fondos sigue ocurriendo dentro de la infraestructura de los bancos, estos pierden la relación directa con el cliente en el momento del pago y se convierten en proveedores de la infraestructura subyacente. Por otra parte, los servicios de información de cuentas —que agregan las transacciones de un cliente en distintas entidades— aumentan la comparabilidad entre servicios de cuentas de pago y reducen el coste para el consumidor de cambiar de un proveedor a otro, al poder mantener un repositorio de sus transacciones. Además, al igual que los servicios de iniciación de pagos, ejercen un rol de interfaces o intermediarios entre los clientes y las entidades financieras, lo que contribuye a diluir la relación directa entre ambos (González-Páramo, 2017).

Por último, pero no por ello menos importante, los servicios de información de cuentas acceden a los datos financieros transaccionales de los clientes, cuyo valor trasciende el propio mercado de cuentas y servicios de pago. Esos datos permiten conocer los hábitos y patrones de consumo de un cliente, inferir sus necesidades de ahorro o crédito o analizar su perfil de riesgo. Como PSD2 facilita el acceso a esos datos por parte de otros bancos y de nuevos jugadores, puede aumentar la competencia en diversos productos y servicios financieros.

En este punto, es importante recordar que, tal y como explicamos en el segundo apartado del artículo, la acumulación y explotación de grandes cantidades de datos es una de las características clave para entender el poder que acumulan los ecosistemas digitales. Por eso, la relación entre el acceso a datos y la competencia en los mercados digitales merece especial atención en el próximo apartado.

4. Datos y competencia en los mercados digitales

El acceso a datos o información ha sido siempre un activo competitivo para las empresas de cualquier sector, pero su importancia sobresale como central en la economía digital porque muchos productos y servicios están basados en datos y las nuevas capacidades de procesamiento y técnicas de análisis posibilitan un uso más intensivo y sofisticado de los mismos. La explotación de datos permite a las empresas mejorar la calidad de los productos y servicios que ofrecen y desencadenar un círculo de retroalimentación positivo: la calidad atrae a nuevos usuarios y aumenta la participación de los ya existentes, y esto permite acceder a más datos y seguir refinando los productos. Además, los datos también pueden ser utilizados para desarrollar y/o distribuir otros productos y servicios distintos a aquellos gracias a los cuales se obtuvo la información original.

Estas economías de aprendizaje y de alcance implican que la concentración de grandes cantidades de

[1] PSD2 define a los primeros como servicios de que permiten «iniciar una orden de pago, a petición del usuario del servicio de pago, respecto de una cuenta de pago abierta con otro proveedor de servicios de pago». Los segundos son servicios en línea «cuya finalidad consiste en facilitar información agregada sobre una o varias cuentas de pago de las que es titular el usuario del servicio de pago bien en otro proveedor de servicios de pago, bien en varios proveedores de servicios de pago».

datos en unas pocas empresas —algo que ocurre en los ecosistemas digitales— puede levantar barreras de entrada y reducir la competencia en algunos mercados digitales. De ahí que permitir a los consumidores mover los datos que generan de una empresa a otra surja como una posible solución para tratar de promover la competencia (Prufer y Schottmüller, 2017). En este sentido, el nuevo Reglamento General europeo de Protección de Datos (conocido como GDPR por sus siglas en inglés) incluye un derecho a la portabilidad de los datos personales, cuyo impacto efectivo dependerá de su desarrollo e implementación práctica. Sin una cierta estandarización de las categorías de datos y los mecanismos de transmisión es difícil que surjan casos de uso prácticos por parte de posibles empresas receptoras de datos.

La nueva directiva europea de servicios de pago también facilita el movimiento de datos entre empresas, pero los flujos de información que genera no son simétricos o recíprocos porque hay empresas que, al ofrecer servicios de información de cuentas, se benefician del acceso a nuevas fuentes de datos (los pagos) sin estar obligadas al mismo tiempo a hacer accesibles sus propias fuentes de información sobre los consumidores. Esto genera una desventaja en el acceso potencial a datos entre los bancos y otros jugadores de la economía digital, especialmente las grandes empresas tecnológicas que controlan ecosistemas digitales, que gracias a PSD2 podrían acumular aún más datos y reforzar así su posición en los mercados que ya controlan o en aquellos mercados adyacentes a los que intentan expandir sus ecosistemas. Los servicios financieros son o pueden ser uno de esos mercados.

Política de competencia

Como ya hemos explicado anteriormente, la expansión de los ecosistemas digitales hacia los servicios financieros está condicionada por la regulación, que ejerce en algunos casos de obstáculo (regulación prudencial) y en otros de facilitador (nuevas regulaciones de pagos). Otro condicionante de esa expansión, cada vez más importante, es la política de competencia. A medida que las grandes empresas tecnológicas han adquirido posiciones de dominio en diversos mercados digitales, como los motores de búsqueda o los sistemas operativos móviles, sus conductas se han convertido en objeto de escrutinio por parte de las autoridades de competencia. El objetivo es evitar que abusen de su posición dominante y excluyan a competidores por medios distintos al mérito de sus productos.

Si bien cada caso de competencia requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias y los efectos concretos, algunas posibles prácticas anticompetitivas de los ecosistemas digitales tienen que ver con las conexiones que establecen entre los distintos productos y servicios que ofrecen, normalmente con el objetivo de aprovechar su dominio en un mercado para extenderlo hacia otros. Esas conexiones pueden ser la vinculación o «paquetización» de productos (es decir, condicionar la venta de un producto a la compra de otro o vender varios productos únicamente en un paquete o con condiciones ventajosas) o el uso de la posición del ecosistema como intermediador o puerta de acceso a otros mercados para dar un trato preferencial a sus propios productos y discriminar a los de terceros. El abanico de posibles prácticas anticompetitivas es amplio y está sujeto a multitud de matices, así que no pretendemos ofrecer aquí una explicación exhaustiva. Además, algunas características de los mercados digitales (múltiples lados, precios cero, los datos como insumo central de producción, etc.) plantean retos técnicos para las autoridades de competencia a la hora de identificar los mercados relevantes y analizar adecuadamente las prácticas anticompetitivas (OCDE, 2016).

Sobre todo en la Unión Europea, las autoridades de competencia ya han impuesto algunas sanciones reseñables a ecosistemas digitales por el tipo de prácticas anteriormente descritas. En junio de 2017, la Comisión Europea impuso a Google una multa de 2.420 millones de euros por abuso de posición dominante como

motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas (*Google Shopping*), y en julio de 2018, el gigante tecnológico recibió una segunda multa de cerca de 4.340 millones de euros por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles Android. Ambas han marcado sucesivamente récords históricos como las mayores multas impuestas nunca por la Comisión Europea a una sola empresa.

No obstante, es difícil que el cese de las prácticas anticompetitivas —requerido por la Comisión junto a las multas— logre revertir el impacto que estas ya han tenido sobre la estructura de los mercados, con posiciones de dominio consolidadas. De ahí que surjan propuestas más drásticas para introducir regulaciones *ex ante* de neutralidad o no discriminación en el tratamiento que las plataformas digitales dan a sus propios productos y servicios y a los de terceros. De momento son discusiones en el plano teórico, pero el clima de creciente preocupación sobre el poder que acumulan las grandes empresas tecnológicas y el temor a posibles intervenciones regulatorias podría persuadirlas para adoptar a partir de ahora estrategias más abiertas a la competencia en la expansión de sus ecosistemas digitales.

5. Conclusiones

La transformación digital de la economía ha alterado profundamente la estructura de un buen número de sectores empresariales, desde la industria de contenidos hasta el comercio minorista. El impacto también se está dejando notar en el sector financiero, aunque de forma más paulatina, en parte por el peso de la regulación financiera. Nuevas empresas conocidas como *fintech* han entrado a competir en servicios financieros específicos y, más recientemente, las grandes empresas tecnológicas han empezado a integrar algunos productos financieros en sus ecosistemas digitales; una expansión que presenta un gran potencial disruptivo para el sector financiero por el tamaño de esas empresas y por las características de los ecosistemas digitales que construyen. No obstante, el alcance final de esa expansión es incierto y está condicionado por el marco regulatorio y de competencia. Sin ánimo de adentrarnos en la predicción del futuro, es más probable que los ecosistemas digitales intervengan activamente en la distribución y comercialización de productos financieros que en su provisión final, al menos en aquellas áreas más reguladas, como la captación de depósitos.

En cualquier caso, la integración de servicios financieros en ecosistemas digitales que tienden a alcanzar posiciones de dominio en los mercados en los que operan plantea retos para la estabilidad financiera, la competencia y la protección de los consumidores. Por un lado, algunos riesgos podrían concentrarse en un número muy reducido de jugadores, con una importancia parecida a la de las infraestructuras críticas. Por otra parte, la separación de la producción y la distribución de servicios financieros podría desalinear algunos incentivos y generar problemas de riesgo moral en la concesión de crédito, o diluir algunas responsabilidades de protección al consumidor.

Los reguladores y supervisores financieros deben seguir de cerca la evolución del mercado, identificar los riesgos emergentes y, cuando sea necesario, ajustar el marco regulatorio, de forma que garantice la estabilidad financiera y la protección del consumidor y al mismo tiempo promueva la competencia en igualdad de condiciones. En un entorno en el que coexisten, cada vez más, distintos tipos de proveedores y modelos de negocio, esto implica avanzar hacia un marco regulatorio y de supervisión más basado en actividades y riesgos que en el tipo de entidad que las desarrolla.

Promover la competencia en igualdad de condiciones requiere también regulaciones sobre la portabilidad y el acceso a datos que sean recíprocas y no generen asimetrías entre distintos tipos de jugadores. De lo contrario, pueden tener la consecuencia indeseada de contribuir a la tendencia de los mercados digitales hacia la concentración en unas pocas grandes

empresas que acumulan grandes cantidades de datos y extienden su poder de un mercado a otro. En este sentido, el papel de las autoridades de protección de datos y de las autoridades de competencia es vital para evitar que menoscaben los derechos de los usuarios como titulares de datos y que abusen de su posición de dominio para restringir la competencia.

Un problema al que se enfrentan las autoridades en este nuevo entorno es cómo hacer frente con políticas nacionales a compañías y ecosistemas digitales que son globales. Es difícil regular y controlar desde autoridades nacionales a servicios que circulan libremente en la Red y traspasan fronteras. Algunos países tienen políticas intrusivas con las que tratan de aislar sus mercados digitales, como es el caso destacado de China, pero en general las autoridades nacionales sienten una cierta impotencia.

Europa es en este sentido pionera, ya que dispone de un marco institucional en el que una autoridad como la Comisión Europea tiene competencias de protección del mercado interior, que son transfronterizas en la medida en que puede usarse ese término dentro de la UE. Algunos estándares europeos tienden a tomarse como referencia en otros países o regiones. Por eso el enfoque que está dando la UE a la protección de datos o la política de competencia tiene una gran relevancia para la discusión global sobre los mercados digitales. Un debate que plantea la cuestión de si no sería necesario un organismo internacional —auspiciado quizás por el G20— que promueva una mayor coordinación en cuestiones relacionadas con la privacidad o la competencia.

Referencias bibliográficas

[1] ARNER, D.W.; BARBERIS, J. y BUCKLEY, R.P. (2016). «The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm». *Georgetown Journal of International Law,* vol. 47, nº 4, pp. 1.271-1.319.

[2] AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE y BUNDESKARTELLAMT (2016). *Competition Law and Data.* París y Bonn.

[3] COYLE, D. (2016). *Making the Most of Platforms: A Policy Research Agenda*. Toulouse School of Economics - Jean-Jacques Laffont Digital Chair *Working Paper*.

[4] EVANS, D. y SCHMALENSEE, R. (2007). «The Industrial Organization of Markets with Two Sided Platforms». *Competition Policy International*, vol. 3, nº 1, pp. 151-179.

[5] FERRARI, R. (2016). «FinTech Impact on Retail Banking – From a Universal Banking Model to Banking Verticalization». En: CHISHTI, S. y BARBERIS, J. (eds.). *The FinTech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries*. London: Wiley, pp. 248-252.

[6] GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M. (2016). *Reinventar la banca: de la Gran Recesión a la Gran Disrupción Digital.* Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid.

[7] GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M. (2017). «Financial Innovation in the Digital Age: Challenges for Regulation and Supervision». *Revista de Estabilidad Financiera*, nº 32, pp. 9-37.

[8] OCDE (2016). *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. Background Note by the Secretariat, DAF/COMP (2016) 14.

[9] ONTIVEROS, E. *et al.* (2012). *Las TIC y el sector financiero del futuro*. Barcelona: Fundación Telefónica, Ariel.

[10] PRUFER, J. y SCHOTTMÜLLER, C. (2017). *Competing with Big Data*. Tilburg Law School *Research Paper* nº 6, 2017.

Óscar Arnedillo Blanco*

LA TAREA DE REGULAR EL SECTOR ELÉCTRICO

El objetivo de la regulación del sector eléctrico debe ser favorecer que funcione de forma eficiente, para maximizar el bienestar social. En el mercado mayorista, el regulador debe eliminar las distorsiones que afectan a los precios y las decisiones de los agentes. En las actividades de redes, debe diseñar un mecanismo de retribución que ofrezca a las empresas perspectivas razonables de recuperar los costes en los cuales incurren de forma prudente. En el mercado minorista, debe asegurar que el diseño de peajes refleje los costes marginales de suministro, reducir el alcance de las tarifas reguladas y proporcionar información a los consumidores.

Palabras clave: *empresas de servicio público, organización industrial, mercados, industrias reguladas.*
Códigos JEL: *D4, L1, L2, L5, L9.*

1. Introducción

En sus inicios, a finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX, el suministro de energía era una actividad liberalizada, que en España desarrollaban empresas privadas con libertad de fijación de precios. A mediados del Siglo XX, los sectores energéticos pasaron a ser regulados por considerarse un servicio público. Sin embargo, poco a poco se ha concluido que, excepto en las actividades de redes (que son «monopolios naturales»), un funcionamiento en régimen de libre competencia asegura el suministro con menores costes para los consumidores que un sistema intervenido o con planificación centralizada.

Por ello, excepto en las actividades de redes, desde finales del Siglo XX la regulación se ha ido centrando cada vez más en los aspectos técnicos, dejando las decisiones económicas de inversión y producción en manos de operadores privados. Estos operadores tienen incentivos a ajustar su oferta a las necesidades de sus clientes y minimizar sus costes para maximizar sus beneficios, mientras que la presión competitiva hace que los ahorros de costes que consigan se vean reflejados en los precios y, con ello, se trasladen a los consumidores.

La liberalización de los mercados no implica que el regulador se desinterese de las decisiones de los operadores. Pero en la medida de lo posible, el regulador debe evitar intervenir con obligaciones o prohibiciones, sino mediante instrumentos de mercados e incentivos, y con la eliminación de obstáculos a la entrada de nuevos operadores. Y para permitir que el mercado

* Director Gerente en NERA Economic Consulting.
El autor agradece los valiosos comentarios de un evaluador anónimo a una versión anterior de este artículo.

funcione de forma eficiente (es decir, con el mínimo coste), de forma coherente con la maximización del bienestar social, debe evitar la tentación de intervenir en los precios o en la rentabilidad de los operadores.

2. ¿Cuál debe ser el objetivo del regulador?

En España no existe una diferenciación nítida entre los ámbitos puramente regulatorios y políticos. En España es el Gobierno (o el Parlamento) el que detenta la mayor parte de las competencias regulatorias (entendiendo por tales la capacidad para imponer obligaciones, fijar retribuciones o cánones, diseñar incentivos, etc.). La autoridad nacional de regulación independiente (la CNMC) tiene, hoy por hoy, funciones básicamente consultivas y de supervisión.

Una primera consecuencia de esta situación es que decisiones que debieran ser puramente regulatorias se ven afectadas por consideraciones políticas. Quizás por ello, con frecuencia, las decisiones sobre la regulación del sector tienen en cuenta no las implicaciones sobre la eficiencia sino sobre la distribución de la renta (*i.e.*, quiénes son los «ganadores» y los «perdedores» de cualquier reforma, o la preocupación porque la transición ecológica o el diseño del mercado sean «justos»).

Esta interpretación del papel de los reguladores es comprensible, pero contraproducente. El motivo es que la preocupación por los efectos redistributivos lleva a que las decisiones se centren en el nivel de los precios o la rentabilidad de los generadores, en lugar de centrarse en que el suministro se desarrolle de forma eficiente.

En un mundo en el cual la información está diseminada entre muchos agentes, los precios son las señales que llevan al uso óptimo de los recursos (Hayek, 1954). Por ello, interferir con la formación de precios conduce a un uso subóptimo de los recursos y reduce la creación de riqueza.

Es fácil reducir lo que pagan los consumidores en un momento dado disminuyendo la retribución de las empresas, imponiéndoles impuestos, o poniendo topes en los precios que pueden cobrar. Pero si las empresas no tienen perspectivas razonables de recuperar los costes en los cuales incurren para dar el servicio (incluido el coste de su capital), reducirán sus compras de combustible y sus inversiones, aun cuando estas hubieran sido eficientes. El resultado será un mayor coste y una menor calidad y seguridad de suministro, en perjuicio de los consumidores.

La redistribución de la riqueza se efectúa de forma más eficaz con impuestos sobre la renta o el patrimonio, o por medio de los servicios sociales, que por medio de intervenciones sobre los precios de la energía. Por ello, el objetivo de los reguladores en los sectores energéticos debe ser maximizar la eficiencia con la que empresas y consumidores toman sus decisiones. Y para ello, los reguladores deben dejar que las señales de precios cumplan su función, con independencia de los efectos redistributivos. Este objetivo se antoja inalcanzable mientras las decisiones regulatorias se encuentren en manos de políticos no especializados, cuyo horizonte de decisión puede alcanzar únicamente hasta el siguiente ciclo electoral, de tal modo que predominan las decisiones con efectos inmediatos y visibles, aun cuando sus efectos a medio y largo plazo sean perniciosos para los consumidores.

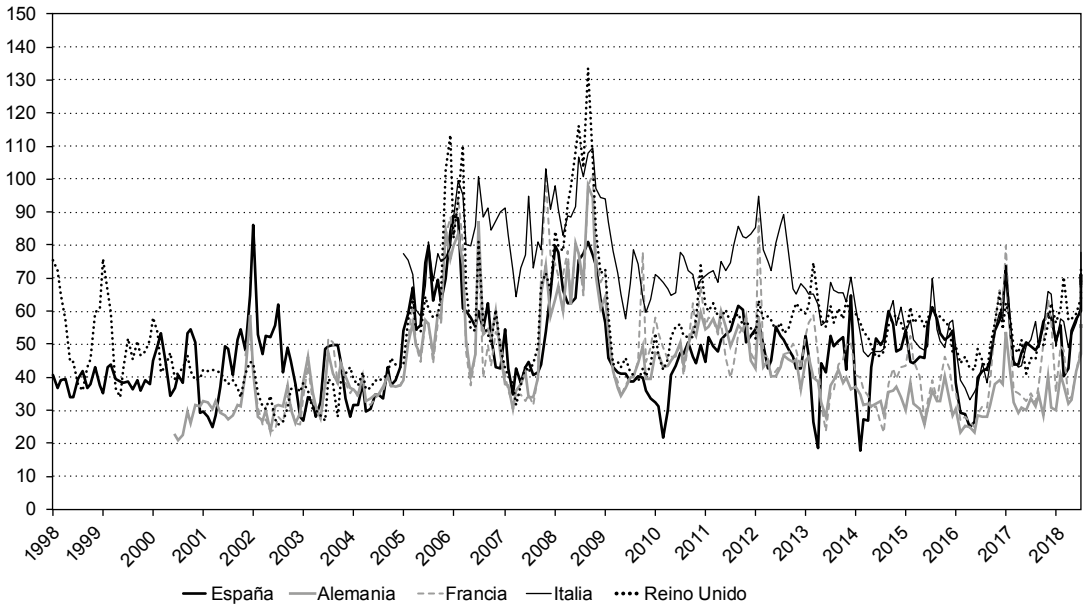
En consecuencia, se debe trasladar al regulador sectorial la potestad regulatoria y de diseño de mercados, incentivos y tarifas, y este debe desempeñar sus responsabilidades con el objetivo de maximizar la eficiencia (es decir, minimizar el coste) dentro de las restricciones de política energética que fije el Gobierno. Y si el Gobierno (no el regulador sectorial) considera que la distribución de la riqueza que resulta es «mejorable», debe corregirla a través de impuestos sobre la renta o el patrimonio, o con la mediación de los servicios sociales, pero no por medio de intervenciones en los precios o en la retribución de las empresas que operan en el mercado.

3. El mercado eléctrico en España

Cualquier debate sobre la regulación del sector eléctrico español se ve afectado por la percepción

GRÁFICO 1

COMPARACIÓN DE LOS PRECIOS DE LOS PRINCIPALES MERCADOS ELÉCTRICOS MAYORISTAS DEL ENTORNO DE ESPAÑA
(Precios reales de 2018 en €/MWh)



FUENTE: Elaboración propia con datos de Bloomberg.

negativa que los consumidores tienen sobre las empresas eléctricas. Según el Panel de Hogares de la CNMC de mayo de 2018[1], el servicio de suministro eléctrico es el que más descontento ocasiona en los hogares, con un 20 por 100 de los hogares poco o nada satisfechos con este servicio. El 95 por 100 de estos hogares indica que el motivo principal de su insatisfacción es su elevado precio, que se encuentra entre los más altos de Europa.

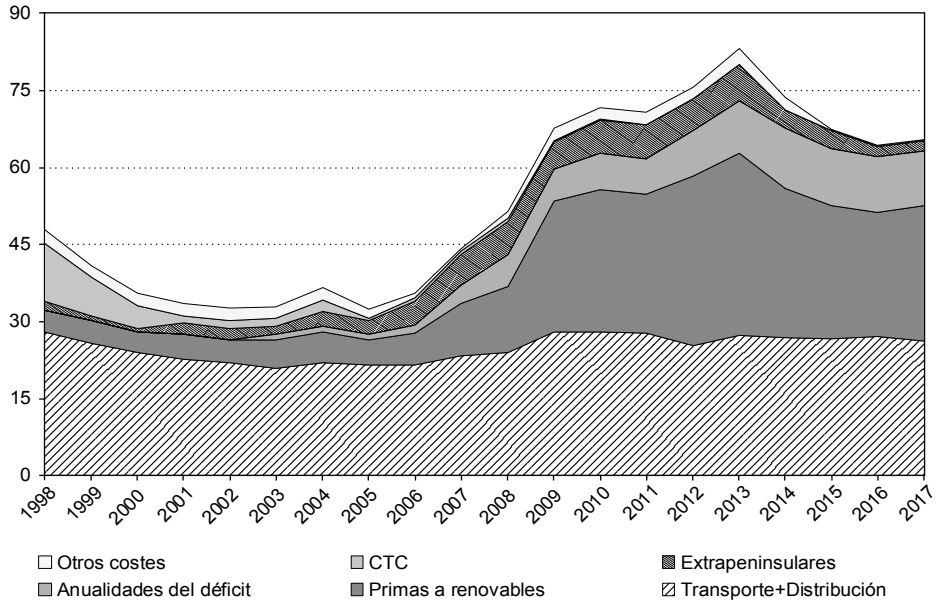
Por lo tanto, el descontento está directamente ligado al incremento del 60 por 100 que se produjo en las facturas de la electricidad para los consumidores domésticos españoles entre 2008 y 2012 (en el caso de los consumidores industriales el incremento fue prácticamente la mitad), ya que hasta entonces el coste de las facturas se situaba por debajo de la media europea[2]. Sin embargo, tal como se muestra en el Gráfico 1, la causa de dicho incremento no se debe a que se haya incrementado el precio del mercado de generación. De hecho, la evolución del precio de dicho mercado se corresponde con la de mercados eléctricos de países de nuestro entorno. Es más, desde el año 1998 (cuando el mercado de generación fue liberalizado), el precio del mercado de generación en España se ha situado en media 2,2 euros por megavatio-hora (€/MWh) por debajo de la media de dichos mercados europeos.

[1] *https://blog.cnmc.es/2018/05/04/panel-de-hogares-cnmc-la-luz-y-la-banda-ancha-fija-los-servicios-peor-valorados/*

[2] EUROSTAT. *https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/-/ten00117*

GRÁFICO 2

EVOLUCIÓN DE LOS COSTES IMPUTADOS A LAS TARIFAS ELÉCTRICAS EN ESPAÑA
(Precios reales de 2018 en €/MWh)



FUENTE: Elaboración propia con informes de la CNMC sobre las propuestas de Orden por las que se establecen los peajes de acceso, y liquidaciones del sistema eléctrico.

En el periodo 1998-2012, el precio del mercado de generación en España se situó 5,7 €/MWh por debajo de la media de dichos mercados, mientras que en el período 2013-2018 se ha situado 4,3 €/MWh por encima. Es decir, la competitividad relativa con respecto a esos mercados ha empeorado en unos 10 €/MWh desde el año 2013.

Naturalmente, hay muchos factores que influyen en el precio del mercado, pero sin duda gran parte de la explicación se encuentra en que desde enero de 2013 la actividad de generación soporta unos impuestos (creados por la Ley 15/2012) que, según la propia CNE (2013) —ahora CNMC—, incrementan el coste variable de las centrales de gas y de carbón en unos 8-10 €/MWh. Estos impuestos se reflejan en las ofertas de los generadores y han incrementado el precio del mercado de generación en un 18 por 100 (Fabra, 2018)[3].

Por otra parte, el Gráfico 2 muestra la evolución de los costes regulados cargados a la tarifa eléctrica desde el año 1998 (en precios reales, descontando la inflación). Como se puede observar, en ese período el coste de las redes de transporte y distribución de electricidad no solamente no se ha incrementado, sino que se ha reducido. El incremento se ha producido fundamentalmente en el coste de los apoyos a las energías renovables.

[3] En octubre de 2018, el Gobierno ha aprobado una exención a los impuestos sobre los combustibles utilizados en la generación de electricidad (0,65 euros/GJ) a las centrales de gas así como la suspensión —aunque solamente durante seis meses— del impuesto sobre la generación de electricidad (del 7 por 100).

El Gráfico 2 muestra que el incremento en los costes regulados se debe también al incremento en las «anualidades del déficit tarifario», pero este también tiene su origen en los apoyos a las renovables incurridos en los años 2008-2010, que no fueron recuperados en ese momento por la renuencia del Gobierno a incrementar las tarifas eléctricas para reflejar el incremento en el coste de dichos apoyos.

Por lo tanto, el incremento de las tarifas de los consumidores, especialmente de los residenciales, tiene su origen en la regulación y, más concretamente, en los impuestos de la Ley 15/2012 y el coste de los apoyos a las renovables que incrementan la factura un 61 por 100 con respecto a lo que de otro modo pagarían los consumidores (el impacto es mayor para los consumidores domésticos, y menor para los industriales)[4].

Algunos analistas consideran que la entrada de renovables ha reducido el precio del mercado de generación (APPA, 2016), compensando así el incremento en coste de los apoyos. Es cierto que, *ceteris paribus* (para un nivel de capacidad de generación convencional dado), la entrada de cualquier tecnología inframarginal (*i.e.*, con un coste variable inferior al precio del mercado, sea renovable o no) reduce el precio del mercado, ya que desplaza la curva de oferta hacia la derecha. Sin embargo, la entrada de renovables desincentiva la entrada de generadores térmicos convencionales, de tal modo que resulta engañoso analizar su impacto manteniendo invariada la capacidad de generación convencional. De hecho, como se puede observar en el Gráfico 1, la fuerte entrada de renovables en el período 2008-2013 no se ha traducido en una reducción del precio del mercado de generación español por debajo del precio de países de nuestro entorno.

4. Propuestas de reforma en el sector eléctrico

Como ya se ha explicado, la regulación de los mercados debe perseguir la eficiencia y no tener objetivos de precio. Esto es especialmente relevante en un contexto en el cual la lucha contra el cambio climático va a conllevar una transformación de la manera en que se produce y se consume la energía, y las señales de precios deben guiar esa transformación para que esta se lleve a cabo con el mínimo coste para los consumidores.

La lucha contra el cambio climático y la descarbonización va a implicar un fuerte desarrollo de las fuentes de energía renovable que producen electricidad, por ser estas las de menor coste. Sin embargo, en la actualidad solamente un 24 por 100 de la energía se consume en forma de electricidad[5], de tal modo que incluso si el 100 por 100 de la electricidad fuera de origen renovable, no se podrían alcanzar los objetivos de descarbonización necesarios para la lucha contra el cambio climático. No se puede descarbonizar el 80-95 por 100 del consumo de energía, tal como plantea la hoja de ruta de la Comisión Europea para 2050 (CE, 2011), actuando solamente sobre un 24 por 100 del consumo (la parte eléctrica). Por ello, es necesario fomentar el uso de la electricidad como fuente de energía final por parte de los consumidores, en un proceso que se denomina «electrificación de la economía».

Como resulta evidente, es incoherente tener como objetivo electrificar la economía y al mismo tiempo penalizar el consumo de electricidad frente a otras fuentes de energía, cargando las facturas eléctricas con sobrecostes ajenos al suministro de electricidad.

La entrada de instalaciones de generación alimentadas por fuentes de energía renovables intermitentes

[4] La suma de los costes imputados a los peajes asciende a 63 euros por megavatio-hora, que sumado a un precio de mercado de 60 €/MWh (incluyendo el coste de los servicios complementarios y de las pérdidas), asciende a 123 €/MWh. Esto supone un coste para los consumidores de 157 €/MWh una vez se suma el impuesto especial sobre la electricidad (5,1 por 100) y el IVA (21 por 100). En contraste, la suma de los costes de transporte y distribución asciende a 26 €/MWh, mientras que el precio del mercado sin los impuestos de la Ley 15/2012 se situaría en 51 €/MWh, considerando la estimación de Fabra (2018) de que sin impuestos el precio del mercado sería un 15 por 100 menor, lo cual sitúa el coste real de suministro en 77 €/MWh.

[5] IDAE. *http://sieeweb.idae.es/consumofinal/bal.asp?txt=2016&tipbal=t*

(es decir, cuyo régimen de funcionamiento viene determinado por el sol o el viento que hay en cada momento) reducirá las horas de funcionamiento de centrales térmicas convencionales, haciendo que sus ingresos sean más inciertos, a pesar de ser centrales necesarias para asegurar la continuidad del suministro. Esto incrementa la importancia de retribuir a las instalaciones por su contribución a la fiabilidad y flexibilidad del sistema, para asegurar que toman decisiones de inversión eficientes (incluyendo inversiones en baterías, claves para la entrada de energías renovables).

El crecimiento en las energías renovables intermitentes también impulsará las inversiones en interconexiones con el resto de Europa. Esto, sin embargo, incrementará las distorsiones que resultan de los impuestos de la Ley 15/2012, ya que dará lugar a una mayor importación de electricidad que, en realidad, puede ser generada a menor coste con instalaciones ubicadas en España pero cuya competitividad se ve penalizada por dichos impuestos. El incremento en la capacidad de interconexión también necesitará que se homogeneice el precio tope del mercado de generación con el de Francia, para evitar que en situaciones de falta de suministro la electricidad disponible se exporte a Francia mientras se interrumpe el suministro a consumidores españoles.

Al mismo tiempo, la caída en los costes de las instalaciones de generación distribuida hace que los consumidores tengan una alternativa a tomar su suministro eléctrico del sistema centralizado. Mientras los consumidores no tenían otra alternativa, el Gobierno podía usar las facturas eléctricas para financiar una variedad de costes ajenos al suministro sin que los consumidores pudieran hacer nada para evitar pagar esos cargos. Sin embargo, ahora pueden invertir en instalaciones de autoconsumo. Por ello, para evitar que los consumidores tomen decisiones ineficientes de inversiones en equipos de autoconsumo, se deben imputar los costes de las redes al término de potencia y sacar de las facturas eléctricas todos los costes ajenos al suministro (incluyendo los impuestos a la generación). En la medida que no se saquen de la tarifa eléctrica todos los costes ajenos al suministro, los costes remanentes se deben cargar a un término fijo por abono.

La tarea de regular el mercado mayorista

Tal como se ha mostrado, el mercado de generación en España funciona de forma competitiva. Evidentemente, eso no significa que el regulador deba desinteresarse por lo que pueda ocurrir en el mercado, o dejar de cuestionar las ofertas de los generadores, especialmente en momentos de incrementos en los precios. Sin embargo, sí que significa que la protección de los intereses de los consumidores, y con ello la tarea del regulador, no consiste en intervenir para controlar los precios, sino en asegurar que el mercado está organizado de la forma más eficiente posible.

El diseño del mercado de generación

El diseño del mercado de generación en España es de tipo «marginalista», y con frecuencia se describe como que el precio se fija igual al precio de la oferta de generación más cara aceptada para atender la demanda. En realidad, lo que significa es que toda la energía se retribuye al precio que resulta del cruce de las curvas de oferta y de demanda.

Como las centrales cuyas ofertas son aceptadas pueden tener costes variables inferiores al precio del mercado, pueden recibir un precio mayor que el especificado en su oferta, capturando un margen. Esto ha dado lugar a propuestas para modificar el diseño del mercado, de modo que cada generador cobre el precio que haya ofertado (este mecanismo se conoce como «bilateral» o *pay as bid*), con el objetivo de reducir lo que se paga a los generadores. Sin embargo, dichas propuestas obvian que: *i)* el precio ofertado no es independiente de cómo se fija el precio al cual se retribuye la generación, y *ii)* la diferencia entre el precio del mercado y el coste variable de las centrales —que

se refleja en las ofertas— es lo que permite a las centrales recuperar sus costes de inversión y sus costes fijos de operación y mantenimiento.

En un mercado marginalista competitivo, los generadores tienen incentivos a presentar ofertas que reflejan sus costes variables de funcionamiento. Si presentaran ofertas superiores a sus costes variables, correrían el riesgo de quedarse fuera de la casación, perdiendo la oportunidad de capturar la diferencia entre sus costes variables y el precio del mercado. Y si presentaran ofertas inferiores a sus costes variables, correrían el riesgo de entrar en la casación, incurriendo en pérdidas por la diferencia entre sus costes variables y el precio del mercado. Por ello, maximizan sus beneficios presentando ofertas que reflejan sus costes variables de funcionamiento.

Asimismo, si el precio del mercado se fija en el cruce de las curvas de oferta y de demanda, se induce a los generadores a invertir en aquellas tecnologías que minimizan el coste de suministro. Y como la competencia hace que el precio del mercado se ajuste a los costes totales de las centrales, fijar el precio del mercado de esta forma minimiza el coste para los consumidores (Arnedillo, 2009). Por ello, si se intervienen las señales de precio o los márgenes que resultan de los precios del mercado, se distorsionan las señales que perciben los generadores y eso conduce a un suministro que no es el de mínimo coste.

En contraste, los mercados bilaterales presentan varios inconvenientes:

— En condiciones de información perfecta, retribuir todas las ofertas con criterios marginalistas o bilaterales arroja el mismo resultado. Esto ocurre porque si se retribuye a cada generador al precio ofertado por cada uno de ellos, los generadores presentarán ofertas que reflejen no su coste variable sino su estimación de la oferta más cara que será aceptada. En condiciones de información perfecta, el precio que ofertarán todos será el mismo precio que resulta en un mercado marginalista. Sin embargo, en realidad la información no es perfecta, por lo que en un mercado bilateral los generadores cometerán errores de estimación que llevarán a un funcionamiento menos eficiente.

— En un mercado marginalista un nuevo agente puede simplemente construir una nueva central de generación y vender su energía en el mercado mayorista, al mismo precio que los demás generadores, sin que los operadores existentes puedan evitarlo. Igualmente, un nuevo comercializador puede simplemente comprar energía en el mercado mayorista, al mismo precio que los demás comercializadores, sin que los operadores existentes puedan evitarlo. Sin embargo, en un diseño bilateral, un nuevo generador debe encontrar un operador existente dispuesto a comprar su producción, mientras que un nuevo comercializador debe encontrar un operador existente dispuesto a suministrarle energía. Por ello, los diseños bilaterales favorecen a los operadores verticalmente integrados con barreras a la entrada que reducen la presión competitiva.

— Como ya se ha señalado, mientras que en un mercado marginalista el comportamiento competitivo de los operadores consiste en presentar ofertas que reflejan los costes variables (de oportunidad) de sus centrales, en un mercado bilateral el comportamiento competitivo de los operadores consiste en presentar ofertas que reflejan su estimación de la oferta más cara que será aceptada. Dado que, cuanto mayor es la cuota de mercado del operador, mayor es su conocimiento del mercado, el diseño bilateral pone en desventaja a los operadores de menor tamaño.

— Por el mismo motivo, para el regulador resulta mucho más fácil monitorizar que las ofertas sean competitivas en un diseño marginalista (donde las ofertas deben reflejar los costes variables de cada central) que en un diseño bilateral (donde las ofertas deben reflejar la estimación de la oferta más cara que cada operador piensa que podrá ser aceptada). Y mientras que en un mercado marginalista, si el precio del mercado se incrementa, el regulador puede saber qué ofertas concretas han causado dicho incremento y analizar si ello se debe a un incremento en sus costes,

en un mercado bilateral son todas las ofertas las que se incrementan y no es posible identificar qué generador ha causado el incremento en el precio.

Por eso, un diseño bilateral es menos eficiente, menos competitivo y más difícil de supervisar por parte del regulador; todo lo cual tenderá a resultar en un incremento en el coste de suministro para los consumidores.

Algunas de las propuestas para la reforma del mercado plantean *i)* que sea el regulador quien determine la potencia de generación que sería necesario incorporar al sistema eléctrico, convocando subastas por tecnología de generación que revelen el coste medio de generación a largo plazo, pero *ii)* con precios fijos determinados por el regulador para las centrales hidroeléctricas y nucleares, y manteniendo la regulación retributiva actual de las centrales térmicas existentes[6]. Se trata, en esencia, de volver a un sistema de planificación centralizada.

Estas propuestas pueden parecer atractivas porque la celebración de subastas para contratos de largo plazo puede arrojar precios inferiores a los observados en el mercado. En un mercado competitivo, el progreso tecnológico hace que el precio tienda a reducirse. Esto significa que el precio empieza siendo más alto, y se reduce a medida que se produce dicho progreso tecnológico. En contraste, en un sistema de contratos de largo plazo, la retribución a la inversión suele ser constante en el tiempo (así ocurre con las actuales subastas de renovables), lo cual hace que el precio de las subastas sea menor que el precio actualmente observado en el mercado, lo cual da la apariencia de que llevan a un menor coste para los consumidores. Pero, en realidad, pueden estar ofreciendo un menor precio a corto plazo, a costa de un mayor precio a medio y largo plazo.

Las subastas de contratos a largo plazo pueden también ofrecer un menor precio en la medida que los operadores no están expuestos al riesgo de fluctuaciones en el precio del mercado, lo cual reduce su riesgo y su coste de financiación. Sin embargo, eso implica que el riesgo se traslada a los consumidores, los cuales tendrán que pagar el precio especificado en el contrato (garantizando a los inversores la recuperación de su inversión), aun cuando las inversiones hayan sido ineficientes y el precio del mercado de generación sea menor.

Los procedimientos basados en subastas adolecen asimismo de diversos problemas. Por ejemplo, para asegurar que los vendedores en las subastas cumplen con sus compromisos de inversión, debe exigírseles avales y garantías. Sin embargo, cuanto mayores sean esas exigencias, menor será la presión competitiva en la subasta y mayor será su precio. Eso lleva a los reguladores a solicitar avales y garantías relativamente bajos. Así se garantiza el «éxito» aparente de las subastas, en el sentido de que se adjudica la cantidad deseada a un precio bajo, pero se incrementa el riesgo de que en realidad no se construyan las instalaciones comprometidas (como parece estar ocurriendo con las subastas de renovables)[7].

En cualquier caso, el principal problema de estas propuestas es que los reguladores disponen de menos información y peores incentivos que las empresas con respecto a las decisiones de inversión. Y mientras que en un mercado en el cual las empresas toman las decisiones de inversión son ellas mismas las que soportan el coste de sus errores, si las decisiones las toman los reguladores los costes de los errores los soportan los consumidores. En este tipo de mercado, los incentivos de las empresas son capturar al regulador. Por ello, el resultado tiende a ser un exceso de inversión y un mayor coste de suministro, en perjuicio de los consumidores.

[6] Ver, por ejemplo, «La reforma del mercado eléctrico, según Jorge Fabra: aplicar coste medio al *pool* en vez de ser marginalista», *El periódico de la energía*, 29/10/2018.

[7] El Real Decreto-ley 15/2018 otorga una prórroga «excepcional y por una sola vez» para los permisos de acceso y conexión otorgados a instalaciones renovables con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/2013, en cuya ausencia caducarían el próximo 31 de diciembre de 2018. Según se explica en la exposición de motivos del Real Decreto, mediante esta prórroga se posibilitará la entrada en funcionamiento en 2020 de los 9.000 MW de potencia adjudicada en las últimas subastas de renovables, evitando una nueva solicitud, tramitación y otorgamiento que «con seguridad» impediría alcanzar el objetivo del 20 por 100 de energía final renovable en ese año.

Por otra parte, las propuestas relativas a fijar la retribución de las centrales crearían riesgo regulatorio, ya que buscan regular (reducir) la retribución de las centrales que se espera tengan beneficios (nucleares e hidráulicas) pero mantener el esquema retributivo de las centrales que se espera tengan pérdidas (térmicas existentes). A corto plazo esto podría efectivamente dar como resultado una reducción en el precio para los consumidores (a largo plazo depende de la evolución del precio del mercado). Sin embargo, potenciales nuevos inversores serán reacios a invertir en España, por el riesgo de que si las inversiones resultan rentables el Gobierno intervenga aduciendo que su retribución es «excesiva», y el resultado será un incremento en el coste de suministro a medio y largo plazo.

En ocasiones, las críticas al sistema marginalista se centran en que en un sistema con una elevada penetración de renovables, el precio del mercado puede llegar a ser igual a cero, impidiendo que los generadores renovables puedan recuperar sus costes de inversión. De este modo, el sistema marginalista se ve como un obstáculo a la necesaria entrada de instalaciones renovables dentro de la lucha contra el cambio climático.

Sin embargo, el hecho de que exista un mercado marginalista en el horizonte diario no impide que simultáneamente se celebren contratos financieros (o incluso físicos) a plazo. Por ello no tiene sentido aducir que debe modificarse el diseño del mercado diario para permitir la contratación a plazo de la energía producida por generadores alimentados por fuentes de energía renovable.

Por otra parte, en la medida que se anticipe que pueda haber horas con precios muy bajos, incluso cero, se incentivará la instalación de sistemas de almacenamiento (baterías de gran escala y centrales de bombeo). Estos almacenamientos venderán su producción cuando el precio del mercado lo fijen las centrales térmicas, y comprarán energía en momentos de alta producción renovable. Sus ofertas de compra reflejarán su estimación del precio del mercado cuando este lo fijen las centrales térmicas, minorado por la pérdida de energía en el ciclo de carga y descarga. Estas ofertas de compra evitarán que el precio del mercado se reduzca a cero en muchas de las horas con elevada producción renovable.

Por eso, el hecho de que haya generadores con costes incrementales iguales a cero no quiere decir que esos generadores obtendrán ingresos iguales a cero, ya que el precio del mercado podrá ser fijado por generadores con costes incrementales distintos de cero, instalaciones de bombeo o baterías, u ofertas de demanda. Lo cierto es que el precio medio que terminarán obteniendo las instalaciones renovables tenderá a reflejar su coste de entrada, aun cuando haya algunas horas con precios iguales a cero. Así, el hecho de que el precio del mercado de generación pueda llegar a ser cero en determinadas horas no significa que el diseño marginalista no sea adecuado.

En realidad, solamente se pueden alcanzar niveles elevados de penetración de renovables con una demanda activa e inversiones en sistemas de almacenamiento (baterías y bombeos). De otro modo, gran parte de la producción renovable acabará siendo desaprovechada («vertida»), ya que la disponibilidad del recurso renovable no necesariamente coincide con la demanda de electricidad. Sin embargo, la demanda no tendrá incentivos a ser flexible si los precios se fijan a nivel del coste medio en lugar del marginal, ni habrá incentivos a invertir en sistemas de almacenamiento ya que su valor depende de los diferenciales de precios en distintos momentos. Por ello, un regulador comprometido con la lucha contra el cambio climático no puede tener como objetivo diseñar un sistema que estabilice el precio del mercado, sino que debe buscar asegurar que el precio refleje el coste marginal de suministro en cada momento.

El problema de los beneficios «sobrevenidos» o «caídos del cielo»

Algunos analistas han planteado que determinadas centrales han obtenido una rentabilidad excesiva por la

existencia de beneficios sobrevenidos o caídos del cielo y que, por ello, se debería regular su retribución o minorarla, aplicando impuestos adicionales. Los motivos por los que estos beneficios se consideran excesivos han ido variando. Se explica, por ejemplo, que las centrales nucleares e hidroeléctricas tienen beneficios sobrevenidos porque: *i)* fueron construidas en un marco regulatorio distinto; *ii)* son centrales que ya están totalmente amortizadas; o *iii)* en el momento en que se llevaron a cabo las inversiones la regulación del control de emisiones —que ha incrementado el precio del mercado— no estaba vigente.

Es cierto que estas centrales fueron construidas en un marco regulatorio distinto, pero ninguna de las centrales nucleares y solamente un 10 por 100 de la potencia hidráulica se construyó con un marco regulatorio («el Marco Legal Estable», aplicado en los años 1988-1997), que ligaba la retribución de cada central a sus costes. Por otra parte, las cuentas de las empresas revelan que no es cierto que la inversión en centrales hidroeléctricas y nucleares ya esté amortizada, pero en cualquier caso hablar del grado de amortización es propio de un sistema intervenido, no de un mercado liberalizado. Y aunque es cierto que las centrales nucleares e hidroeléctricas se han visto beneficiadas por la regulación del control de emisiones, no es menos cierto que también se han visto perjudicadas por la eliminación de los pagos por capacidad y disponibilidad, y por la aplicación de los impuestos de la Ley 15/2012 (que en el caso de la hidráulica suponen un 32,5 por 100 de sus ingresos).

La tentación de acusar a determinados generadores de ganar «demasiado» dinero es comprensible, ya que permite justificar aplicarles impuestos adicionales o ajustar su retribución, lo que en el corto plazo se traduce en una mayor recaudación tributaria o menores costes para los consumidores. Sin embargo, para el correcto funcionamiento del mercado, los inversores deben tener perspectivas de ganar dinero si toman decisiones acertadas, al igual que asumen las pérdidas si se equivocan. Si el regulador interviene sobre los precios del mercado o la retribución de los operadores, se deprimen los incentivos a la inversión y la eficiencia. El resultado a medio y largo plazo es un mayor coste de suministro, en perjuicio de los consumidores. Esto es especialmente cierto si el regulador adopta medidas para reducir los impactos «sobrevenidos» que incrementan la rentabilidad de los generadores, pero ignora aquellos impactos que la reducen.

Incluso en el corto plazo la intervención puede resultar perjudicial para los consumidores. En efecto, mientras que algunos analistas consideran que las centrales nucleares obtienen una rentabilidad excesiva, algunos operadores de estas centrales son contrarios a extender su vida útil, por el riesgo de no poder recuperar el coste de esa extensión de vida. Así, la intervención en la rentabilidad de las centrales puede llevar a su cierre cuando expiran sus actuales licencias de operación, lo cual puede llevar a un incremento del precio del mercado de generación de hasta un 21 por 100 (CETA, 2018).

Por otra parte, los operadores de las centrales que dejen de estar expuestos al precio del mercado ya no tendrán incentivos para ofrecer contratos a precio fijo en el mercado a plazo o a consumidores finales. El resultado será un déficit de oferta de cobertura que impedirá el correcto funcionamiento del mercado minorista.

Propuestas de reforma del mercado de generación

El atractivo de reducir las facturas de los consumidores de forma pública y expeditiva disminuyendo el precio del mercado o la retribución de los generadores (aunque diera como resultado un incremento en las facturas a medio y largo plazo) ha impedido que haya un debate sobre reformas orientadas a mejorar la eficiencia del mercado (aunque estas reformas reducirían las facturas de forma permanente), más allá de cuestiones puntuales referidas a la necesidad y diseño de mecanismos de remuneración de la capacidad.

Las reformas que deben acometerse para mejorar la eficiencia del funcionamiento del mercado de generación de electricidad incluyen las siguientes:

— Se deben eliminar de forma definitiva los impuestos de la Ley 15/2012 que pesan sobre los combustibles utilizados en la generación de electricidad y sobre el valor de la energía producida. Dichos impuestos se justificaron formalmente por razones de sostenibilidad medioambiental, aunque su diseño y el uso de los fondos revelaba un objetivo puramente recaudatorio.

En la actualidad, se han eliminado de forma definitiva los impuestos sobre el consumo de gas para la generación, con el objetivo declarado de reducir el precio del mercado eléctrico. Por lo tanto, se trata de una intervención discriminatoria (solamente se eliminan los impuestos que afectan una tecnología de generación) con el objetivo de reducir el precio del mercado, deprimiendo con ello la rentabilidad de todas las demás tecnologías.

El impuesto del 7 por 100 sobre el valor de la energía producida no se ha eliminado, sino que solamente se ha suspendido por seis meses, con el objetivo de que se vuelva a aplicar cuando el precio del mercado baje. Esto incrementa el riesgo regulatorio y desincentiva la contratación a plazo, por la posibilidad de que el impuesto se suspenda y se aplique de forma discrecional cuando al Gobierno le interese. Por ejemplo, desde la perspectiva de los comercializadores, no tiene sentido celebrar contratos a plazo para estabilizar su coste de suministro si el Gobierno ya ha anunciado que va a intervenir si el precio se incrementa (aunque sea porque se ha incrementado el coste de generación).

Por otra parte, la aplicación de estos impuestos no solamente perjudica la competitividad de los consumidores industriales que ven cómo su coste de suministro de electricidad se ha incrementado de forma significativa (en el entorno de un 18 por 100 para los consumidores electrointensivos)[8], sino que hace que se esté importando electricidad de Francia y Portugal, que podría ser generada en España con un coste inferior a lo que se paga a los generadores extranjeros por esa electricidad.

— Deben adoptarse mecanismos de retribución de la inversión o incentivos a la disponibilidad (inmediata o en modo hibernación) de centrales. Desde julio de 2018, ya no se retribuye a las centrales de generación por estar disponibles para atender la demanda. Si esto no se corrige, acabarán produciéndose interrupciones de suministro porque las centrales existentes se darán de baja o no estarán disponibles.

Desde la liberalización del mercado de generación en España, solamente se han producido problemas de suministro en el invierno de 2001-2002, a pesar de que los pagos por capacidad han sido muy inferiores a los costes de inversión en nuevas centrales. Esto, junto con el actual exceso de capacidad de generación (muchas centrales de gas llevan años sin funcionar), puede hacer pensar que estos mecanismos son innecesarios. Sin embargo, desde la liberalización del mercado de generación en 1998 y hasta la crisis de 2008, la inversión en nuevas centrales vino determinada por ganancias de eficiencia y previsiones de crecimiento de la demanda. Desde la crisis de 2008 no ha habido nuevas inversiones más allá de las anteriormente comprometidas, pero la caída en la demanda de electricidad ha evitado que haya problemas de suministro, mientras que los pagos por inversión han cubierto los costes de mantenerse disponible. Sin embargo, muchas centrales ya no reciben el pago por inversión, de tal modo que si la reforma del mercado no incluye un mecanismo de retribución de la inversión o de la disponibilidad, es probable que se presenten múltiples solicitudes de cierre de centrales, afectando a la seguridad de suministro.

Si el operador del sistema considera que el cierre de centrales puede afectar a la seguridad de suministro, podría denegar la solicitud y efectuar pagos a las centrales concretas a las cuales no se permita darse de baja. Sin embargo, eso llevaría probablemente al resto de operadores a solicitar también la baja de sus centrales, para que se les deniegue, y poder recibir esos mismos pagos.

[8] FABRA (2018) estima un impacto de un 18 por 100 sobre el precio del mercado en enero-agosto de 2018. El incremento porcentual sufrido por los consumidores industriales electrointensivos es de magnitud similar, ya que el coste de los peajes que soportan es muy bajo en comparación con el precio de la energía, o incluso mayor, si el coste de la energía se calcula neto de los pagos por interrumpibilidad.

Por ello, y en línea con las recomendaciones de la Comisión Europea, el pago por inversión/disponibilidad debe determinarse de forma competitiva y debe efectuarse a todas las centrales en función de su contribución esperada a la cobertura de la demanda en momentos de escasez (no en función de su flexibilidad). De otro modo, se distorsionan las decisiones de inversión y disponibilidad, y el suministro ya no se produce a mínimo coste.

— Se debe incrementar el tope del precio de los mercados diario e intradiario (limitado a un tope de 180 €/MWh desde 1998) de modo que incluso en situaciones de escasez pueda reflejar el valor de la energía para los consumidores, y que no se exporte energía a terceros países en tales situaciones. Esto implica incrementarlo hasta, al menos, los valores de 3.000 €/MWh observados en los mercados eléctricos de países vecinos.

Precios de 3.000 €/MWh pueden parecer desproporcionados, pero en realidad implican valorar en solamente tres euros el perjuicio que le ocasiona a un consumidor ser interrumpido durante 15 minutos cuando está consumiendo una potencia de 4 kW. En contraste, aplicar un tope de 180 €/MWh equivale a valorar en 18 céntimos de euro el perjuicio que sufriría ese consumidor, lo cual no parece razonable (CEPA, 2018). Asimismo, incrementar el tope del precio del mercado no implica un incremento en el precio medio, ya que este está limitado por el coste de entrada de nuevas centrales.

No obstante, existe una dificultad objetiva en incrementar el tope del precio del mercado diario a niveles coherentes con el valor de la energía en momentos de escasez, dado el interés mediático que suscitan esos precios, incluso cuando su impacto sobre los consumidores es limitado[9]. Así, por ejemplo, en septiembre de 2018 el Ministerio para la Transición Ecológica anunció que llevaría a cabo una reforma del mercado de generación porque su precio había llegado a situarse en 80 €/MWh. Por ello, resulta difícil imaginar que el Gobierno pudiera evitar intervenir si el precio llegara a situarse en alguna hora a niveles de 500, 1.000 o 3.000 €/MWh.

Parte del problema reside en que en España la tarifa regulada conocida como «precio voluntario para el pequeño consumidor» (PVPC), bajo la cual se suministra a la mitad de los consumidores domésticos, está ligada al precio del mercado diario. Los consumidores que han seleccionado un comercializador en el mercado libre tienen habitualmente acordado un precio fijo y son indiferentes ante fluctuaciones en el precio del mercado de generación. Por ello, la solución pasa por eliminar la tarifa regulada, de modo que todos los consumidores sean suministrados por comercializadores en el mercado libre. A partir de ese momento, el nivel del tope en el precio del mercado dejará de ser un problema ya que solamente quedarán expuestos al precio del mercado de generación los consumidores que explícitamente opten por ello.

Algunos analistas consideran que resulta innecesario incrementar el tope del precio del mercado diario si los generadores cobran pagos en concepto de retribución de la inversión (o de disponibilidad/hibernación). Es cierto que si dichos pagos aseguraran que no pueden existir problemas de suministro, el tope del precio del mercado carecería de importancia. Sin embargo, si no se puede descartar la posibilidad de que haya problemas de suministro, entonces es preferible que el precio del mercado pueda incrementarse hasta reflejar el valor de la energía para los consumidores, porque de este modo *i)* los generadores tendrán mayores incentivos a estar disponibles para generar en esas horas y *ii)* los consumidores con demanda flexible tendrán incentivos a reducir su demanda, y ambos comportamientos reducen el riesgo, la duración y la gravedad de los eventuales problemas de suministro.

La definición de un tope en el precio del mercado diario no es una intervención del mercado, sino que

[9] Para un consumidor doméstico que consume 3 kW en demanda punta, el hecho de que el precio del mercado se incremente en 30 €/MWh (p.ej. de 50 €/MWh a 80 €/MWh; un incremento de un 60 por 100) en una hora dada es de 13 céntimos una vez se incluyen las pérdidas, el impuesto especial sobre el consumo y el IVA. Si ese incremento se mantiene a lo largo de todo un mes, el impacto es de 11,9 euros para un consumidor doméstico con un consumo moderado (un consumo de 3.000 kWh/año según el comparador de ofertas de la CNMC).

corrige un fallo de mercado. Los consumidores no valoran su suministro a un precio «infinito» sino que prefieren que se interrumpa su suministro si el precio del mercado excede el valor que el suministro tiene para ellos en un momento dado. Sin embargo, hasta ahora no ha existido un mecanismo para que los consumidores comuniquen ese valor a sus comercializadores. Por ello, el tope no es más que la estimación, por parte del regulador, del valor que el suministro de electricidad tiene para los consumidores en momentos de escasez.

Hasta el momento, el precio del mercado no ha alcanzado nunca el tope de 180 €/MWh, de modo que no ha sido un problema. Sin embargo, la cada vez mayor penetración de renovables reduce las horas de funcionamiento de las centrales térmicas convencionales, y reduce su rentabilidad. Eso hace más probable que en el futuro haya situaciones de escasez. En cualquier caso, ante la posibilidad de que puedan producirse problemas de suministro, es preferible incrementar el tope del precio del mercado, para que los consumidores y generadores reaccionen de forma óptima a esa situación si llegara a surgir, reduciendo con ello la frecuencia y duración de los problemas de suministro. Y aunque los generadores obtendrían un margen adicional en el mercado en tales situaciones, dicho margen reforzaría el incentivo a la inversión, reduciendo el precio del mercado en otros momentos, de tal modo que el precio medio del mercado no depende del precio tope que se fije (el precio medio siempre tenderá a reflejar el coste de entrada de las nuevas centrales).

— Se debe revisar el diseño de las ofertas de recompra en el mercado diario y su tratamiento en la casación. Las ofertas de recompra permiten que generadores que han celebrado contratos bilaterales físicos optimicen su programa en el mercado diario. También evitan que la celebración de contratos bilaterales físicos reste liquidez al mercado diario, asegurando así que los generadores y comercializadores independientes puedan vender y comprar energía en el mercado diario sin verse obligados a celebrar contratos con operadores existentes. Sin embargo, la actual regulación de las ofertas de recompra no permite que los operadores térmicos convencionales reflejen condiciones complejas (p.ej., condiciones de ingresos mínimos) que sí pueden especificar si celebran contratos financieros. Por ello, se debe modificar la normativa con el objetivo de que la forma de presentar las ofertas no dependa del tipo de contrato celebrado, y que la diferencia entre los contratos físicos y financieros se materialice simplemente en que en las liquidaciones del mercado diario se reste aquella parte de la energía sujeta a contratos bilaterales físicos.

— Debe modificarse el procedimiento de casación de la fase 2 del mecanismo de gestión de restricciones técnicas. En la fase 1 de dicho mecanismo, el operador del sistema debe incrementar o reducir el programa de una central que se encuentra en una zona concreta, y por ello se utiliza un mecanismo de fijación del precio de tipo *pay-as-bid*. Sin embargo, en la fase 2 de dicho mecanismo la ubicación concreta de las centrales es irrelevante. Por eso, en dicha fase 2 se puede (y se debe) utilizar un mecanismo marginalista para retribuir a las centrales que prestan dicho servicio.

— Debe separarse la contratación de la banda de secundaria «a subir» y «a bajar». En la actualidad el operador del sistema contrata conjuntamente la banda de secundaria a subir y a bajar. Esto incrementa innecesariamente el coste de la contratación de la banda de secundaria, porque a distintas centrales les puede costar poco dar banda a subir pero mucho dar banda a bajar, y viceversa.

— Se debe modificar la casación del mercado por insuficiente reserva a subir (conocido como «RSI», y equivalente a un mercado de «banda de reserva de terciaria»). El actual algoritmo de casación en dicho mercado lleva a cabo un procedimiento iterativo de casación partiendo de las ofertas más baratas y rechazando sucesivamente las ofertas que no cumplen algunas de las condiciones complejas. Sin embargo, no hace una comprobación posterior de si, dado el precio finalmente alcanzado, alguna de las ofertas

inicialmente rechazadas pudiera ser competitiva en la solución final.

Asimismo, debe retribuirse a todos los generadores que dan reserva a subir, con independencia de si lo hacen como resultado de la casación del mercado RSI, o indirectamente como resultado de su casación por encima de su mínimo técnico en el mercado diario. De otro modo, se induce a las centrales a evitar ser casadas por encima de su mínimo técnico para poder vender reserva a subir, lo cual distorsiona la casación del mercado diario.

Debe también retribuirse a los generadores hidroeléctricos, no solamente porque prestan el mismo servicio que el resto de generadores, sino también para evitar distorsionar los incentivos a la inversión en este tipo de instalaciones y en baterías. Si no se reconoce la contribución de estas instalaciones a la reserva a subir, habrá una inversión insuficiente y se ralentizará la entrada de instalaciones renovables.

— El servicio de interrumpibilidad se solapa con el de insuficiente reserva a subir (RSI), ya que ambos tienen como objetivo asegurar la flexibilidad del sistema, uno por medio de reducciones en la demanda y otro por medio de incrementos en la generación. Sin embargo, actualmente se pagan precios muy distintos por ambos servicios, lo que incrementa el coste de suministro (se podría reducir el coste de suministro reduciendo la contratación del servicio caro e incrementando la del servicio barato). Por ello, debería integrarse la contratación del servicio de interrumpibilidad de los consumidores en el mercado RSI, permitiendo que los consumidores interrumpibles participen en el mercado RSI en competencia con los generadores.

Se debe también modificar el diseño de las subastas del servicio de interrumpibilidad (o de las subastas de RSI, si se integra con ese servicio) para permitir que los consumidores especifiquen no solamente el pago fijo que deben recibir como compensación por estar dispuestos a reducir su consumo, sino que también puedan especificar el pago variable que deben recibir cuando se les pida que efectivamente reduzcan su consumo. De este modo se podrán priorizar las reducciones de demanda de los consumidores a quienes menos les cueste reducir su demanda.

Se debe eliminar la posibilidad de utilizar el servicio de interrumpibilidad «por motivos económicos». Dicha posibilidad permite que se solicite la reducción del consumo de consumidores interrumpibles incluso en situaciones en las que no hay problemas de suministro, con el objetivo de reducir el coste de la energía terciaria y desvíos. Esto deprime los ingresos de los generadores y les desincentiva a reservar parte de su capacidad de generación en el mercado diario para cubrir las necesidades del mercado de terciaria y desvíos, con lo que se deprime indirectamente el precio del mercado diario. Además, cuanto más se obliga a los consumidores interrumpibles a reducir su demanda para deprimir el precio de mercado de la energía terciaria, más se reduce la oferta de los generadores en este mercado, y más se deberá recurrir a los consumidores interrumpibles para reducir el precio del mercado de terciaria, creándose con ello un círculo vicioso.

Algunos analistas consideran razonable usar a los consumidores interrumpibles para reducir el precio del mercado de energía terciaria (e, indirectamente, el precio del mercado diario) ya que, al fin y al cabo, estos consumidores están cobrando por estar dispuestos a reducir su consumo. Sin embargo, el pago variable que reciben los consumidores cuando son interrumpidos no les compensa por los perjuicios que ese acto les supone, de modo que se produce una pérdida de bienestar social.

— Se debe modificar el procedimiento de determinación del precio de los desvíos de programación para que sea simétrico. En la actualidad, los desvíos a subir y bajar se liquidan de forma distinta en función de si son «a favor» o «en contra» del sistema. Así, lo que un generador recibe cuando se desvía a favor del sistema es menos que lo que se le cobra a un generador que se desvía en contra, a pesar de que parte de los desvíos en contra son solventados por los generadores que se desvían a favor. Y como los desvíos

se miden a nivel de zona de regulación, de modo que se hacen netos los desvíos a favor y en contra del sistema, el actual mecanismo favorece a los operadores de mayor tamaño (la «zona de regulación» se corresponde generalmente con la suma de centrales de un mismo operador).

Estas reformas deberían ser abordadas cuanto antes, ya que no plantean dificultades técnicas. Existen otras posibles reformas, que implican cambios de mayor calado, y que deberían ser exploradas; incluyen las siguientes:

— Se debería explorar la posibilidad de establecer precios zonales o incluso nodales para la energía. En la actualidad, el precio del mercado de generación es el mismo en toda España (incluso en los sistemas eléctricos no peninsulares, a pesar de que el coste de generación es muy superior). Esto hace que el precio que pagan los consumidores no se corresponda con el coste real de suministro en su zona (puede ser mayor o menor). Mientras el nivel de penetración de renovables no dé lugar a fuertes restricciones en la red de transporte y la demanda de los consumidores no sea activa, el impacto sobre la eficiencia será limitado. Sin embargo, la estrategia de lucha contra el cambio climático se apoya en un fuerte desarrollo de renovables y una demanda más activa. Si los precios que ven los consumidores no se corresponden con el coste real de suministro, el resultado será que estos ajustarán su demanda en respuesta a señales de precio equivocadas, y el coste de suministro se incrementará.

— Debería explorarse la posibilidad de integrar, y casar de forma conjunta y simultánea, los distintos mercados de alcance nacional (p.ej. el mercado diario de energía, el de segunda fase de restricciones, el de banda de secundaria y el de reserva a subir). En la actualidad estos mercados se casan de forma secuencial, lo que obliga a los generadores a estimar y decidir en cuáles de ellos su capacidad de generación será más valiosa, para reservar su capacidad para esos mercados. En la medida en que los generadores no siempre aciertan, el resultado es una casación que no es la de mínimo coste. Y cuanto mayor sea la penetración de energías renovables, cuyo patrón de funcionamiento es intermitente, mayores serán los errores. Esto perjudicará especialmente a los generadores de menor tamaño (que tienen menos recursos para prever los precios en los distintos mercados), de modo que los consumidores se ven perjudicados no solamente porque el despacho no es el de mínimo coste sino también porque se reduce la presión competitiva en los mercados posteriores al mercado diario.

Las propuestas de reforma arriba planteadas se centran en el diseño del mercado de generación. Sin embargo, existen diversas reformas relativas al mercado de gas que tendrían un impacto significativo sobre la eficiencia y el coste de suministro de la electricidad. Estas reformas incluyen las siguientes:

— Al igual que se propone para los distintos mercados eléctricos, se deben integrar los mercados diarios de electricidad y de gas. En la actualidad los generadores deben decidir *ex ante* si comprar gas para generar electricidad en el mercado eléctrico o vender el gas del que disponen. Cuanto mayor sea la penetración de las energías renovables intermitentes, mayor será la probabilidad de que los generadores se equivoquen, incrementándose el coste del suministro.

Si los mercados eléctrico y gasista se integran, las ofertas de generación podrán estar ligadas al precio que realmente aflore en el mercado de gas, y las ofertas de generación de electricidad podrán ser «reinterpretadas» como ofertas de compra o de venta de gas. Por ello, la integración de los mercados diarios de electricidad y gas incrementará la transparencia y profundidad del mercado de gas, aumentando con ello la presión competitiva en dicho mercado.

Asimismo, la electricidad será producida por las centrales de gas más eficientes, y no por aquellas pertenecientes a operadores que ya disponen de gas, de modo que se reducirá el precio del mercado de generación.

— Se deben revisar los peajes por el uso de las infraestructuras gasistas que se cobran a las centrales

de gas de ciclo combinado (peajes de conducción). En la actualidad dichos peajes no reflejan los costes marginales que realmente ocasionan los usuarios de dichas infraestructuras, sino los costes medios. Dado el actual exceso de capacidad en el sistema gasista, los costes medios son muy superiores a los marginales, lo cual reduce la competitividad de las centrales de gas e incrementa el precio del mercado de generación.

También se deben eliminar los descuentos por contratar el uso de la infraestructura en un horizonte mensual, trimestral o anual, ya que en realidad el coste por uso de las infraestructuras no es distinto según el horizonte de contratación. Estos descuentos hacen que funcionen las centrales que han contratado los peajes a plazo, en lugar de las más eficientes, y hacen que el precio del mercado de generación sea muy sensible a caídas no anticipadas en la producción nuclear, hidráulica o renovable. El motivo es que en tales circunstancias se debe recurrir a centrales de gas que no han contratado a plazo y deben pagar peajes de corto plazo (o se debe incrementar la producción de las centrales por encima de la capacidad que han contratado).

Todo ello distorsiona la operación de las centrales e incrementa el precio del mercado de generación. La solución consiste en diseñar peajes que reflejen única y exclusivamente los costes marginales (lo que lleva a eliminar cualquier diferenciación según el horizonte de contratación).

— Se debe revisar el diseño de los cargos por uso de los almacenamientos de gas, de modo que reflejen el coste marginal de uso. En algunos años en los que ha habido problemas de suministro, la Administración ha considerado que los generadores no almacenaban suficiente gas para hacer frente a imprevistos. El motivo se encuentra en los elevados peajes que se cargan sobre el almacenamiento del gas, los cuales reflejan el coste medio y no el coste marginal. Ello desincentiva el uso de los almacenamientos por parte de los comercializadores, ya que el coste marginal de almacenamiento es prácticamente cero.

En lugar de corregir la fuente de la distorsión (el diseño de los peajes de almacenamiento), el Gobierno optó por incrementar las obligaciones de reservas estratégicas de gas. Sin embargo, este incremento en las obligaciones de almacenamiento deprime los precios esperados del gas en invierno. Como resultado, los operadores reducen sus reservas voluntarias y se reducen sus incentivos a buscar gas adicional en el mercado internacional en situaciones de escasez de gas, ante el temor de que la Administración libere entonces las reservas estratégicas y deprima el precio del gas por debajo de su precio en el mercado internacional. Por ello, incrementar las obligaciones de almacenamiento de gas reduce las reservas voluntarias y distorsiona el funcionamiento de los mercados eléctrico y gasista sin mejorar la seguridad de suministro. En lugar de ello, la solución consiste en subastar la capacidad de almacenamiento, con un suelo en la subasta igual al coste marginal de uso del almacenamiento, de modo que el uso de los almacenamientos sea eficiente.

Un mayor uso de los almacenamientos hará que el mercado eléctrico sea más robusto ante incrementos imprevistos en la demanda de electricidad, incrementos en la demanda (p.ej. olas de frío), o ante problemas imprevistos en el suministro de gas, baja producción por problemas de disponibilidad de grandes centrales (p.ej., de centrales nucleares) o baja producción de origen renovable.

Simplemente revisar los peajes de conducción y de almacenamiento de modo que reflejen los costes marginales llevaría a un déficit de recaudación (por la diferencia entre el coste medio y el marginal), lo cual amenazaría la sostenibilidad financiera del sistema gasista. Ese potencial déficit debe cubrirse de la forma que menos distorsione las decisiones de los agentes. En la práctica, esto implica recaudarlo por medio de los presupuestos generales del Estado o, si esto no es posible, por medio de cargos fijos (en euros/mes) en las tarifas de los consumidores finales de electricidad o de gas. Distintos repartos pueden tener distintos impactos desde la perspectiva de la equidad, pero son

equivalentes desde la perspectiva de la eficiencia. Y cualquier reparto es preferible a aplicar tarifas que reflejan costes medios o que discriminan según el horizonte de contratación, y que llevan a comportamientos ineficientes.

Podría parecer «injusto» repercutir sobre los consumidores unos costes que actualmente se cargan a los comercializadores o los generadores. En realidad, se trata de costes derivados de errores de planificación energética, y de inversiones acometidas para suministrar gas y electricidad a los consumidores (todos los costes incurridos son para suministrar a los consumidores). Pero, en cualquier caso, que estos costes se carguen formalmente a los comercializadores o los generadores no quiere decir que no los estén pagando los consumidores. Los costes cargados a los comercializadores son repercutidos a los consumidores mientras que los cargados a los generadores tienen dos efectos: *i)* distorsionan las decisiones de los productores, de modo que el suministro es menos eficiente, y *ii)* se repercuten en los precios que pagan los consumidores (ya sea directamente, si es un cargo que varía con la producción, o indirectamente, si no varía con la producción, pero afecta a las decisiones de entrada y salida de los productores). Cargarlos directamente sobre los consumidores en un cargo fijo evita dichas ineficiencias y por ello lleva a un menor coste de suministro, en beneficio de los consumidores.

La tarea de regular las redes

En los sectores energéticos las actividades de redes, como el transporte y la distribución, tienen una remuneración regulada por tratarse de actividades con costes marginales decrecientes (es decir, economías de escala).

La tarea del regulador en este contexto es, como en el caso del mercado de generación, maximizar la eficiencia con la que se desarrolla la actividad. Esto no significa reducir al máximo la retribución de estas actividades, sino fijar un nivel de retribución que ofrezca a las empresas perspectivas razonables de recuperar los costes en los que incurren de forma prudente para proporcionar el servicio.

El motivo por el cual es necesario fijar la retribución de esa forma es simplemente que, si la empresa no tiene dichas perspectivas de recuperación de costes, intentará evitar acometer nuevas inversiones aun cuando estas hubieran sido eficientes. El resultado será unas redes con un mayor coste y una menor calidad de servicio.

Los costes que las empresas de distribución deben poder recuperar incluyen no solamente los costes de inversión (coste de compra de equipos) y los costes operativos (costes de personal y consumibles), sino también los costes de financiación y los impuestos a los que deben hacer frente. Y aunque la mayoría de estos costes son observables porque se registran en la contabilidad de la empresa, hay una parte de los costes de financiación que no lo son.

El coste de financiación

Dentro de los costes de financiación se encuentran los costes de los fondos propios (dinero aportado por los accionistas con la expectativa de obtener una rentabilidad que refleja el coste de oportunidad de dicho dinero, incluyendo una compensación por los riesgos soportados) y los costes de los fondos ajenos (dinero prestado por terceros y por los que la empresa debe pagar un tipo de interés predeterminado).

Los costes de los fondos ajenos (deuda) se ven reflejados en las cuentas de las empresas, y la retribución que fije el regulador en concepto de financiación de dichos fondos debe corresponderse con los costes incurridos por las empresas. Sin embargo, cuando la empresa regulada está englobada dentro de un grupo empresarial, los costes de financiación que constan en la contabilidad de la empresa pueden no corresponderse con unos costes «de mercado», por lo que los costes «razonables» deben ser estimados.

Para estimar los costes de financiación ajena razonables, el procedimiento habitualmente seguido por los

reguladores es sumar al coste de la deuda del Estado (en el país en el cual se desarrolla la actividad) un diferencial que refleja la prima de riesgo que los proveedores de financiación exigen para comprar deuda corporativa con una calificación crediticia como la que tendría la empresa regulada si fuera independiente.

— La opción que mejor aproxima los costes de financiación ajena de las empresas reguladas consiste en analizar la estructura de financiación de empresas comparables (es decir, con un nivel de riesgo similar), cuya estructura de deuda puede incluir por ejemplo deuda emitida hace 30, 10, 5 o 2 años. En ese caso, el coste de la deuda se calcula analizando el coste de la deuda del Estado emitida cuando se puso en circulación la deuda que consta en los libros de las empresas comparables.

— Una alternativa más sencilla (aunque a costa de no corresponderse con la estructura de deuda real de las empresas) consiste en suponer que la empresa se financia con deuda a diez años (el horizonte de financiación más frecuente de las empresas), de tal modo que emite deuda por el 1/10 de su deuda total cada año. El coste de financiación de las empresas se calcula entonces sobre la base del coste de la deuda del Estado emitida a lo largo de los diez años anteriores (nótese que si una empresa se endeuda de este modo, la vida residual media de su deuda se situará en cinco años, pero esto no quiere decir que la deuda se haya emitido a lo largo de los últimos cinco años).

Los costes de los fondos propios para la empresa (lo que la empresa debe ofrecer a los accionistas para atraer financiación) no se ven reflejados en su contabilidad. El motivo es que la retribución de los fondos propios en realidad se materializa a través de dividendos y revalorización del capital, y proviene de los beneficios de las empresas.

Para que los proveedores de capital estén dispuestos a aportar su dinero en forma de fondos propios, que no tienen una retribución garantizada, deben tener una expectativa de que la rentabilidad que obtendrán será similar a la que perciban en inversiones de riesgo similar. La pregunta es cómo cuantificar ese riesgo y cómo retribuirlo.

Salvo contadas excepciones (entre las que hasta ahora se ha encontrado España) los reguladores europeos coinciden en utilizar el modelo *Capital Asset Pricing Model* (CAPM por sus siglas en inglés) para estimar la rentabilidad que exigen los proveedores de fondos propios y que las empresas deben poder ofrecer para atraer el capital que necesitan para financiar y acometer sus inversiones.

Naturalmente, esas estimaciones están sujetas a un cierto margen de incertidumbre. Para verificar la razonabilidad de la rentabilidad ofrecida (para el conjunto de los fondos propios y ajenos), cabe recordar que las empresas compiten para conseguir su financiación en mercados de capitales donde rivalizan con otras empresas que buscan financiación, de modo que deben ofrecer una rentabilidad competitiva con respecto a la que presentan empresas de riesgo similar. Además, si las empresas reguladas forman parte de un grupo internacional, la cabecera del grupo puede escoger entre dedicar los recursos financieros de los que dispone para invertir más o invertir menos en distintos países, y lógicamente evitará hacerlo en los países y actividades que ofrezcan una menor rentabilidad.

Por lo tanto, conviene contrastar la estimación del coste de capital que obtenga el regulador con la retribución ofrecida en otros países. Para que la comparación tenga sentido, se deben considerar países del entorno, y con un sistema regulatorio similar. Esto implica, por ejemplo, homogeneizar por el riesgo-país de cada país, lo cual lleva a comparar no la tasa de retribución en sí misma, sino el diferencial ofrecido por encima de los bonos del Estado de cada país para compensar el riesgo específico de la actividad cuya retribución se está fijando. En contraste, aunque el sistema regulatorio no es idéntico en todos los países, de acuerdo con el CAPM únicamente los riesgos no diversificables afectan al coste del capital, por lo que dichas diferencias son irrelevantes a estos efectos.

Distintos países aplican la tasa de retribución a bases de activos valorados de forma distinta (p.ej., en precios reales o nominales), o estiman una retribución

distinta (p.ej., antes o después de impuestos). Pero los reguladores publican habitualmente los parámetros necesarios para obtener una estimación homogénea del coste de capital, ajustada al caso español. Así, utilizando los parámetros publicados por otros reguladores de nuestro entorno para obtener un dato homogéneo del coste de capital se observa que el diferencial ofrecido por encima de los bonos del Estado en Alemania es de 389 puntos base, Francia 421, Gran Bretaña 460, Irlanda 473 e Italia 492.

En contraste, en la actualidad en España se ofrece un diferencial de solamente 200 puntos base, y recientemente la CNMC ha publicado un estudio (CNMC, 2018b) en el cual estima que el diferencial que resultaría de la metodología del CAPM en España, para su aplicación en el período 2020-2025, estaría en el entorno de 400 puntos base (el valor concreto no se conocerá hasta abril de 2019). Sin embargo, la estimación de la CNMC sigue siendo inferior a la ofrecida por la práctica totalidad de reguladores europeos.

Lógicamente, si el riesgo asociado con las inversiones en redes eléctricas en España no es inferior al riesgo en otros países, no parece que un diferencial de 400 puntos base pueda ser suficiente para compensar a los inversores por el coste de oportunidad que supone aportar financiación en forma de costes propios a las empresas de redes españolas. Los proveedores de capital preferirán aportar su dinero a empresas de redes de otros países. Por lo tanto, no parece razonable esperar que con ese diferencial las empresas de redes españolas puedan obtener financiación en los mercados internacionales.

Podría parecer que ofrecer una tasa de rentabilidad inferior al coste de financiación real de la empresa no supone un problema si la empresa es capaz de generar internamente fondos suficientes para financiar dichas inversiones. Sin embargo, si la tasa de rentabilidad que fija el regulador es inferior al coste de capital real de la empresa, esta se encontrará con que reinvertir fondos implica reducir el valor de la empresa. En efecto, se estarán usando fondos en inversiones que ofrecen una rentabilidad inferior al coste de oportunidad que esos fondos tienen para los accionistas, de tal modo que se «canibaliza» el valor de las acciones de los accionistas ya presentes en la empresa.

En tal tesitura, la decisión racional de las empresas es invertir lo mínimo posible y repartir lo máximo posible como dividendos, para devolver a los accionistas los capitales invertidos (de hecho, Endesa adoptó en 2014 —y ha mantenido desde entonces— una política de dividendos con un *payout* de un 100 por 100)[10]. Como se ha señalado, el resultado a medio plazo es un incremento en el coste de suministro (porque no se efectúan inversiones aun cuando estas hubiesen sido eficientes) y una caída en la calidad de suministro.

En contraste, los últimos informes de supervisión que ha publicado la CNMC sobre las propuestas de los operadores para invertir en redes de distribución apuntan a que estas están alineadas con las cantidades máximas retribuibles a través de los peajes, lo cual podría interpretarse como que la retribución ofrecida es suficiente. Dicha conclusión parecería verse reforzada por el hecho que no se observen problemas derivados de una situación de infrainversión generalizada (dificultades para cumplir los criterios de calidad de suministros, cortes frecuentes en determinadas áreas geográficas, etc.).

Por lo tanto, parecería que la rentabilidad ofrecida en la actualidad (que consiste en un diferencial de 200 puntos base antes de impuestos) es suficiente para atraer inversión. Sin embargo, dado que el actual diferencial es menor que la mitad de los diferenciales ofrecidos por cualquier otro país, tal conclusión no parece realista. Asimismo, cabría pensar que el sistema retributivo podría estar incluyendo otros conceptos sobre los cuales las empresas reguladas pueden obtener un margen que complemente su retribución. No obstante, dado que los costes unitarios reconocidos están basados en los costes de las empresas y que

[10] *http://www.expansion.com/empresas/energia/2017/11/22/5a1527ce46163f69148b45a6.html*

los esquemas de incentivos incluyen también penalizaciones, tampoco parece que sea ese el caso.

La explicación podría encontrarse simplemente en que la tasa de retribución aplicada en el período 2014-2019 (el sistema retributivo anterior no especificaba una tasa de retribución) fue fijada considerando que los tipos de interés de los bonos del Estado se situarían en el entorno del 4,5 por 100. Pero tras la fijación de la tasa de retribución, los tipos de interés se redujeron, situándose por debajo del 2 por 100 desde finales de 2014, dando como resultado un diferencial mayor que el diferencial de 200 puntos básicos que formalmente ofrecía la regulación, y haciendo atractiva la inversión.

Los operadores pueden también haber considerado que el hecho de que en el período 2014-2019 la normativa ofreciera un diferencial de 200 puntos base se debía a la situación de crisis económica entonces existente, y que hayan acometido inversiones con la expectativa de que la tasa de retribución se fijara a un nivel más razonable a partir del año 2020. En efecto, el artículo 14.3 del Real Decreto 1048/2013 estableció que para la determinación de la propuesta del valor de la tasa de retribución se deberá tomar en cuenta «la situación cíclica de la economía española» (de modo que aunque se ajuste a la baja en momentos de crisis económica, se compensaría ajustándola al alza en otros momentos).

Finalmente, la ausencia de problemas de suministro es lógica, dado el fuerte esfuerzo inversor anterior a la crisis económica (con un régimen retributivo distinto al actual) y el efecto depresor que la crisis económica ha tenido sobre la demanda de electricidad. De hecho, según datos del operador del sistema, la demanda punta de electricidad (que es lo que determina el dimensionamiento de las redes) sigue siendo un 10 por 100 inferior a los niveles observados antes de la crisis económica[11].

[11] Según REE (informes de operación del sistema) en el período anterior al inicio de la crisis, la demanda de electricidad peninsular alcanzó un máximo de 44.876 MW mientras que en el período 2013-2017 el máximo alcanzado ha sido de solamente 41.015 MW.

El estándar de reconocimiento de costes

Con (demasiada) frecuencia, los reguladores consideran que la forma de hacer que las empresas reduzcan sus costes es reducir su retribución, bajo la perspectiva de que las empresas van a ajustar sus costes a la retribución reconocida, sea la que sea. Así actuaría un organismo público (p.ej., un regulador), que se encuentra con que gastar menos que el presupuesto otorgado no le reporta ningún beneficio ya que simplemente redunda en una reducción de sus futuros presupuestos. Sin embargo, las empresas privadas no funcionan de esa manera ya que sus incentivos son gastar lo mínimo posible para maximizar sus beneficios, con independencia del «presupuesto» que les haya reconocido el regulador.

Además, si el regulador toma decisiones que amenazan la recuperación de los costes en los que incurren las empresas, se producen dos efectos perjudiciales para los consumidores. Primero, las empresas pospondrán inversiones, aun cuando estas hubieran sido eficientes. Segundo, se incrementa la percepción de riesgo regulatorio, y con ello la rentabilidad exigida por los inversores para financiar a la empresa. Por eso, el riesgo regulatorio perjudica a los consumidores ya que incrementa el coste de financiación de las empresas y se traduce en mayores costes y peor calidad de suministro.

Por ello, en las actividades reguladas la tarea del regulador no consiste en fijar una retribución inferior a los costes en los que incurren las empresas, ni en fijar una tasa de rentabilidad lo más baja posible, sino en diseñar un sistema retributivo que ofrezca a las empresas perspectivas razonables de recuperar los costes en los que incurran de forma prudente para proporcionar el servicio (incluido el coste de los fondos propios que no aparece en la contabilidad de las empresas).

La tarea de regular el mercado minorista

En España, la venta de energía eléctrica a los consumidores se desarrolla en un entorno competitivo,

excepto en el caso del suministro a los consumidores con derecho a tarifa regulada (actualmente, consumidores con potencia contratada no superior a 10 kW).

La eficiencia en este mercado requiere que los consumidores reciban señales de precios que reflejen los costes de suministro para inducirles a que tomen decisiones de consumo e inversión eficientes. Para ello, las tareas fundamentales del regulador son: *i)* diseñar peajes de acceso que reflejen los costes marginales de suministro, *ii)* asegurar que las tarifas reguladas no distorsionan el funcionamiento de los mercados, y *iii)* proporcionar información y educar a los consumidores, para evitar abusos.

Los peajes deben reflejar los costes marginales de suministro

Los consumidores basan sus decisiones de inversión en equipos (iluminación, electrodomésticos, etc.) y sus decisiones de consumo en los precios que pagan por su contratación de potencia y por su consumo de electricidad. Por ello, los peajes deben estar diseñados de tal modo que el término de energía refleje los costes marginales que induce el consumo de energía, y que el término de potencia refleje los costes marginales que induce la contratación o el consumo de potencia.

En la actualidad, existen diversas distorsiones que el regulador debería resolver:

— Los consumidores eléctricos soportan la mayor parte de los costes de apoyo a las renovables. Dichos costes son fruto de los objetivos de renovables basados en el consumo de energía final (no solamente electricidad). En contraste, los consumidores de hidrocarburos (gaseosos y líquidos) apenas contribuyen a financiar los costes del apoyo a las energías renovables. Y mientras que el precio de la electricidad incorpora el coste del CO_2 que su consumo implica, los consumidores de hidrocarburos no pagan por sus emisiones de CO_2.

La gasolina y el gasóleo de automoción soportan formalmente una carga fiscal importante, de 14.000 M€/año[12]. Sin embargo, dicha carga es de magnitud equivalente al coste de la anualidad de las inversiones en infraestructuras de carreteras en España más los costes de mantenimiento (CE Delft, 2016). Por tanto, en realidad esa carga fiscal es equivalente a un peaje por el coste de dichas infraestructuras, de tal modo que en la práctica su carga fiscal es nula (cabe recordar que los consumidores de electricidad y gas pagan peajes explícitos por el coste de las infraestructuras que usan, mientras que en el sector de la automoción no existen tales peajes, excepto en autopistas).

Este tratamiento diferenciado del consumo de electricidad —con una elevada carga fiscal y parafiscal— y del consumo de hidrocarburos —prácticamente exentos— es socialmente regresivo, distorsiona las decisiones de los consumidores en contra del consumo de electricidad y es un obstáculo a la electrificación de la economía, esencial para la lucha contra el cambio climático.

— Los peajes eléctricos incluyen un término por energía que se utiliza para recaudar costes que, en realidad, no varían con el consumo de energía. Esto es ineficiente, ya que ninguno de los costes que se financian con los peajes varía con el consumo. También distorsiona las decisiones de los consumidores, a quienes por ejemplo les induce a instalar equipos de autoconsumo aun cuando cuesta menos suministrarles desde la red eléctrica (incluso con granjas solares de paneles fotovoltaicos). Esto supone un despilfarro de recursos y un incremento en el coste total del suministro energético, porque los consumidores no escogen la opción de suministro más eficiente, y desincentiva el consumo de electricidad frente a otras fuentes de energía, lo cual es contrario a la necesaria electrificación de la economía.

Por ello, los peajes eléctricos deben ser rediseñados, eliminando el término de energía, ajustando el término

[12] 9.173 M€ del impuesto especial de hidrocarburos (solo gasolina y gasóleo A y biocarburantes), 390 M€ del impuesto de matriculación, 2.718 M€ del impuesto de circulación y 1.722 M€ en peajes en autopistas.

de potencia de modo que refleje el coste de las redes de transporte y distribución, y creando un nuevo término fijo de abono (en euros/mes) que incorpore todos los demás costes cargados a los peajes eléctricos.

Esta reasignación de costes, especialmente del término fijo de abono (es probable que el término de potencia se revisara a la baja si solamente reflejara el coste de las redes), podría llegar a inducir la desconexión de algunos consumidores. La reasignación no implicaría un incremento en el coste medio de las facturas, pero sí en las de los consumidores con menor consumo, lo cual puede incluir segundas residencias (de consumidores con rentas elevadas) pero también consumidores vulnerables. Sin embargo, la clara identificación de los costes ajenos al suministro y su imputación a un término fijo de abono permitiría definir el bono social como la exención del pago de dicho término fijo, de modo que los consumidores vulnerables queden exentos de tener que financiar costes ajenos al suministro. De este modo, se solventa asimismo el potencial problema de desconexión de consumidores con bajo consumo.

— En la actualidad, existen peajes eléctricos con discriminación horaria (distintos niveles de precio en distintos períodos horarios). Dichos peajes tienen su origen a mediados de los años ochenta, por la necesidad de promover el consumo nocturno a causa de la inflexibilidad de las centrales nucleares que se estaban construyendo. Sin embargo, en la actualidad las señales de precio sobre cuándo consumir provienen del precio del mercado de generación, y no tiene sentido que existan peajes con discriminación horaria.

De hecho, el crecimiento de la generación de origen solar hará que, cada vez más, lo deseable no sea que los usuarios consuman durante la noche, sino que lo hagan durante el día en los días de más sol. Por eso, los peajes con discriminación horaria son contraproducentes: porque distraen de las señales de precio del mercado de generación, e inducen a los usuarios a consumir de noche cuando lo eficiente puede ser que lo hagan durante el día.

Dado que no tiene sentido que existan peajes con discriminación horaria y que pueden incluso estar dando señales de consumo ineficientes, deben eliminarse los peajes con discriminación horaria.

Todos estos ajustes tienen distintos impactos sobre distintos grupos de consumidores. Por eso, puede ser necesario diseñar un plan de transición. Existen múltiples medidas y estrategias que se pueden adoptar en este sentido. Sin embargo, un ajuste gradual podría favorecer la organización de la oposición por parte de los grupos de consumidores negativamente afectados, bloqueando los ajustes.

El regulador debe asegurar que las tarifas reguladas no distorsionan el funcionamiento de los mercados

En la actualidad, los consumidores eléctricos con una potencia contratada inferior a 10 kW tienen derecho a ser suministrados por un comercializador regulado bajo una tarifa regulada denominada PVPC. Dicha tarifa se calcula como la suma del precio horario del mercado de generación, más el peaje regulado correspondiente, más un coste de comercialización regulado.

Tras la liberalización del mercado minorista, la tarifa regulada pasó a denominarse «tarifa de último recurso» (TUR), y era vista como una tarifa orientada a proteger transitoriamente a los consumidores menos sofisticados. La intención era reducir poco a poco su alcance, para finalmente dejarla limitada a una tarifa para consumidores vulnerables y consumidores que, de manera fortuita y transitoria, se quedaran sin comercializador.

Sin embargo, dicha tarifa se ha mantenido (cambiándose su denominación y su forma de cálculo) bajo la percepción de que es simplemente una tarifa más, comparable a las tarifas que ofrecen los comercializadores en el mercado libre. No obstante, esta percepción es incorrecta, ya que fomenta que los consumidores se mantengan suministrados en una tarifa que no ofrece cobertura de precios, sin que necesariamente sean conscientes de ello.

Cuanto mayor sea la volatilidad del precio del mercado diario (como ocurrirá a medida que entren más renovables), más reacios serán los generadores a invertir, por el riesgo que ello supondrá. La celebración de contratos con consumidores finales reduce el riesgo y favorece la inversión, no solamente en instalaciones de generación convencionales, sino también en instalaciones renovables. Así, en la actualidad, uno de los principales obstáculos para la entrada de instalaciones renovables es la incertidumbre sobre el precio del mercado y la poca demanda de contratos a plazo. Por ello, la continuada existencia de la tarifa PVPC reduce la demanda de contratos a plazo, retrae la inversión en instalaciones de generación convencionales y renovables, incrementa el precio del mercado de generación y reduce la seguridad de suministro, en perjuicio de los consumidores.

Por otra parte, el coste de comercialización regulado de la tarifa PVPC se calcula como la media de los costes de los tres comercializadores con menor coste unitario, del total de ocho comercializadores regulados. Es decir, se considera que, sistemáticamente, más de la mitad de los comercializadores son ineficientes, hagan lo que hagan. Esta conclusión es arbitraria porque no se basa en un análisis de los costes y la eficiencia de las empresas.

Esto no significa que la retribución se deba fijar incluyendo sobrecostes ineficientes, pero si la retribución se fija por debajo de los costes medios de las empresas debe ser porque se han analizado sus costes e identificado ineficiencias. De este modo se protegen los intereses de los consumidores, pero sin denegar a los comercializadores el derecho a recuperar los costes en los que incurren de forma prudente para suministrar a los consumidores.

En cualquier caso, el enfoque actualmente seguido significa que, matemáticamente, el coste de comercialización regulado solamente permitirá cubrir los costes de comercialización de, como mucho, dos de los ocho comercializadores regulados. No se tiene en cuenta, por ejemplo, que distintas empresas pueden tener distintos costes de forma justificada (p.ej. porque disponen de más recursos —personal u oficinas— para dar un mejor servicio a sus clientes, o de medios específicos para la atención a personas vulnerables con discapacidad o edad avanzada).

Por otra parte, resulta evidente que las empresas con peor atención comercial tenderán a tener los menores costes. Por eso, fijar la retribución con respecto al coste de las empresas con menor coste llevará a fijar la retribución al nivel de las empresas con peor calidad de servicio, e inducirá a las empresas a reducir al máximo la calidad de su atención comercial —dando la peor calidad de servicio— para evitar perder dinero.

El hecho de que el coste de comercialización reconocido no cubra el coste en el que incurren los comercializadores regulados implica también que los comercializadores del mercado libre no pueden competir con la tarifa PVPC. Esto desincentiva la entrada de nuevos comercializadores y disminuye la presión competitiva en el mercado minorista, reduciendo con ello la innovación y venta de nuevos tipos de contrato. Por ejemplo, no hay actualmente productos con precio variable y descuentos por gestión de la demanda, a pesar de que la gestión de la demanda es una estrategia básica para reducir las facturas de los consumidores, y cada vez más importante.

Por todo ello, el sistema de tarifas reguladas debe ser revisado. El coste de comercialización que se reconoce a los comercializadores regulados debe reflejar el coste en el que incurren por dar el servicio. Y la tarifa regulada debe pasar a ser realmente una opción de suministro de último recurso, ofreciéndose únicamente a los consumidores más vulnerables y solamente de forma temporal a los consumidores cuyos comercializadores dejen de operar. De otro modo, el resultado será un mayor precio y una menor seguridad de suministro en el mercado de generación, y una menor presión competitiva e innovación en el mercado minorista.

La eliminación del sistema de tarifas reguladas puede suscitar preocupaciones con respecto a si la presión competitiva en el mercado minorista es actualmente

suficiente como para asegurar que los consumidores reciban ofertas ajustadas a costes. Es posible que, en la actualidad, la existencia de tarifas reguladas esté forzando a los comercializadores a presentar ofertas que se ajustan a los costes de suministro para poder atraer a nuevos clientes. Por ello, cabría acompañar la eliminación de las tarifas reguladas con la imposición de una obligación a los comercializadores libres de incluir entre sus ofertas una oferta de precio variable, calculada como actualmente se calcula la tarifa PVPC, pero donde el coste de gestión comercial sea fijado libremente por cada comercializador y explicitado en la oferta. De este modo, la CNMC puede vigilar que el coste de gestión comercial se corresponde con los costes en los que incurren las empresas, del mismo modo que actualmente supervisa las ofertas de las centrales de generación. Al ser la metodología de cálculo de estas tarifas estándar, y al explicitarse el coste de gestión comercial, los consumidores podrán comparar fácilmente las ofertas de los distintos comercializadores, seleccionando el más económico.

El regulador debe proporcionar información y evitar abusos a los consumidores

Para que las decisiones de los consumidores sean eficientes, no basta con que las señales de precio sean eficientes, sino que también deben entenderlas. Por ejemplo:

— Muchos consumidores no entienden el tipo de tarifa a la que están acogidos. Por ello, cuando el precio del mercado de generación se incrementa, esto provoca preocupación incluso entre consumidores acogidos a contratos en el mercado libre cuyo precio es fijo. El regulador debe ayudarles a entender mejor las implicaciones de sus decisiones y las opciones de contratación de su suministro de energía, exigiendo además a las empresas que muestren claramente en sus facturas si están siendo suministrados bajo la tarifa regulada o en el mercado libre.

— Hay consumidores que escogen a comercializadores que les aseguran reducciones en sus facturas, cuando en realidad dichas reducciones provienen de una disminución en su potencia contratada o del traspaso a un peaje con discriminación horaria. El regulador debe exigir que los comercializadores desglosen qué parte del ahorro que ofrecen proviene de reducciones en la potencia contratada o del traspaso a un peaje con discriminación horaria, y qué parte proviene efectivamente de la aplicación de un precio más bajo o de la instalación de un equipo de autoconsumo.

— Informar a un consumidor de que distintos electrodomésticos tienen una calificación energética A, B o C no le sirve para entender qué ahorro le supone y si merece la pena gastar 10, 50 o 100 euros más en un electrodoméstico con una calificación energética superior. Naturalmente, el ahorro depende del uso que el consumidor haga de dicho electrodoméstico, pero los consumidores podrían tomar mejores decisiones si el etiquetado energético incluyera una estimación del coste anual del consumo eléctrico de cada electrodoméstico (con uno o varios usos tipificados).

En el mismo sentido, es posible que los consumidores tengan dificultades para entender determinados aspectos de las ofertas de los comercializadores, por ejemplo cuando el descuento ofrecido se aplica solamente a uno de los términos de la tarifa. Por ello, además de exigir que las ofertas de los comercializadores contengan el desglose de los descuentos (para separar aquellos que se deben a ajustes de la potencia o al paso a una tarifa con discriminación horaria), también habrá de incluirse la puesta en equivalencia de los descuentos en términos de la factura total del consumidor —del mismo modo que en el mercado financiero se obliga a expresar el tipo de interés en términos de tasa anual equivalente (TAE)—.

La reciente decisión del Gobierno de obligar a los comercializadores a incluir información sobre el consumo real de potencia, para que los consumidores puedan contratar un nivel de potencia en línea con su consumo real, va en este mismo sentido.

El Gobierno también ha decidido recientemente prohibir la venta «puerta a puerta», ante la evidencia

de que algunos consumidores se sentían presionados por estos comerciales o les daban información no veraz. Sin embargo, la prohibición de este canal de venta afecta especialmente a los pequeños comercializadores, lo cual reduce la presión competitiva y perjudica a los consumidores. Por eso, debería plantearse sustituir esa prohibición por una mayor información a los consumidores que incluyera, como mecanismo de salvaguarda, una comprobación por parte de un verificador independiente que, ateniéndose a un cuestionario elaborado por el regulador, certificase que el consumidor había entendido y estaba de acuerdo con las condiciones ofrecidas por el comercial (tal como se hace en el sector de las telecomunicaciones). De este modo, se evita que se produzcan abusos, pero sin eliminar un canal de ventas que representa una importante fuente de información para determinados consumidores y de presión competitiva en el mercado.

Finalmente, cuando el precio del mercado se incrementa, el regulador no debe reaccionar indicando que va a investigar esos precios, como si en un mercado competitivo los incrementos en los precios fueran algo anormal. Naturalmente, el regulador debe estar siempre vigilante de que no se produzcan abusos, pero lo que debe hacer en tales circunstancias no es «echar leña al fuego» sino educar a los consumidores. Si el regulador contribuye a crear desconfianza en el precio del mercado, los consumidores preferirán quedarse en el sistema de tarifas reguladas, y no se esforzarán por entender cómo pueden reducir sus facturas incrementando la flexibilidad de su demanda, sino que esperarán, simplemente, a que el regulador intervenga para reducir el precio del mercado.

5. Conclusiones

La tarea de regular los sectores energéticos debe tener como objetivo fundamental favorecer que los sectores funcionen de forma eficiente. Esto no es porque la distribución de la riqueza no sea relevante, sino porque el consumo de energía no es un indicador eficaz de la renta o patrimonio de las personas. Un funcionamiento eficiente es la única opción coherente con la maximización del bienestar social, porque incrementa la renta disponible para su redistribución mediante instrumentos de política fiscal o social.

En el mercado mayorista, esto implica que deben eliminarse las distorsiones que afectan a los precios y las decisiones de los agentes (especialmente los impuestos de la Ley 15/2012 sobre los combustibles y el valor de la electricidad producida). Con frecuencia los reguladores han concentrado sus esfuerzos en minimizar los pagos a los generadores, o limitar sus beneficios incrementando lo que se les cobra por el uso de las infraestructuras gasistas (reflejando el coste medio en lugar del marginal), sin tener en cuenta que esto distorsiona las decisiones de los operadores, y se acaba traduciendo en un mayor coste y una menor seguridad de suministro, en perjuicio de los consumidores.

En las actividades de redes, la tarea del regulador es diseñar un modelo de retribución que ofrezca a las empresas perspectivas razonables de recuperar los costes en los que incurren de forma prudente para proporcionar el servicio. Es importante que el regulador no reduzca la retribución de las empresas de forma arbitraria porque esto se traduce en riesgo regulatorio que incrementa el coste de financiación de las empresas, lo cual a su vez incrementa el coste para los consumidores y reduce la calidad del suministro. En este sentido, por ejemplo, para fijar la tasa de retribución, no es razonable utilizar un diferencial inferior al que ofrecen los reguladores en países con menor riesgo.

En el mercado minorista, el regulador debe primero asegurarse de que el diseño de peajes que pagan los consumidores y los generadores refleje los costes marginales de suministro, de forma que las señales de precios que reciben les induzca a tomar decisiones y adoptar comportamientos eficientes. El regulador debe también reducir el alcance de la tarifa regulada para que realmente sea una tarifa de último recurso, y deje de ser una tarifa para el suministro habitual de los consumidores domésticos. Finalmente, debe proporcionar

información y educar a los consumidores, para asegurarse de que sepan utilizar esa información y entender las ofertas de los comercializadores para minimizar el coste de su suministro.

Referencias bibliográficas

[1] APPA (2016). *Estudio del impacto macroeconómico de las energías renovables en España.* Asociación de Empresas de Energías Renovables.

[2] ARNEDILLO, O. (2009). «Inversión y seguridad de suministro». *Tratado de regulación del sector eléctrico*, pp. 367-399.

[3] CE (2011). *Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050*. Comisión Europea.

[4] CE DELFT (2016). *Road Taxation and Spending in the EU*.

[5] CEPA (2018). *Study on the Estimation of the Value of Lost Load of Electricity Supply in Europe*. Cambridge Economic Policy Associates.

[6] CETA (2018). *Análisis y propuestas para la descarbonización*. Comisión de Expertos de Transición Energética.

[7] CNE (2008). *Informe complementario a la propuesta de revisión de la tarifa eléctrica a partir del 1 de julio de 2008 - Precios y costes de la generación de electricidad*. Comisión Nacional de la Energía.

[8] CNE (2013). *Informe sobre el comportamiento del mercado mayorista de electricidad durante los últimos meses de 2012 y enero 2013*. Comisión Nacional de la Energía.

[9] CNMC (2017). *Resolución relativa a la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes de Telefónica de España S.A.U., Telefónica Móviles España, S.A.U, Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. del ejercicio 2017.* Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

[10] CNMC (2018a). *Acuerdo por el que emite informe sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el procedimiento de cierre de las instalaciones de generación*. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

[11] CNMC (2018b). *Acuerdo por el que se aprueba la propuesta de metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica para el segundo periodo regulatorio 2020-2025*. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

[12] FABRA, N. (2018). *Simulaciones sobre los efectos de posibles medidas para reducir el precio de la electricidad en España*. Disponible en: *http://nfabra.uc3m.es/wp-content/uploads/2018/09/SIMULACIONES-energeia-NATALIA-FABRA.pdf*

[13] HAYEK, F.A. (1954). «The Use of Knowledge in Society». *The American Economic Review*, vol. 35, nº 4, pp. 519-530.

Carlos Pascual Pons*

LOS BENEFICIOS SOCIALES DE LA COMPETENCIA Y SU DEFENSA

Este artículo repasa cuál es el papel que se está asignando a la política de competencia dentro del debate actual de cómo lograr un crecimiento económico más justo y equitativo. En dicho debate se ha planteado una reformulación de los principios de la política de competencia. Sin embargo, cualquier modificación de dichos principios exige como punto de partida entender bien cuáles son los mecanismos por los que la defensa de la competencia tiene un impacto positivo sobre la sociedad en sentido amplio. Este artículo proporciona un repaso divulgativo, no técnico, a los beneficios de la competencia con el objetivo de ayudar a quienes deseen participar en el debate.

Palabras clave: *sociedad, beneficios sociales, competencia.*
Clasificación JEL: *K21, L40, L44.*

1. Introducción

Como pilar consustancial de nuestro sistema económico, la competencia pertenece a esa serie de conceptos sobre cuyo papel uno no esperaría encontrar dudas. La competencia permite que nuestros mercados funcionen satisfaciendo las necesidades de los consumidores y remunerando a los propietarios de los recursos empleados en la producción. Además, bajo ciertas condiciones, la competencia garantiza que el resultado sea eficiente. Es decir, que sea un resultado máximo, agotando las posibilidades de mejora colectiva.

A pesar de ello, cuando se observan los debates sobre el papel y beneficios de la competencia y de la actividad de defensa o promoción de la misma, rápidamente se comprueba que estamos lejos de disfrutar de un consenso sobre la cuestión. El calor del debate es quizás más elevado en momentos como el actual en el que somos incapaces de explicar muchos de los fenómenos que presenciamos en la economía y ante los cuales rápidamente echamos mano de la justificación de falta o exceso de competencia, provocando propuestas para refundar los objetivos de la política de competencia o replantear su estrategia.

Este artículo no realiza una nueva aportación sobre cuál debe ser el objetivo último de un sistema de defensa de la competencia; algo sobre lo que existe una gran cantidad de doctrina. El artículo pretende poner de relieve, en primer lugar, en qué medida la competencia y su papel está presente hoy en los grandes debates sobre la solución de los problemas económicos y sociales. Por otra parte, en segundo lugar, el artículo proporciona una serie de explicaciones sobre los beneficios concretos de la competencia y su defensa, para lo que recurre a algunos ejemplos de la práctica.

* KPMG, Competition Economics, España.

El corolario a este análisis de la competencia bajo dos perspectivas, una más elevada o macro y otra más aterrizada o micro, podría resumirse en que si bien resultan claros los beneficios de la competencia en el terreno concreto de los mercados, puede que no hayamos sido capaces todavía de comprender el papel que debe jugar para resolver los desequilibrios y fricciones, quizás inevitables, que definen la evolución de la macroeconomía global y, por ende, de nuestros sistemas sociales.

2. La competencia en los grandes debates macro

Habiéndose cumplido diez años desde la caída del banco Lehman Brothers, momento considerado como el inicio de la última crisis económica global, se han multiplicado los análisis y debates sobre cómo resolver sus secuelas. Hoy sabemos que muchas de dichas secuelas no son consecuencia directa de la explosión de la burbuja financiera, sino manifestaciones de otros fenómenos subyacentes de mayor profundidad estructural, exacerbados por la crisis, pero que ya venían gestándose. Entre estas secuelas o problemas, cabe mencionar tres fenómenos, no independientes entre sí, de profunda trascendencia económica, pero también social: *i)* la ralentización del crecimiento y de la productividad; *ii)* el crecimiento de la desigualdad; y *iii)* la menor participación del trabajo en el reparto de la renta. En la discusión sobre cómo resolver estos problemas ha emergido la necesidad de mejorar la competencia y replantear los cimientos de los sistemas de defensa de la competencia.

La ralentización del crecimiento y de la productividad

Si existe una variable clave para explicar la prosperidad de nuestras economías es la capacidad de sostener un crecimiento de la productividad y, por ende, de la renta. Una economía cuya productividad crezca de manera sostenida permite que las nuevas generaciones disfruten de mayor renta y bienestar que las precedentes. La productividad mide la cantidad de producto obtenido por unidad de factor de producción empleado, y normalmente suele emplearse como una ratio del PIB obtenido por hora trabajada.

Como ponen de manifiesto Furman y Orszag (2018), el crecimiento de la productividad por hora trabajada en EE UU se ha reducido considerablemente en la última década en comparación con la anterior. Así, el ritmo de crecimiento se habría reducido desde un 2,7 por 100 anual en el período 1995-2005 hasta el 1,2 por 100 anual entre 2005 y 2016. Estos autores recalcan cómo estas cifras, junto con el problema de la distribución que luego se comenta, certifican que haya caído dramáticamente el número de hijos que vivirán mejor que sus padres.

En Europa, las instituciones comunitarias vienen expresando su preocupación y adoptando diversas estrategias[1] por unas cifras que, además de mostrar la misma tendencia de desaceleración, evidencian que existe una brecha en cuanto a sus valores absolutos frente a EE UU y otras economías. Es decir, el problema es aún más agudo. Como pone de manifiesto Gual (2014), la brecha entre la UE y EE UU en la productividad por hora trabajada ha aumentado desde 1997 cuando la europea representaba el 85,5 por 100 de la americana, al 76,7 por 100 en 2013.

El análisis de la productividad suele descomponerse para determinar qué parte se debe a: *i)* una mayor o menor utilización del trabajo o capital, *ii)* una mejora en su calidad (p.ej., en la formación de los trabajadores), o *iii)* qué parte es el resultado de aspectos no directamente medibles, lo que conocemos como productividad

[1] La Estrategia Europa 2020 es la agenda económica de la UE para la presente década. Persigue un «crecimiento inteligente, sostenible e integrador como manera de superar las deficiencias estructurales de la economía europea, mejorar su competitividad y productividad, y sustentar una economía social de mercado sostenible». Ver: *https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_es*

total de los factores (PTF). Generalmente, a este último componente se le atribuye el efecto sobre la capacidad de producir de todo el conjunto de aspectos institucionales que confluyen en una economía, entre ellos, el funcionamiento de los mercados e, incluso, el de la política de defensa de la competencia.

En este sentido, son varias las opiniones que apuntan a que detrás del menor crecimiento de la PTF se encuentra un menor dinamismo y menor competencia en los mercados, medidas a través de, entre otros indicadores, un menor ritmo en la creación de nuevas empresas y un mayor nivel de concentración en los mercados[2].

Shapiro (2018) explica cómo el aumento en el nivel de concentración de los mercados y la consiguiente reducción de la competencia se ha convertido en un consenso apoyado por las dos fuerzas políticas en EE UU, impulsado por un buen número de *think tanks*[3] y que ha permeado la doctrina académica, secundada o incluso precedida por la prensa económica especializada. Dicho consenso atribuye el incremento en los niveles de concentración en los mercados a un debilitamiento premeditado de la política de control de concentraciones.

En su trabajo, Shapiro viene a desmontar la validez de varios de los estudios empíricos que respaldan el aumento de los niveles de concentración. La tesis principal del autor se asienta en el hecho de que la mayoría de dichos trabajos no miden verdaderamente el nivel de competencia en los mercados, al no tener en cuenta una correcta definición de mercado relevante, sino algún índice agregado de concentración de un sector industrial.

En opinión de Gual (2014), el bajo nivel de la PTF en la UE también estaría asociado a una falta de competencia y de fragmentación en los mercados, especialmente en los sectores regulados, donde las resistencias políticas a crear verdaderos mercados integrados en Europa y la actitud de la autoridad de competencia comunitaria en el marco del control de concentraciones habrían impedido la concentración en los mercados, imposibilitando una verdadera competencia intraeuropea.

El debate es, por tanto, notorio: ¿existe un mayor nivel de concentración en los mercados? ¿habría contribuido, en su caso, a debilitar el crecimiento económico? ¿debe revisarse, por tanto, el tono de la política de control de las concentraciones?

Lo que, en cualquier caso, sí es indiscutible es que las economías desarrolladas crecen menos y son menos productivas. Probablemente, el debate sobre la concentración está muy ligado a la consolidación de las grandes compañías digitales como Google, Facebook, Apple o Amazon, y al aparente desconcierto sobre en qué medida se comprende el alcance y, sobre todo, el riesgo futuro que sus posiciones en el mercado pueden conllevar y si se cuenta, o no, con el instrumental adecuado para intervenir[4], si ello fuese necesario.

El incremento de la desigualdad

El crecimiento de la desigualdad es otro de los rasgos que viene alimentando el debate sobre el papel de la competencia en los mercados. Son varios los canales identificados para establecer una conexión entre una menor competencia y un reparto menos justo. Por ejemplo, Baker y Salop (2015) explican cómo el cambio tecnológico y la revolución digital ha propiciado la aparición de más mercados sometidos a un mayor nivel de protección de la propiedad intelectual, clave para

[2] DECKER *et al*. (2014) y FURMAN y ORSZAG (2018).

[3] Shapiro cita como ejemplos: American Antitrust Institute, Center for American Progress, Roosevelt Institute, Center for Equitable Growth o el mismo Council of Economic Advisors to President Obama.

[4] Las autoridades de competencia han abierto un período de reflexión para determinar si sus instrumentos están preparados para la nueva era de la digitalización. Así por ejemplo, tanto la Comisión Europea *http://ec.europa.eu/competition/scp19/*, como la Federal Trade Commission *https://www.ftc.gov/policy/hearings-competition-consumer-protection?utm_source=slider* están llevando a cabo debates públicos que les ayuden a entender mejor el funcionamiento de los mercados en la actual época de cambio.

producir sus bienes o servicios, y cómo el cambio tecnológico ha impulsado igualmente mercados sujetos a economías de red. Ambos aspectos aumentan el tamaño y poder de mercado de las empresas, que habría sido tolerado por un sistema de defensa de la competencia más permisivo. Para estos autores, los rendimientos asociados al mayor poder de mercado terminan en manos de los accionistas y los ejecutivos de estas empresas, lo que contribuye a aumentar la desigualdad. Estos autores proponen ciertos cambios no demasiado intrusivos en la política de competencia. Abogan por clarificar que el objetivo conceptual o estándar de esta debe seguir siendo el bienestar del consumidor, pero consideran que se podrían articular otros cambios como una consideración explícita del objetivo de igualdad en la definición de remedios o prioridades, incluyendo una mayor actividad en el control de los abusos de explotación de las grandes empresas.

En términos parecidos se plantea la propuesta de Khan y Vaheesan (2017), que, sin llegar a proponer una reformulación de la política de competencia, sí que consideran necesario revertir el daño causado por años de una supuesta aplicación laxa de la misma, que ha terminado en unas reglas de aplicación dominadas por una escuela de pensamiento (Escuela de Chicago), que no servirían para la nueva economía digital.

Otro de los autores que ha venido insistiendo en esta relación entre inequidad y la necesidad de replantear la política de competencia es el nobel J. Stiglitz. Aparte de advertir de los peligros económicos de la desigualdad[5], Stiglitz ha propuesto[6] ampliar los límites de la política de competencia para poder atajar algunos problemas que se han hecho más acuciantes, pero que no eran evidentes cuando esta se creó y, sobre todo, cuando sus reglas se han dibujado por los tribunales. Por ejemplo, considera que el poder de mercado plantea un problema cuando: *i)* se hace a los consumidores renunciar a su privacidad; *ii)* a la posibilidad de acudir a mecanismos de solución de diferencias; *iii)* se trata de bancos muy grandes para quebrar; o *iv)* cuando el poder de las empresas de medios de comunicación se mide solo en función de su capacidad de atraer publicidad.

Se han puesto encima de la mesa propuestas más radicales que plantean incluso una profunda reforma de los paradigmas de la política de competencia para que esta sea dirigida por consideraciones de igualdad o justicia (Lianos, 2018), redefiniendo los conceptos de poder de mercado y la mecánica de definición del mercado, para incluir otras fuentes de poder de extracción de bienestar de los consumidores. La propuesta pasa, asimismo, por replantear el análisis de las relaciones verticales en las cadenas de suministro y provisión de bienes y servicios, especialmente en la nueva economía digital, donde la competencia se produciría desde los distintos niveles verticales y en las que se estaría produciendo una acumulación de poder en manos de pocas empresas, que extraen el excedente del resto de participantes de la cadena, incluidas las pequeñas empresas.

Menor participación del trabajo en el reparto de la renta

Por último, pero de forma directamente relacionada con los dos problemas anteriores, otra de las consecuencias o rasgos económicos actuales que ha emergido con fuerza en el debate es la desconexión entre el crecimiento de la productividad y la participación de la remuneración del factor trabajo en la renta, lo que estaría evidenciando que una parte creciente del producto obtenido por el uso del trabajo se destina a remunerar al capital, lo que agudiza los problemas de igualdad, dada la, por lo general, no equitativa distribución del capital[7].

[5] STIGLITZ (2012).
[6] STIGLITZ (2017).

[7] KARABARBOUNIS y NEIMAN (2014) documentan que la caida en la participación del trabajo dentro de la renta obtenida por el sector empresarial o corporativo se viene produciendo en los últimos 35 años en los principales países e industrias.

Sin menospreciar la importancia social de este rasgo, su mayor visibilidad en el debate se atribuye a la popularidad del libro *Capital en el Siglo XXI* del economista francés Piketty[8].

En cualquier caso, también se han lanzado propuestas para tratar de reequilibrar el reparto, especialmente en el mundo digital. Así, Arrieta Ibarra *et al.* (2018) plantean una propuesta para diseñar institucionalmente un mercado en el que los datos sean tratados como trabajo, es decir, incorporar a la función de producción un nuevo factor, que reciba una parte correspondiente del excedente. Estos autores consideran que en la economía de los datos y la inteligencia artificial resulta necesario reequilibrar la competencia entre el monopsonio de demanda y los usuarios/trabajadores que, atomizados y sin poder de negociación, alimentan la función de producción de las grandes empresas digitales, generando un importante excedente a estas. En un sentido parecido, dos economistas de la Autoridad de Competencia de Reino Unido (CMA, por sus siglas en inglés) proponen favorecer la creación de agrupaciones de usuarios de las plataformas digitales para que puedan ejercer un contrapeso en la negociación de las condiciones comerciales como forma de reequilibrar el poder de mercado (Mullan y Timan, 2018).

Todos estos debates ponen de manifiesto que existe una profunda preocupación por la forma en la que el sistema capitalista produce sus resultados y que se apunta a la falta de competencia como una posible causa parcial de los mismos, lo que para algunos debería llevar a la reforma de la política encargada de su defensa.

Sin embargo, estas premisas del debate sobre la relación entre competencia, o falta de ella, como causa del crecimiento de la desigualdad, chocan con la visión más ortodoxa —y probablemente, más consistente— de que ha sido, precisamente, el aumento de la competencia en los mercados internacionales, fruto de la globalización, la mayor movilidad de los factores y la fragmentación de las cadenas de producción, lo que estaría forzando la igualación en la remuneración de los factores de producción[9].

El principio de prudencia aconseja en esta circunstancia, y antes de acometer reformas de calado, conocer bien cómo funciona y, especialmente, qué beneficios sociales proporciona la política de competencia. La segunda parte de este trabajo se dedica precisamente a repasar desde una perspectiva divulgativa, estos aspectos.

3. Los beneficios sociales de la defensa de la competencia

Son muchas las aportaciones que, desde una perspectiva didáctica, intentan explicar los beneficios de la política de competencia para promover el crecimiento económico y reducir la desigualdad[10]. Por otro lado, la academia ha dedicado también numerosos trabajos a medir dicha relación empíricamente[11]. Quizás una de las instituciones que más empeño ha puesto en explicar esta conexión es la OCDE, que además también ha convertido en prioridad facilitar la evaluación del impacto de la intervención de la política de defensa de la competencia[12].

La explicación tradicional se asocia a los beneficios que la competencia, y aquellas intervenciones que la defienden y promueven, genera sobre los incentivos de los agentes económicos. Así, las empresas que se enfrentan a sus competidores tienen el incentivo para

[8] PIKETTY (2014). Una reseña del mismo puede encontrarse en SUMMERS (2014).

[9] Esta visión tradicional viene a explicar la creciente desigualdad entre la mano de obra cualificada y sin cualificar como una consecuencia de la igualación de la remuneración de los factores productivos empleados en los bienes sometidos al comercio internacional. La mayor abundancia relativa en mano de obra barata en los países en desarrollo, que se especializan en la producción o ensamblaje de bienes intensivos en el uso del factor trabajo, hace que los salarios en los países desarrollados tiendan a igualarse y separarse de los salarios de trabajadores más especializados. Este principio de igualación de la remuneración de factores se conoce también como teorema Stolper-Samuelson.

[10] Ver por ejemplo el informe preparado para el Parlamento Europeo por ELLERSGAARD NIELSEN *et al.* (2013).

[11] Ver AHN (2002) y OCDE (2014).

[12] Toda la información sobre esta iniciativa se puede encontrar en *http://www.oecd.org/daf/competition/evaluationofcompetitioninterventions.htm*

producir eficientemente, a través de nuevas inversiones, reducción de sus costes o innovaciones. De esta forma, serán capaces de plantear una mejor proposición de valor al mercado, en forma de menores precios, más variedad o mejor calidad, lo que incide directamente en el bienestar de sus consumidores, tanto si son otras empresas como si, especialmente, se trata de consumidores finales.

En términos dinámicos, si los mercados no tienen barreras a la entrada o salida, significativas, la competencia producirá una selección natural de los competidores más eficientes y atraerá la entrada de nuevas empresas innovadoras. Ello comporta un efecto positivo sobre la innovación y el crecimiento económico.

Estas dos sucintas explicaciones se suelen conocer como los mecanismos de eficiencia estática y dinámica que proporciona la competencia.

Sin embargo, estos sencillos mecanismos pueden dejar de funcionar o no hacerlo adecuadamente bajo ciertos supuestos, lo que justifica la actuación de los instrumentos de defensa de la competencia. A grandes rasgos, estos instrumentos están dirigidos a: *i)* corregir y disuadir comportamientos de las propias empresas que juegan en contra de la competencia y cortocircuitan sus mecanismos sobre los incentivos de los agentes; *ii)* promover y corregir el comportamiento del sector público en tanto que regulador, productor de bienes y servicios públicos, y adquirente o contratista en el mercado; y *iii)* facilitar una compensación a aquellos perjudicados.

La Figura 1 resume los principales instrumentos de la política de defensa de la competencia y cómo interactúa sobre los dos mecanismos básicos de eficiencia.

A continuación, se repasa la contribución de cada uno de los instrumentos de la política de competencia, recurriendo a algún ejemplo representativo.

El control de las conductas anticompetitivas

Se trata, probablemente, del mecanismo de intervención más conocido de la política de competencia. A través de reglas de comportamiento, cuyo contorno va validándose por los tribunales, se establecen límites a las conductas de los operadores en el mercado. Uno de los avances más notables de los últimos 20 años ha sido la definición de dichas reglas de evaluación basadas en la racionalidad económica de las conductas y no tanto en sus aspectos formales, a través de presunciones que definen lo que casi seguro no será aceptado y aquello que con casi total probabilidad no tendrá problemas.

Típicamente, se suele distinguir entre el control de los acuerdos entre empresas y el control de las conductas unilaterales de aquellas con posición de dominio en los mercados. Respecto de las primeras, no hay un sistema de defensa de la competencia que no haya declarado la persecución de los acuerdos entre competidores directos (cárteles) como su principal prioridad[13], para la que se han diseñado importantes instrumentos de detección y sanción. Atendiendo a las últimas estadísticas ofrecidas por la Comisión Europea, esta institución ha impuesto un total de 28.464 millones de euros[14] en sanciones a cárteles en el período 1990-2018.

El principal beneficio que la lucha contra los cárteles produce es el efecto de disuasión en la formación de cárteles nuevos, ya que se consideran las conductas contrarias a la competencia más dañinas. Se han publicado un buen número de contribuciones que tratan de cuantificar cuál es el perjuicio causado por este tipo de conductas[15] y cuál sería por tanto el beneficio logrado con aquellos desmantelados. Sin menospreciar la importancia que tiene este instrumento, ni dudar de sus beneficios directos sobre el bienestar, estas cuantificaciones presentan, sin embargo, problemas por diversos motivos relacionados más bien con su metodología[16].

---

[13] La International Competition Network tiene un grupo de trabajo dedicado a facilitar la concienciación de los daños que generan los cárteles (ICN, 2012).

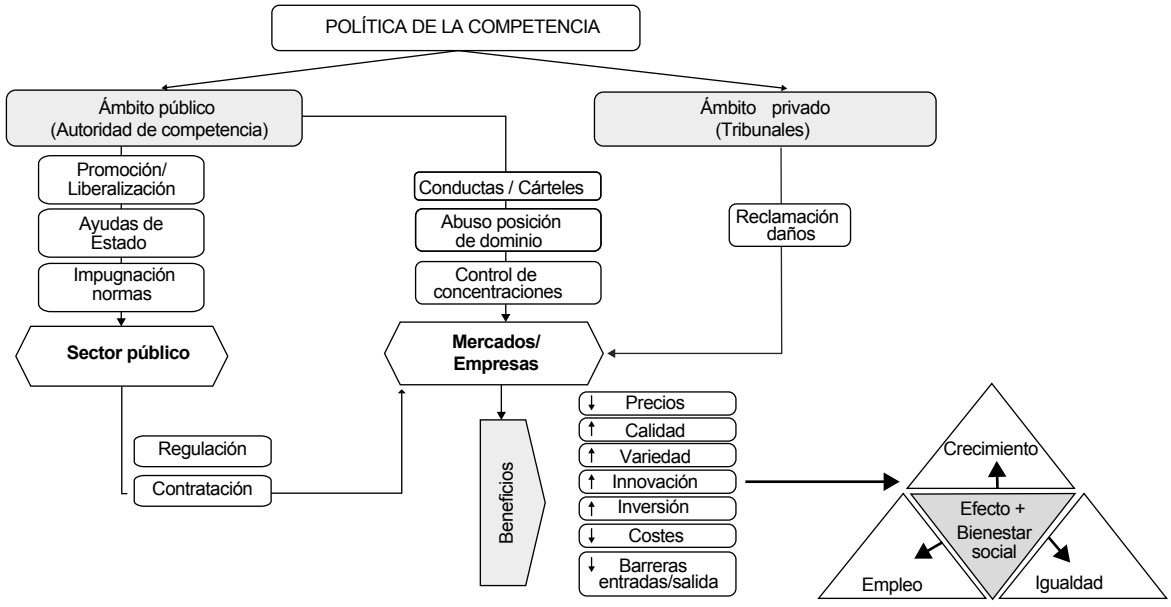
[14] Si se corrige por la revisión judicial de los casos hasta este momento, la cifra se reduce a 26.063 millones. Véase: *http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf*

[15] CONNOR (2010), CONNOR y BOLOTOVA (2006) o SMUDA (2012).

[16] LANGENFELD (2017) destaca posibles sesgos de selección y representatividad de la muestras empleadas.

FIGURA 1

PRINCIPALES BENEFICIOS DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA



FUENTE: Elaboración propia.

Pero desmantelar cárteles existentes y disuadir su formación tiene un beneficio directo para los consumidores y la economía en general. Los cárteles suponen, en principio, mayores precios, menor oferta y menor calidad. Resulta sencillo recurrir a ejemplos directos con un impacto directo en el día a día de los ciudadanos. Por ejemplo, el cártel desmantelado por la Comisión Europea relacionado con el mercado de los tubos para las pantallas de televisor y ordenador[17] habría podido representar un sobreprecio sobre dichos productos adquiridos por todas las familias y empresas, además de haber podido retrasar la incorporación de innovaciones, como las pantallas planas. Existen multitud de casos en mercados con notable trascendencia sobre el funcionamiento de la economía, como los mercados financieros, productos químicos o mercados de licitaciones públicas. En este último caso, el impacto para el contribuyente es directo ya que, como consecuencia de los cárteles, las empresas pueden conseguir mayores precios en sus adjudicaciones de concursos públicos, lo que significa un mayor gasto público.

El segundo ámbito del control de las conductas de las empresas se refiere al control del comportamiento de estas en posición dominante[18]. La jurisprudencia

[17] Decisión de 5 de diciembre de 2012 en el caso COMP/39437.

[18] El concepto difiere según la jurisdicción. La prohibición del abuso de la posición de dominio se emplea en la normativa europea, mientras que en EE UU se controla mediante la prohibición del intento de monopolizar el mercado. Se trata, probablemente, del ámbito en el que existe una mayor divergencia entre ambas jurisdicciones, siendo más estricta, en principio, la aplicación de la norma en Europa. De hecho, en el actual estado de debate sobre la laxitud en la aplicación del precepto en EE UU se ha propuesto virar hacia un esquema como el europeo. Véase 2º subapartado del apartado 2.

ha venido aceptando la tesis de que las empresas que se encuentran en tal posición tienen una especial responsabilidad y, si bien, no resulta problemático alcanzar la posición de dominio, que permite a la empresa comportarse sin tener en cuenta al resto de competidores, existen determinados comportamientos que sí son sancionables. Especialmente problemáticos son aquellos dirigidos a excluir del mercado a los competidores o prevenir la entrada de nuevos rivales, por ejemplo, mediante precios anormalmente bajos, descuentos demasiado altos o determinadas condiciones de vinculación en la comercialización de los bienes o servicios. El problema con la persecución de estas conductas es que muchas de ellas conllevan un beneficio a corto plazo para los consumidores, lo que exige de sus juzgadores una cuidadosa contraposición de dichos beneficios con el perjuicio a medio y largo plazo que supone el debilitamiento de la competencia.

Existen casos muy ilustrativos de cómo este instrumento puede favorecer el proceso competitivo. Uno de los más recientes es la sanción de la Comisión Europea contra el productor de procesadores Intel[19] por abusar de su posición de dominio al conceder descuentos y pagos de fidelización para impedir la utilización de productos de sus competidores. Asimismo, la Comisión Europea ha sancionado el monopolio de una empresa ferroviaria lituana de propiedad estatal, por obstaculizar el transporte ferroviario de mercancías tras haber desmantelado un tramo de vía que conectaba Lituania con Letonia, evitando que un importante cliente suyo pudiera utilizar los servicios de otro operador, en este caso, otra empresa ferroviaria letona[20].

Pero donde, en principio, se podría apreciar con mayor claridad el beneficio a corto plazo para el consumidor (también cuando son empresas) del control de las conductas de los operadores dominantes es en la segunda tipología de los mismos: los abusos de explotación. Este grupo también está sujeto a controversia puesto que se trata de limitar las políticas comerciales de los operadores sin daño en los competidores, sino en sus consumidores. Mediante esta intervención se intenta evitar que las empresas dominantes se aprovechen de su posición, especialmente en circunstancias en las que los consumidores no tienen otras alternativas. Los ejemplos más recientes en este ámbito se concentran en el sector farmacéutico[21], donde las autoridades han sancionado a determinados laboratorios por precios excesivos de sus medicamentos.

Por último, la intervención sobre el sector privado se completa con el control de las operaciones de concentración entre empresas, para impedir que las mismas supongan un daño a la competencia futura en los mercados. La principal dificultad de este mecanismo radica en que se trata de plantear un escenario prospectivo que anticipe cuál será el funcionamiento del mercado en el futuro y discernir si en dicho escenario se puede producir un daño a la competencia.

Una de las últimas operaciones frustradas por la Comisión Europea ha sido el intento de fusión entre las bolsas alemanas y británica, Deutsche Börse y London Stock Exchange (LSE[22]); o entre las compañías aéreas irlandesas, Aer Lingus y Ryanair[23]. Según los análisis desarrollados, dichas operaciones habrían conducido a un debilitamiento de la competencia, con el consiguiente impacto en los consumidores.

[19] Asunto Intel/Comisión (T-286/09). La Decisión de 13 de mayo de 2009 en el caso COMP/C-3/37990 – Intel Corporation fue recurrida en primera instancia ante el Tribunal General (TG), el cual desestimó el recurso y confirmó la Decisión tras su Sentencia de 12 junio de 2014. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 6 de septiembre de 2017 (C-413/2014) anuló la Sentencia del TG por lo que este último tendrá que pronunciarse de nuevo.

[20] Decisión de 2 de octubre de 2017 relativa al asunto AT.39813 – Ferrocarril báltico.

[21] La Comisión Europea ha abierto una investigación en junio de 2017 en la que está investigando a la farmacéutica Aspen Pharmacare por la imposición de precios abusivos en medicamentos contra el cáncer (Caso AT.40394 – ASPEN).

[22] Decisión de 29 de marzo de 2017 en el caso COMP/M.7995 – Deutsche Börse/London Stock Exchange.

[23] Decisión de 27 de junio de 2007 en el caso COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus.

El control del comportamiento del sector público

La legislación de competencia y las acciones de las autoridades y tribunales encargadas de su aplicación tienen un impacto directo sobre el comportamiento del sector público en diferentes facetas.

La primera es conocida como promoción o *advocacy* e incluye aquellas acciones dirigidas a lograr un marco regulatorio más favorecedor de la competencia. Sus instrumentos son variados y difieren en cada jurisdicción. Abarcan desde el trabajo silencioso o menos visible de emitir informes o recomendaciones a las Administraciones cuando regulan o intervienen en los mercados, pasando por la involucración directa en la liberalización de determinados sectores, hasta la capacidad de recurrir los actos de la Administración en los tribunales cuando se considera que son dañinos para la competencia.

La acción de las autoridades de competencia supone un buen contrapeso en el proceso de toma de decisión de las Administraciones Públicas, pues permiten poner en valor el interés atomizado del consumidor cuando se toman decisiones que intervienen en el funcionamiento de los mercados, consciente o involuntariamente, en beneficio de grupos de interés.

Existen casos de éxito con un importante impacto sobre el bienestar de los ciudadanos y sobre la competitividad de las empresas. Basta echar un vistazo al apartado «liberalización» de la página web de la Dirección de Competencia de la Comisión Europea[24] para darse cuenta del impacto que han tenido alguna de sus intervenciones directas, como la liberalización del sector aéreo, de comunicaciones, postal o energía. En estos sectores se ha pasado de un régimen cerrado a la competencia y dominado en muchos casos por compañías estatales a otro de competencia y control de los derechos especiales atribuidos a los monopolios, públicos o privados.

Como ejemplo más cercano, cabe destacar las acciones de la autoridad española de competencia ante los tribunales para recurrir determinadas disposiciones que se consideraban contrarias a la competencia y los consumidores. Así, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha recurrido[25] distintas disposiciones municipales que regulan el servicio del taxi o los alquileres de viviendas turísticas cuando consideraba que estas iban más lejos de lo estrictamente necesario para salvaguardar el interés público e imponían restricciones injustificadas a la competencia. Aunque no siempre es bien comprendida la actuación de la autoridad en estos casos, esta resulta importante en la defensa del consumidor ante un eventual exceso de celo de los poderes públicos cuando al regular se extralimitan para, supuestamente, cumplir con una misión de interés público. Volviendo a estos dos casos, la autoridad ha impugnado las normativas porque considera que la defensa de los taxistas o la de sus clientes, por un lado, o la defensa de los establecimientos de hostelería o la de los usuarios de viviendas particulares con fines turísticos, por otro, no exigía ir tan lejos y podía conseguirse con menores restricciones.

El segundo mecanismo de actuación sobre el comportamiento del sector público, característico del sistema comunitario, es el control de las ayudas de Estado. El objetivo último de las ayudas suele ser alcanzar un fin de interés general, como favorecer el crecimiento en una región deprimida y propiciar una inversión que no se habría producido en ausencia del apoyo público. Sin embargo, por su propia naturaleza, las ayudas públicas pueden alterar el funcionamiento normal de los mercados si, por ejemplo, se otorgan con criterios discriminatorios, en detrimento de otros competidores, produciendo un perjuicio grave para los consumidores y un debilitamiento de la competitividad.

[24] *http://ec.europa.eu/competition/general/liberalisation_en.html*

[25] Ver página web de la CNMC, apartado «impugnación activa del Departamento de Promoción»: *https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/legitimacion-activa*

Por ejemplo, en uno de los casos recientes más notorios, la Comisión Europea ha considerado contrario a la normativa el régimen fiscal que Irlanda proporcionó a Apple[26] y que, según los cálculos de la Comisión, habría evitado a la empresa pagar 13.000 millones de euros de impuestos.

Ahora bien, existen otros muchos casos en los que la concesión de las ayudas públicas es totalmente compatible con el derecho comunitario, dando una respuesta legítima ante ciertos fallos de mercado y que, *de facto*, favorecen un crecimiento económico sostenible. Por ejemplo, esto ocurre con las ayudas para garantizar la prestación de ciertos servicios públicos en zonas rurales o el desarrollo económico de áreas desaventajadas. En estos casos, la ayuda pública podría ser fundamental para la expansión de la economía digital y la innovación en aquellas zonas rurales o desfavorecidas donde, por ejemplo, la conectividad mediante banda ancha no sería económicamente viable de ninguna otra forma, pero gracias a este tipo de ayudas sí puede llevarse a cabo.

Por último, las autoridades de competencia están poniendo un énfasis especial en disciplinar el comportamiento del sector público en tanto que comprador directo de bienes y servicios, procurando que sus procesos de licitación sean más favorables con la competencia en los mercados. Se trata de una acción relevante, dado el importante volumen que representan las compras de las Administraciones. La autoridad española ha venido ofreciendo una buena muestra de actividad en este sentido, tanto a través de sus guías orientativas, pensadas en la formación y concienciación de las propias Administraciones[27], como en sus informes a los pliegos de licitación[28].

La compensación de aquellos perjudicados por las infracciones

Otro de los pilares del sistema de defensa de la competencia es su aplicación privada ante los tribunales de justicia, por parte de aquellos que hayan sufrido un perjuicio para la obtención de una indemnización por daños y perjuicios. En EE UU constituye la fórmula habitual de lucha contra las prácticas contrarias a la competencia, ya que los perjudicados pueden obtener hasta el triple del daño sufrido, lo que contribuye a amplificar el efecto disuasorio o preventivo. En la UE este tipo de acciones está empezando a adquirir popularidad por la reciente entrada en vigor de una Directiva[29] en la materia, largamente apoyada por la Comisión Europea, y su trasposición a los distintos ordenamientos nacionales[30]. En esta Directiva, la UE ha querido encontrar su propia vía para, sin propiciar un entorno de litigación agresiva, como podría ser el americano, sí poner los mecanismos necesarios para que los damnificados encuentren una compensación por la totalidad del daño sufrido.

En uno de los casos más relevantes juzgados en nuestro país, varios compradores industriales de azúcar pudieron obtener una compensación[31] por el sobrecoste incurrido en la compra de esta materia prima, que no habrían podido repercutir a su vez en sus precios, como consecuencia del cártel de productores de azúcar desmontado por el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia.

---

[26] Ver: *http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373*

[27] Guía sobre Contratación Pública de la CNC (G-2009-02), de 7 de febrero de 2011.

[28] Información disponible en: *https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/recomendaciones-aprovisionamiento-publico*

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

[30] Se puede ver el estado de trasposición a los distintos ordenamientos nacionales en *http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html* En el caso español, se ha incorporado mediante el Título II del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, a través de modificaciones en la Ley de Defensa de la Competencia y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[31] Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2012, Núm. Resolución 344/2012; y Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2013, Núm. Resolución 651/2013.

La Comisión Europea ha puesto un especial empeño en facilitar el desarrollo de este tipo de acciones en los tribunales europeos[32], lo que está empezando a generar un número importante de acciones, especialmente en determinadas jurisdicciones. En cualquier caso, se trata de acciones que conllevan una cierta complejidad ya que, al tratarse de un procedimiento indemnizatorio entre partes privadas, deben estar basadas en una cuantificación y ponderación rigurosas. Una de las particularidades del sistema comunitario es que las acciones pivotarán sobre decisiones previas de las autoridades de competencia *(follow-on actions)*, a diferencia de EE UU, donde se da un mayor número de acciones independientes *(stand alone actions)*. Esto hace necesario tener en cuenta que algunas de las intervenciones de las autoridades de competencia no están basadas en los efectos reales de las conductas, sino en su potencial objeto anticompetitivo, lo cual tiene un importante beneficio para el sistema en términos de disuasión y establecimiento de reglas, pero no siempre encuentra una conexión directa con el daño efectivo en el mercado.

Otro de los principales obstáculos advertidos para lograr el resarcimiento de los pequeños consumidores es la dificultad en aunar los intereses de estos, que se encuentran muy atomizados. Por ello se han propuesto diversos mecanismos que permitan, incluso, la puesta en marcha de acciones colectivas en nombre de todos los afectados, salvo oposición (*opt out)*[33].

No obstante, la aprobación de la Directiva y los pasos dados en diversas jurisdicciones suponen un hito importante para reforzar la capacidad de disuasión de los instrumentos de la política de competencia, además de un avance en equidad, gracias al beneficio directo para aquellos que puedan resarcirse del daño sufrido.

Como se puede observar, los beneficios de los instrumentos de la política de competencia para hacer que los mercados funcionen mejor son variados y actúan desde distintos planos. Es cierto que el momento actual, de intenso cambio tecnológico y desequilibrios económicos y sociales, demanda de los responsables de la política económica un crecimiento más inclusivo. Pero cualquier intento de reforma de la política de competencia, bien en el tono y composición de las reglas de actuación, o bien de forma más radical, sobre sus principios básicos, exige valorar cuidadosamente sus consecuencias y si existen otras alternativas más apropiadas para remediar los problemas que se pretenden solucionar.

Referencias bibliográficas

[1] AHN, S. (2002). «Competition, Innovation and Productivity Growth». *OECD Economics Department Working Papers*, nº 317. *http://dx.doi.org/10.1787/182144868160*

[2] ARRIETA IBARRA, I. *et al.* (2018). «Should We Treat Data as Labor? Moving Beyond 'Free'». *American Economic Association Papers and Proceedings*. Disponible en: *https://ssrn.com/abstract=3093683*

[3] BAKER, J.B. y SALOP, S.C. (2015). «Antitrust, Competition Policy, and Inequality». Disponible en: *http://ssrn.com/abstract=2567767*

[4] CONNOR, J.M. (2010). «Price-fixing Overcharges: Revised 2nd edition». Disponible en: *http://ssrn.com/abstract=1610262*

[5] CONNOR, J.M. y BOLOTOVA, Y. (2006). «Cartel Overcharges: Survey and Meta-analysis». *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, nº 6, pp. 1.109-1.137.

[6] DECKER, R. *et al.* (2014). «The Role of Entrepreneurship in US Job Creation and Economic Dynamism». *Journal of Economic Perspectives*, vol. 28. pp. 3-24.

[7] ELLERSGAARD NIELSEN, K. *et al.* (2013). *The Contribution of Competition Policy to Growth and the EU 2020 Strategy*. European Parliament. Disponible en: *http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/492479/IPOL-ECON_ET(2013)492479_EN.pdf*

[8] FURMAN, J. y ORSZAG, P. (2018). «Slower Productivity and Higher Inequality: Are They Related?». *Peterson Institute for International Economics. Working Paper*, vol.18, nº 4.

[9] GUAL, J. (2014). «¿Por qué Europa genera poco crecimiento y empleo?». *Documentos de Economía «La Caixa»*, vol. 28.

[32] La Comisión ha publicado diversas guías orientativas para los tribunales con el fin de asistirles en la tarea, especialmente en el cálculo e interpretación de valoraciones económicas sobre los daños. *http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html*

[33] A nivel europeo simplemente se cuenta con una recomendación del Parlamento, que ha propiciado el clima para la reforma de diversos ordenamientos, como el de Reino Unido, que ha habilitado un sistema de acciones *opt out.*

[10] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2012). *Anti-cartel Enforcement Manual Cartel Working Group Subgroup 2: Enforcement Techniques. Chapter on Cartel Awareness, Outreach and Compliance*. ICN. Disponible en: *http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc835.pdf*

[11] KARABARBOUNIS, L. y NEIMAN, B. (2013). «The Global Decline of the Labor Share». *National Bureau of Economic Research Working Paper,* nº 19.136. Disponible en: *http://www.nber.org/papers/w19136*

[12] KHAN, L. y VAHEESAN, S. (2017). «Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents». *Harvard Law & Policy Review*, vol. 11, pp. 235-297.

[13] LANGENFELD, J. (2017). «The Empirical Basis for Antitrust: Cartels, Mergers, and Remedies». Disponible en: *https://ssrn.com/abstract=3061922*

[14] LIANOS, I. (2018). «The Poverty of Competition Law. The Long Story». *Center for Law, Economics and Society, UCL. Research Paper Series*, nº 2/2018.

[15] MULLAN, B.Y.H. y TIMAN, N. (2018). «Strengthening Buyer Power as a Solution to Platform Market Power». *CPI Antitrust Chronicle*, septiembre 2018.

[16] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2014). *Factsheet on How Competition Policy Affects Macro-economic Outcomes*. OCDE. Disponible en: *http://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf*

[17] PIKETTY, T. (2014). «Capital in the 21st Century». *Cambridge Harvard University Press*.

[18] SHAPIRO, C. (2018). «Antitrust in a Time of Populism». *International Journal of Industrial Organization*.

[19] SMUDA, F. (2012). «Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law». *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper,* nº 12-050.

[20] STIGLITZ, J.E. (2012). *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future, Sustainable Humanity, Sustainable Nature: Our Responsibility*. WW Norton & Company.

[21] STIGLITZ, J.E. (2017). «Towards a Broader View of Competition Policy». *Roosevelt Institute Working Paper*, junio, pp. 1-25.

[22] SUMMERS, L. (2014). «The Inequality Puzzle». *Democracy Journal*, nº 32.

Beatriz de Guindos Talavera*

PROPUESTAS DE REFORMA DE LA LEY DE COMPETENCIA

Tras diez años de aplicación práctica de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, esta ha demostrado ser una ley muy eficaz para promover el funcionamiento competitivo de los mercados. Sin embargo, algunos instrumentos útiles como los procedimientos de transacción (más conocidos como settlements) que se emplean con éxito en otras jurisdicciones de nuestro entorno no están previstos en nuestro marco jurídico. Coincidiendo con el décimo aniversario de la Ley de Competencia conviene reflexionar sobre los ajustes y mejoras de esta para que pueda seguir siendo una herramienta eficaz. La transposición de la nueva Directiva ECN+ encaminada a reforzar a las autoridades nacionales de competencia puede ser una oportunidad única para ello.

Palabras clave: *competencia, programa de clemencia, Directiva ECN+, reclamación de daños, acuerdos de transacción, independencia y suficiencia de recursos, priorizacion, prohibición de contratar, inspecciones.*
Clasificación JEL: *K21, L44, Q15.*

1. Introducción

El año 2017 marcó el décimo aniversario de la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC). En estos diez años la LDC ha demostrado ser una ley muy eficaz para el desempeño de las funciones de las autoridades de competencia en España.

En 2007 se inició una auténtica revolución en la defensa de la competencia en nuestro país. Por una parte, se crea un nuevo marco institucional con la creación de un órgano especializado, único e independiente del Gobierno: la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que en 2013 fue absorbida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Por otra parte, la nueva ley dio un impulso fundamental a la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia mediante nuevos instrumentos como el programa de clemencia, que otorga una exención del pago de la multa a las empresas que colaboren con la autoridad en la detección y sanción de un cártel y ha demostrado ser un éxito en España para la detección de cárteles secretos, con más de 100 solicitudes desde su entrada en vigor en 2008. La LDC introdujo también la vinculación de las cuantías máximas de las multas al volumen de negocios de las empresas sancionadas con el fin de hacer las sanciones más disuasorias y por tanto más efectivas.

* Directora de Competencia de la CNMC.
Las opiniones expresadas en este artículo son enteramente personales sin que puedan atribuirse a la institución a la que pertenece la autora.

Muchas de estas herramientas, existentes ya en todos los países europeos de nuestro entorno y de la OCDE, se incorporaron en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, que sustituyó a la que estaba vigente desde 1989, en lo que vino a denominarse «la modernización del sistema español de defensa de la competencia», en alusión al proceso similar que había experimentado el derecho comunitario unos años antes con la aprobación del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los art. 81 y 82 del Tratado (actualmente, arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE).

La LDC aprobada en 2007 cuenta además con un elemento fundamental: la elaboración previa de un Libro Blanco sometido a consulta pública y el apoyo mayoritario de todos los grupos políticos en su proceso de aprobación, éxito nada frecuente que contribuyó a su elevada calidad técnica y a su buena recepción por parte de los expertos. Fue por ello que su aprobación contó con una abrumadora mayoría parlamentaria[1].

Sin embargo, la aplicación práctica durante este período, la evolución y creciente complejidad de algunos mercados y las novedades recientes en otra normativa nacional y comunitaria relacionadas hacen necesaria una reflexión sobre la posible revisión de la LDC. El objetivo es introducir mejoras y novedades que permitan adaptar la LDC a los nuevos tiempos, aclarar aquellas partes del articulado cuya aplicación práctica en estos años así lo aconseje y reforzar la eficacia de la actuación administrativa sin menoscabar con ello la seguridad jurídica.

Por ello, desde 2017, la CNMC ha iniciado un proceso de reflexión para valorar la conveniencia de mejorar y/o modificar parte del articulado de la LDC. No se trata de elaborar una nueva ley sino de hacer un ajuste fino de la existente y aprovechar la ocasión para completar el instrumental de la CNMC, introduciendo algunas herramientas eficaces que poseen otras autoridades de nuestro entorno.

Al tratarse de una reforma del articulado de la LDC de carácter muy técnico, parece razonable que este proceso de reflexión se inicie desde la CNMC y que, en colaboración con la comunidad de expertos en esta materia (autoridades de competencia autonómicas, despachos de abogados especializados y academia, fundamentalmente), se elabore una propuesta de modificación del articulado de la LDC para la consideración del Ministerio de Economía y Empresa, previa consulta pública y abierta en su caso. El objetivo sin duda es que cualquier mejora que se introduzca goce del mismo consenso que tuvo la aprobación de la norma original, para asegurar su necesaria estabilidad en el tiempo y la previsibilidad para todos los agentes que se ven afectados por la aplicación de la misma.

El momento, además, no podía ser más oportuno, pues muy próximamente se adoptará formalmente la nueva propuesta de Directiva encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas de competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (la llamada Directiva ECN+, en alusión al refuerzo de la Red Europea de Autoridades de Competencia, conocida como ECN[2] por sus siglas en inglés). La transposición de esta directiva requerirá una modificación de la LDC para adaptarla a aquellos requisitos mínimos que exige la nueva Directiva en cuatro elementos fundamentales para las autoridades nacionales de competencia (ANC): poderes de investigación, independencia y suficiencia de recursos, coordinación de los programas de clemencia y asistencia mutua entre autoridades.

La reforma de la LDC con ocasión de la transposición de la Directiva ECN+ debería aprovecharse para introducir aquellos otros elementos y ajustes que se

[1] En la página del Congreso se recoge el proceso de tramitación del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en el Parlamento español (Proyecto de Ley nº 121/000100).

[2] European Competition Network.

han ido identificando tras diez años de aplicación práctica de la misma, y que permitirán a la autoridad de competencia española continuar su labor en defensa de los consumidores y de un funcionamiento eficiente de los mercados.

2. Diez años de aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

Desde la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia se han desmantelado más de 76 cárteles (frente a los 10 descubiertos con la ley anterior en un período mucho más extenso, de 1989 a 2007[3]), y en los más variados sectores, desde los fabricantes de gel hasta los sobres de papel, la construcción de carreteras, los absorbentes de incontinencia para adultos o los mercados de hormigón, por citar solo algunos ejemplos. Además, se han vigilado de cerca —y condicionado cuando ha sido necesario— las fusiones empresariales que al reducir el número de participantes en un mercado podían traducirse en una menor competencia efectiva. A la vez, a través de las funciones de promoción de la competencia, cuyo refuerzo fue otra importante contribución de la Ley, se han impugnado normas de los poderes públicos que entorpecían el buen funcionamiento de los mercados, por ejemplo en el ámbito de instalaciones eléctricas, los alojamientos turísticos o las concesiones de transporte. Asimismo, se ha luchado incansablemente contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública, persiguiendo las manipulaciones de licitaciones y fomentando a la vez las buenas prácticas por parte de las Administraciones Públicas que previenen este tipo de conductas y favorecen una contratación eficiente.

La tarea de la autoridad española de competencia se traduce en un beneficio directo para la sociedad a través de menores precios para los ciudadanos, y mayor variedad y calidad de bienes y servicios disponibles, velando por el cumplimiento de las reglas del juego por parte de todos los agentes económicos, especialmente de los que ejercen poder de mercado, de manera que nadie goce de ventajas ilegítimas. Indirectamente, la defensa de la competencia contribuye a impulsar el crecimiento económico y a reducir la desigualdad, porque no hay que olvidar que los más perjudicados por las infracciones contra la competencia —sobre todo los cárteles— son los más desfavorecidos. Bajo supuestos muy prudentes se estima que el ahorro conseguido para los consumidores en 2016 gracias a la actividad de defensa de la competencia superó los 860.000.000 de euros y en 2017 los 843.000.000 de euros[4].

Esta ardua tarea fue primero llevada a cabo por la CNC, creada por la misma Ley en 2007, y desde octubre de 2013 es responsabilidad de la CNMC, creada mediante la fusión de todos los organismos reguladores con la autoridad de competencia en el contexto de una crisis económica devastadora[5].

En estos más de diez años, la LDC ha demostrado ser un instrumento muy eficaz para detectar, sancionar y disuadir comportamientos anticompetitivos. Pero también lo ha sido para prevenir que concentraciones económicas puedan afectar al mantenimiento efectivo de la competencia en los mercados, permitiendo que sea la autoridad de competencia quien decida en última instancia sobre la afectación de estas operaciones a la competencia[6]. En efecto, bajo la ley anterior, las autorizaciones con compromisos o el paso a segunda fase de las operaciones de concentración mediante su remisión al entonces Tribunal de Defensa de la Competencia estaban sujetas a decisión del Ministro de Economía

[3] Ver la evaluación de impacto de la Comisión Europea elaborada con motivo de la propuesta de la Directiva ECN: *Impact Assessment Report.*

[4] Ver *https://blog.cnmc.es/2018/03/14/ahorro-cnmc/ (consultado en noviembre de 2018)*

[5] Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

[6] La LDC separa claramente los criterios de valoración que guiarán la toma de decisiones por parte de la autoridad de competencia, centrados en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de aquellos en que podrá basarse la intervención (casi excepcional) del Gobierno, relacionados con la protección del interés general de la sociedad.

y Hacienda, y el Consejo de Ministros podía desviarse del dictamen emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia tras la fase de investigación en profundidad de la concentración. Por el contrario, la LDC limita la intervención del Gobierno a supuestos excepcionales (autorización de una concentración en segunda fase con condiciones) y por criterios tasados de interés general que no se solapan con el análisis de competencia, que pasa a ser en 2007 competencia exclusiva de la autoridad de competencia. Prueba de la excepcionalidad de la intervención del Gobierno bajo el nuevo marco legal de 2007 es el hecho de que solo en una ocasión el Gobierno, a través del Consejo de Ministros, ha hecho uso de la llamada «tercera fase» en control de concentraciones para desviarse de la propuesta de la autoridad de competencia y sujetar la autorización de una operación a condiciones diferentes a las que esta consideraba apropiadas sobre la base de criterios de regulación sectorial y promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico[7].

Por último, la LDC también ha supuesto un salto cualitativo en las llamadas funciones de *advocacy* o promoción de la competencia, que han contribuido a la sensibilización de empresas, administraciones y ciudadanos y a crear una cultura de competencia sin precedentes en nuestro país.

Pero, al igual que la Comisión Europea con su propuesta de Directiva ECN+ que surge tras la evaluación de la aplicación práctica durante diez años del Reglamento 1/2003, toca ahora el turno de revisión y, en su caso, ajuste de nuestra normativa nacional. Para ello, no cabe mejor manera que la de la reflexión previa con la comunidad de expertos en la materia con el fin de aunar el mismo consenso que obtuvo la Ley diez años atrás.

3. Proceso de reflexión sobre la reforma de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

Diez años constituyen un período lo suficientemente largo como para poder evaluar las mejoras introducidas en el sistema español de defensa de la competencia por el texto legislativo de 2007, y a la vez identificar las carencias de la misma y las dificultades que plantea la redacción actual en la ejecución de algunas de las funciones que tiene encomendadas la CNMC.

Por ello, desde principios de 2017 la CNMC ha impulsado un proceso de reflexión con todos los agentes involucrados en el llamado «mundo antitrust». Concretamente, se han mantenido tres seminarios técnicos con representantes de la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) y de la Red Académica de Derecho de la Competencia (RADC) para tratar cuestiones de muy diversa índole relacionadas con el control de concentraciones[8], el procedimiento sancionador[9] y los acuerdos transaccionales (más conocidos como *settlements*, por su denominación en inglés)[10], con el objetivo de hacer un balance sobre la experiencia de estos diez años de aplicación de la LDC en cada uno de estos campos y las posibles mejoras a considerar. En todos los casos, se han mantenido sesiones estrictamente técnicas sobre la materia en cuestión, siguiendo un guion de cuestiones para facilitar la discusión e intercambiar opiniones en relación a la suficiencia y eficacia de la LDC y los ajustes y potenciales mejoras que cabría valorar en cada caso.

Antes incluso de la puesta en marcha de estos seminarios, la Dirección de Competencia de la CNMC ya organizó en diciembre de 2016 una Jornada de evaluación del programa de clemencia introducido en 2008, en el que participaron un total de diez despachos de

[7] Ver Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de agosto de 2012 sobre la operación C/0432/12 - Antena 3/La Sexta, por el que se modifican las condiciones propuestas por la CNC para autorizar la concentración «al concurrir circunstancias de interés general relacionadas esencialmente con la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial, así como de promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico».

[8] Seminario técnico celebrado en la sede de la CNMC en Madrid, el 22 de mayo de 2017.

[9] Seminario técnico celebrado en la sede de la CNMC en Madrid el 12 de septiembre de 2017.

[10] Seminario técnico celebrado en la sede de la CNMC en Madrid el 19 de diciembre de 2017.

abogados, aquellos más activos en la presentación de solicitudes de clemencia en España.

Igualmente, se han mantenido sesiones informativas con las autoridades autonómicas de competencia[11] que constituyen una parte importante del esquema institucional de la defensa de la competencia en España, investigando y sancionando aquellas conductas cuyos efectos quedan limitados al ámbito geográfico de las respectivas comunidades autónomas, en virtud de lo establecido en la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre Defensa de la Competencia[12].

A ello hay que añadir un número elevado de reuniones y encuentros con expertos de otras autoridades de competencia nacionales y comunitarias para conocer de primera mano su amplia experiencia en algunas de las cuestiones que se plantean, como es el caso de los procedimientos de transacción que vienen funcionando desde hace tiempo en muchas jurisdicciones de nuestro entorno.

Por último, las Jornadas anuales de competencia celebradas en la CNMC, tanto en octubre de 2017 como en noviembre de 2018, han prestado especial atención a las posibles mejoras de la LDC, reuniendo a un elevado número de expertos (incluidos representantes de otras autoridades de competencia europeas) para reflexionar sobre los retos a los que se enfrenta la política de competencia en la actualidad y los instrumentos necesarios para preservar su eficacia.

De las discusiones productivas en todos estos encuentros y seminarios surge el consenso sobre la conveniencia de iniciar un proceso de reforma o ajuste (que no modificación completa) de la LDC. Tras casi dos años de reflexión, evaluación y análisis comparado, ha llegado el momento de plantear aquellas modificaciones que se estiman más urgentes y oportunas, confiando en que el debate técnico que las ha precedido sirva para promover un apoyo mayoritario (si no unánime) a los cambios que sin duda permitirán una aplicación más eficaz de la política de competencia en nuestro país.

4. Propuestas de reforma de la LDC

Nuevos instrumentos: los acuerdos transaccionales (*settlements*)

El procedimiento de transacción o de acuerdos transaccionales (*settlements*) se introdujo a nivel comunitario en el año 2008[13]. En virtud de este procedimiento, la Comisión Europea puede simplificar y acelerar los casos de cárteles sobre la base de que las partes implicadas en una infracción de cártel del art. 101 del TFUE «pueden estar dispuestas a reconocer su participación y responsabilidad en la misma, si pueden anticipar razonablemente los resultados previstos por la Comisión en cuanto a su participación en la infracción y el alcance de las posibles multas, y aceptar este resultado».

Es decir, en el procedimiento transaccional se parte del reconocimiento por las partes que se adhieran a este procedimiento de su participación y responsabilidad en el cártel, renunciando a determinados derechos de defensa (acceso al expediente administrativo y a ser escuchadas en audiencia) y aceptando los elementos básicos de la infracción. En contrapartida por su cooperación, la Comisión les concede un 10 por 100 de reducción de la cuantía de la multa que se les

[11] Sesión de trabajo celebrada en la sede de la CNMC en Madrid el 16 de febrero de 2018.

[12] En la actualidad existen ocho autoridades de competencia que disponen de órgano de instrucción y órgano de resolución y cuatro que disponen únicamente de órgano de instrucción, siendo la CNMC la autoridad competente para resolver los procedimientos instruidos por estas.

[13] Ver el Reglamento (CE) nº 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE, modificado por el Reglamento (CE) nº 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, que establece las normas básicas para su desarrollo, y la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo en casos de cártel, de 2 de julio de 2008 (2008/C 167/01).

habría impuesto mediante el procedimiento ordinario sin *settlements*. Lo anterior implica, además, una reducción de las posibilidades de que las partes que han decidido aceptar la transacción interpongan recursos contra la decisión final que se adopte, pues el reconocimiento de la responsabilidad en la infracción para poder beneficiarse de la reducción en la sanción disminuye las posibilidades de éxito de los recursos contra el fondo de la resolución.

Así pues, en el sistema comunitario, el procedimiento de transacción únicamente está disponible para cárteles, correspondiéndole a la Comisión Europea determinar la conveniencia del uso de este procedimiento en función del caso en cuestión. Lo habitual es que casos con comunitarios con clemencia (es decir, con la concesión de inmunidad a una empresa por su colaboración en la detección e investigación del cártel) conduzcan en muchos casos a la adopción de una decisión con *settlements*, pues las empresas ya saben que la autoridad de competencia cuenta con las pruebas aportadas por el solicitante de clemencia y la información tan valiosa sobre el funcionamiento del cártel proporcionada por este.

Este procedimiento existe igualmente en otras muchas jurisdicciones europeas que tienen, bien formalmente o en la práctica, un procedimiento que permite reducir el importe de la multa, a cambio del reconocimiento de la infracción por las partes y de su participación en la misma[14].

Sin embargo, el marco jurídico español no cuenta en la actualidad con este instrumento que, en nuestro caso, resulta especialmente atractivo por la menor litigiosidad que lleva aparejado. En efecto, dado que nuestro procedimiento sancionador en materia de competencia es ya de por sí muy ágil (con un plazo máximo de 18 meses para investigar y sancionar la práctica anticompetitiva), la principal ventaja de introducir este procedimiento es facilitar la instrucción del procedimiento con el reconocimiento de la infracción y su responsabilidad individual por parte del solicitante de la transacción y, al mismo tiempo, reducir el número de recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas de la autoridad de competencia.

Para introducir los acuerdos de transacción, la reforma de la LDC debería recoger sus aspectos esenciales (como la posibilidad de reducción de la sanción a cambio del reconocimiento de la infracción y en qué casos tasados), mientras que cabría relegar a un desarrollo reglamentario los aspectos procedimentales que, en su momento, podrían ampliarse mediante la adopción de una Comunicación con la práctica seguida hasta ese momento, como ha hecho la Comisión con su procedimiento de *settlements*, y como también se ha hecho en España con el programa de clemencia.

Si bien existe un apoyo unánime en la comunidad antitrust para completar el conjunto de instrumentos de los que dispone la CNMC mediante la introducción de este procedimiento, el diseño concreto del mismo sí está abierto a un mayor debate, debiendo acordarse, entre otros, el alcance del procedimiento: si abarca solo casos de cárteles —como en el procedimiento comunitario— o, por el contrario, si cabe extenderlo para cualquier infracción de los arts. 1 y 2 de la LDC y sus equivalentes del TFUE, como ocurre de hecho en algunos Estados miembros.

El debate está también servido en cuanto a los porcentajes de reducción, la posibilidad de tener casos híbridos (en los que unas partes se suman al procedimiento transaccional y otras continúan con el procedimiento ordinario, de manera que las ventajas del procedimiento se ven seriamente limitadas) y si debe existir la posibilidad de iniciar el procedimiento incluso una vez notificado a las partes un pliego de cargos.

Pero de lo que no cabe duda es de las ventajas que proporciona a ambas partes del procedimiento (autoridad de competencia y sujeto investigado) y de la eficiencia procesal que entraña en términos de acceso al

[14] Al igual que en España, el procedimiento de transacción tampoco existe en Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Finlandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Lituania y Suecia en la actualidad. En el caso de Estonia, sí existe un proceso de transacción en el ámbito penal, pero no en el administrativo.

expediente, contenido sucinto de la decisión y posterior revisión de esta ante los tribunales.

Por último, existe un elemento de especial relevancia que justifica también la conveniencia de adoptar el procedimiento de *settlements* en España: el impacto de cara a las reclamaciones de daños de las decisiones con *settlements*. Y esto se debe a que, dado el reconocimiento de la infracción por las partes y la agilidad propia de este procedimiento, la decisión final adoptada por las autoridades de competencia en los procedimientos transaccionales suele ser mucho más sucinta que en el procedimiento ordinario, limitando las pruebas contenidas en la resolución administrativa de cara a su utilización en la reclamación de daños ante los tribunales de justicia.

La llamada aplicación privada del derecho de la competencia para el resarcimiento de daños a las víctimas de una infracción de competencia está experimentando un desarrollo sin precedentes ante los tribunales civiles en España[15], lo que hace más necesario que nunca preservar los incentivos de los llamados solicitantes de clemencia en el marco de la aplicación pública. El programa de clemencia, como ya se ha señalado, ha demostrado ser una herramienta muy eficaz en nuestro país para la detección y sanción de cárteles, recordemos, la práctica anticompetitiva más dañina para los mercados y los consumidores. El hecho de que el solicitante de clemencia quede eximido del pago de la multa en el procedimiento administrativo como contraprestación por su colaboración con la autoridad de competencia ha dejado de ser el único elemento a tener en cuenta por las empresas en su evaluación previa a la presentación de una solicitud de exención. En efecto, la dispensa de la multa administrativa ha quedado relegada a un segundo plano desde el momento en que las empresas infractoras de las normas de competencia (incluidos los solicitantes de clemencia) pueden enfrentarse a reclamaciones millonarias por los daños y perjuicios causados. La Directiva de Daños de 2014, transpuesta al ordenamiento español en 2017 mediante el Real Decreto Ley 9/2017, prevé una serie de mecanismos para proteger el programa de clemencia, como la limitación de la responsabilidad solidaria en el pago de los daños por parte del solicitante o el acceso limitado a la declaración de clemencia en la que se reconoce la responsabilidad en la infracción. Sin embargo, los importes reclamados y las primeras sentencias confirmatorias de los juzgados mercantiles han puesto el acento en la necesidad de reforzar en la medida de lo posible los incentivos para evitar un impacto negativo sobre el programa de clemencia.

Es en este contexto en el que el procedimiento de transacciones puede contribuir a recuperar el equilibrio entre una aplicación pública eficaz y activa, en la que un programa de clemencia exitoso juega un papel crucial, y una aplicación privada que sirve al doble objetivo de resarcir de daños a las víctimas a la vez que disuadir comportamientos anticompetitivos futuros por los riesgos que entraña. Las decisiones adoptadas en expedientes con solicitantes de clemencia que se tramiten bajo el procedimiento de transacciones, dado el carácter sucinto de este y el menor detalle de las evidencias de infracción que contiene la decisión con *settlements*, permitirán limitar la incidencia de las reclamaciones de daños contra los solicitantes de clemencia, preservando los incentivos del programa.

Modificaciones derivadas de la Directiva ECN+[16]

La Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros trabajan

[15] Muy posiblemente por la transposición en España mediante el RDL 9/2017 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

[16] Para mayor detalle sobre el contenido y proceso de elaboración y negociación de la propuesta de Directiva ECN+, ver Revista ICE, nº 903, julio-agosto 2018: *El Futuro de la Unión Europea*, concretamente el artículo «Novedades en la aplicación de la política de competencia de la Unión Europea en 2018».

en estrecha colaboración para aplicar la normativa de defensa de la competencia de la UE en el marco de la Red Europea de Autoridades de Competencia (*European Competition Network,* ECN). La ECN apoya la aplicación coherente de la legislación de competencia comunitaria por parte de todas las autoridades nacionales.

En 2014 la Comisión Europea realizó una evaluación de los diez años de aplicación práctica en los Estados miembros del Reglamento 1/2003, que en su momento supuso una revolución en materia de aplicación paralela de las normas de competencia por parte de la Comisión Europea y los Estados miembros. Esta valoración se tradujo en la Comunicación de la Comisión «Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) 1/2003: logros y perspectivas de futuro [COM (2014) 453]».

Desde 2004, la Comisión y las ANC han adoptado más de 1.000 decisiones en aplicación de la normativa europea de competencia (arts. 101 y 102 del TFUE), pero lo que se ponía especialmente de manifiesto en la evaluación de los diez años de aplicación entre 2004 y 2014 fue que más del 85 por 100 de estas decisiones fueron tomadas por las autoridades nacionales[17]. Por tanto, resulta esencial que estas tengan todos los poderes que necesitan para aplicar de manera efectiva y coherente las normas europeas de competencia.

En la Comunicación de 2014 ya se anticipaba que existía margen de maniobra para mejorar la eficacia de las ANC. Se apuntaba, entre otras mejoras, al refuerzo de la independencia y la suficiencia de recursos de estas, a la necesidad de contar con un conjunto eficaz de herramientas y a la posibilidad de imponer sanciones disuasorias y de tener programas de clemencia efectivos.

Después de una consulta pública entre noviembre de 2015 y febrero de 2016, y los necesarios trabajos de evaluación de impacto, el 22 de marzo de 2017 la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva, conocida de forma abreviada como ECN+, en alusión al claro objetivo de refuerzo de la Red Europea de Competencia. La Directiva va encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. La propuesta de Directiva prevé una armonización mínima de aquellos elementos que estima esenciales —respetando el principio de subsidiariedad— para tratar de asegurar que las ANC tengan las herramientas adecuadas para que se produzca una aplicación común de las normas de competencia a nivel europeo. En concreto, se trata de asegurar que el lugar donde tenga la sede una empresa no importe a la hora de aplicar las normas de competencia europeas recogidas en los arts. 101 y 102 del TFUE sobre acuerdos anticompetitivos y abusos de posición de dominio, respectivamente.

Desde el momento de la aprobación formal de la propuesta de Directiva ECN+ (prevista para finales de este año 2018), los Estados miembros tendrán un plazo máximo de dos años para transponer la Directiva. En el caso de España, no debería ser especialmente complicado cumplir con este límite dado que nuestro marco jurídico ya incorpora muchos de los elementos sujetos a armonización en esta Directiva.

Ahora bien, la propuesta de Directiva sí implica la necesidad de hacer algunos ajustes en la LDC con el fin de incorporar algunos aspectos cuya armonización se exige y que no constan formalmente en nuestro marco jurídico de defensa de la competencia.

Entre esos elementos, cabe destacar principalmente la potestad de las autoridades nacionales para priorizar los casos a investigar. El art. 4 de la propuesta de Directiva exige a los Estados miembros que garanticen que sus autoridades de competencia tendrán la facultad de establecer sus prioridades y por tanto la capacidad de desestimar aquellas denuncias cuya investigación no consideren prioritaria. Esas desestimaciones

[17] De hecho, España se encuentra entre las autoridades que más decisiones de aplicación de los arts. 101 y/o 102 del TFUE ha adoptado en dicho período, con un total de 101 decisiones, ligeramente por detrás de Francia (119), Alemania (113) e Italia (112).

podrán ser recurribles pero la revisión de las mismas deberá tener en cuenta las prioridades marcadas por la autoridad, sin que pueda exigirse a esta un análisis detallado de todas las denuncias recibidas, como ocurre en la actualidad en el caso de España y de otras autoridades europeas como la Autorité de la Concurrence en Francia. Tratándose en ambos casos de autoridades de competencia muy activas, con un elevado número de decisiones sancionadoras al año, pero a la vez con recursos limitados, la flexibilidad que otorga la propuesta de Directiva se antoja necesaria para permitir un uso eficiente de los recursos disponibles que se destinarán a aquellas investigaciones que la autoridad estime más necesarias en cada momento. Ahora bien, esto no significa que los Gobiernos no puedan marcar a sus autoridades de competencia unas líneas generales de política de competencia, pero siempre y cuando no interfieran con investigaciones sectoriales concretas o con procedimientos específicos de aplicación de los arts.101 y/o 102 del TFUE.

En este mismo artículo de la propuesta de Directiva dedicado a reforzar la independencia de las autoridades de competencia, conviene destacar también la necesidad de definir en el derecho nacional el sistema de nombramiento y destitución de los miembros de los órganos de decisión, pero también de los conflictos de interés e incompatibilidades que abarcan a todo el personal de la autoridad y no solo a los miembros de los órganos de decisión. Si bien en el caso español se dispone de un código de conducta aprobado por el Consejo de la CNMC con reglas estrictas para todo el personal de la institución[18] y existen igualmente una serie de obligaciones bajo el Estatuto Básico del Empleado Público, será necesario revisar estas cuestiones en el proceso de transposición para asegurar el cumplimiento de las exigencias mínimas previstas en la propuesta de Directiva en esta materia.

Otro aspecto al que la Directiva dedica especial atención es a la suficiencia de recursos para asegurar la autonomía de las ANC. Esta exigencia de recursos mínimos para poder llevar a cabo con eficacia la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE y sus equivalentes en derecho nacional abarca tanto los recursos humanos como financieros, técnicos y tecnológicos, aludiéndose incluso a la obligación de asegurar que las ANC dispongan de herramientas informáticas adecuadas.

La suficiencia de recursos se ha extendido durante las negociaciones con el Parlamento Europeo y el Consejo a las labores propias de la promoción de la competencia (y no solo a la instrucción y resolución de procedimientos sancionadores), en la medida en que dichas labores de *advocacy* contribuyan a asesorar a las Administraciones Públicas sobre medidas legislativas y promover la sensibilización respecto de los arts. 101 y 102 del TFUE.

Pero sin duda el aspecto más relevante del art. 5 para las autoridades españolas de defensa de la competencia es la obligación de asegurar la independencia en el gasto del presupuesto asignado, pudiendo la CNMC decidir independientemente sobre el empleo de las dotaciones presupuestarias. Este es un aspecto crucial pues, si bien en la actualidad la CNMC goza de aparente libertad en la ejecución de su presupuesto, todo lo relativo a la política de recursos humanos (como la creación de nuevas plazas o la modificación de la relación de puestos de trabajo) está sujeta a la autorización de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (CECIR), dependiente del Ministerio de Hacienda. Esta sujeción limita considerablemente la autonomía de la CNMC en su política de recursos humanos en un contexto ya de por sí complicado por la coexistencia de personal laboral y personal funcionario dentro de la misma institución, tras la fusión de los reguladores con la autoridad de competencia en 2013 para la creación de la actual CNMC. Una mayor flexibilidad que permita adecuar la creación, amortización y reordenación de plazas

[18] Ver Acuerdo de 18 de marzo de 2015, del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de Los Mercados y la Competencia, por el que se aprueba el código de conducta del personal de la CNMC (BOE de 19 de noviembre de 2015).

dentro de la Comisión, de acuerdo con las necesidades de los servicios que esta presta, claramente redundaría en una mayor independencia y autonomía de la CNMC, acorde con el espíritu de la nueva Directiva.

No debe confundirse, sin embargo, esta mayor autonomía en la gestión presupuestaria con una ausencia de rendición de cuentas. Todo lo contrario, pues en la propuesta final de la Directiva se han reforzado considerablemente las exigencias de información periódica de la actividad de las ANC a los órganos gubernamentales o parlamentarios, incluyendo la publicación del informe periódico de actividades, lo que, sin embargo, ya está previsto en el ordenamiento español[19].

Otras cuestiones recogidas en la propuesta de Directiva que podrían conllevar una adaptación de la LDC son los límites máximos de las multas que deben ser al menos del 10 por 100 del volumen de negocios mundial total de la empresa infractora del art. 101 y 102 del TFUE (art. 15 de la propuesta) o la interrupción de los plazos de prescripción de las conductas por la actuación de otras autoridades de competencia o durante la revisión jurisdiccional (art. 29 de la propuesta). Esta última modificación evitará situaciones desafortunadas vividas en el pasado de conductas anticompetitivas que no han podido sancionarse por haberse cumplido los plazos de prescripción en España mientras otra autoridad (la Comisión Europea, en este caso) evaluaba si quedarse con el caso o cedérselo a la autoridad nacional, o bien en el caso de sentencias de los tribunales que han fallado en contra de una resolución de la autoridad de competencia por un defecto de procedimiento, que no de fondo, y que sin embargo no han podido volver a instruirse por haberse cumplido el plazo de prescripción durante la revisión jurisdiccional.

Mayor atención merece el nuevo art. 23 sobre la interacción entre las solicitudes de clemencia y las sanciones impuestas a las personas físicas. Este artículo surge ante la necesidad, una vez más, de preservar los incentivos al programa de clemencia en aquellas jurisdicciones en las que la confluencia de los ilícitos de competencia con posibles tipos penales de contenido similar (especialmente en los sistemas criminales) limita la protección que los programas de clemencia corporativos puedan otorgar individualmente a sus empleados y directivos. Así, la propuesta de Directiva intenta mantener los incentivos a la clemencia mediante una mayor coordinación y eficacia de estos programas a nivel comunitario, exigiendo que los Estados miembros elijan entre la protección total del solicitante de clemencia en el ámbito penal o al menos la posibilidad de atenuar las sanciones penales a los solicitantes de exención, teniendo en cuenta su responsabilidad personal o su contribución a la infracción.

En España, esta situación podría darse en los casos de manipulación de licitaciones (*bid rigging*) a los que puede resultar de aplicación, además del art. 1 de la LDC y 101 del TFUE, el tipo penal de alteración de precios[20]. La transposición que se haga a nuestro ordenamiento de este artículo de la Directiva ECN+ deberá tener en cuenta los beneficios que ha supuesto el programa de clemencia para una aplicación pública eficaz de las normas de competencia en nuestro país, lo que hace necesario preservar los incentivos de los potenciales solicitantes mediante medidas como las que promueve la Directiva para asegurar una adecuada protección de estos.

Otros cambios en la LDC acordes al espíritu de la propuesta de Directiva ECN+

Además de los cambios de la LDC que vienen impuestos por la literalidad de las exigencias de la propuesta de Directiva ECN+ que, como se ha señalado

[19] De acuerdo con el art. 39 de la Ley 3/2013, el presidente de la CNMC comparece anualmente ante la Comisión de Economía del Congreso para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro, y en aplicación del art. 37.1.d de la citada Ley también se enviará a la Comisión de Economía del Congreso la memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la CNMC, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados.

[20] Art. 262 del Código Penal.

anteriormente, es una Directiva «de mínimos», el considerando 10 de la propuesta prevé que «los Estados miembros podrán conferir a las ANC facultades adicionales que superen el conjunto básico mínimo previsto en la presente Directiva a fin de aumentar su eficacia».

Algunos cambios adicionales en la LDC podrían resultar especialmente oportunos a la vista del contenido de la propuesta de Directiva que, sin ser requeridos *stricto sensu* por la misma, persiguen también reforzar la eficacia de la aplicación de las normas de competencia por parte de la autoridad española.

Además del procedimiento de transacciones detallado anteriormente, conviene referirse a tres cuestiones adicionales: las prohibiciones de contratar, extensión del ámbito de clemencia y la centralización de las solicitudes de autorización judicial para llevar a cabo inspecciones domiciliarias.

En lo que respecta a la prohibición de contratar, conviene valorar si se debe introducir expresamente entre las posibles sanciones de la LDC esta figura que ya recoge la nueva Ley de Contratos del Sector Público y que está alineada con el objetivo de disuasión de las multas al que se refiere la propuesta de Directiva, en particular en su considerando 47.

Las prohibiciones para contratar con el sector público están actualmente reguladas en los arts. 71 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Entre las infracciones administrativas que pueden generar una prohibición de contratar, el art. 71.1.b de la LCSP incluye el «haber sido sancionado con carácter firme por una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia». Esta prohibición por «falseamiento de la libre competencia» fue introducida en el art. 60.1.b del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy art. 71.1.b de la LCSP) por la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cuya entrada en vigor se produjo el 22 de octubre de 2015. Por tanto, la nueva prohibición de contratar por «falseamiento de la libre competencia» resulta únicamente aplicable respecto de hechos, constitutivos de infracción, que hayan tenido lugar a partir del 22 de octubre de 2015.

Por su parte, el nuevo art. 72 de la LCSP, como hacía la normativa anterior, distingue los supuestos de apreciación automática de la prohibición de contratar por el órgano de contratación de los que exigen que el alcance o duración de la prohibición se determine mediante procedimiento instruido al efecto, como ocurre de hecho en las prohibiciones vinculadas al falseamiento de la competencia.

Por su parte, el art. 53 de la LDC recoge el contenido de las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que podrán declarar la existencia de una conducta prohibida, una orden de cesación de la misma, imponer una multa, así como obligaciones estructurales y de comportamiento.

Teniendo en cuenta el nuevo art. 71 de la LCSP, parece razonable revisar la redacción del art. 53 de la LDC, con el fin de dotar de seguridad jurídica la actuación de la CNMC en esta materia.

Por otra parte, el art. 72.5 de la LCSP se refiere a la exclusión del solicitante de clemencia de las prohibiciones para contratar que pudieran imponerse por falseamiento de la competencia. Si bien esta previsión legal disipa cualquier duda sobre la protección del solicitante del programa de clemencia, la revisión de la LDC podría resultar clarificadora (que no necesaria) en este sentido.

En segundo lugar, la propuesta de Directiva alude a la existencia de programas de clemencia en algunas jurisdicciones que cubren no solamente las infracciones de cárteles sino también de otros acuerdos, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas contrarias al art. 101 del TFUE. En España, al igual que a nivel comunitario, el programa de clemencia queda limitado al caso de los cárteles. Si bien el programa ha funcionado con éxito en estos años, durante la sesión de trabajo para evaluar su funcionamiento se planteó

como uno de los desincentivos del programa el insuficiente convencimiento en muchos casos de que la conducta pueda subsumirse dentro de la definición de cártel. Es decir, se han dado casos en los que una empresa, consciente de que estaba participando en una actividad con sus competidores anticompetitiva y, por tanto, ilegal, y estando dispuesta a colaborar con la CNMC en su detección e investigación poniendo fin a la misma, no ha podido hacerlo por tratarse de conductas que no encajan en la definición de cártel prevista en la LDC, si bien serían igualmente contrarias al art. 1 de la misma, que prohíbe los acuerdos anticompetitivos. Por tanto, parece razonable pensar que una aplicación más amplia del programa de clemencia que abarcara todos los supuestos de acuerdos horizontales y prácticas concertadas podría incrementar el número de casos susceptibles de acogerse a la clemencia y, por tanto, contribuir a una aplicación más eficaz de las normas de competencia en nuestro país.

Finalmente, cabe valorar la oportunidad de modificación de la legislación vigente para atribuir a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo la competencia para autorizar las entradas en domicilios por parte de los agentes de la CNMC. Actualmente, esta competencia la ejercen los Juzgados (provinciales) de lo Contencioso Administrativo del lugar en el que se pretende realizar la inspección.

Teniendo en cuenta que las inspecciones son un elemento fundamental para la detección de pruebas que permiten confirmar los indicios del ilícito perseguido, resulta crucial que estas puedan llevarse a cabo con todos los poderes que tiene encomendados la autoridad de competencia, y con la agilidad necesaria en su preparación que requiere la diligencia propia de un procedimiento sancionador. Para ello, de acuerdo con el art. 27.4 de la Ley 3/2013, la CNMC puede solicitar a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo un auto judicial de entrada de carácter preventivo en caso de que la empresa a inspeccionar no dé su consentimiento a la entrada. En la mayoría de las ocasiones, las inspecciones llevadas a cabo por la CNMC en el marco de una investigación se producen de manera simultánea en las sedes de varias empresas sospechosas de participar en el mismo ilícito, con independencia de la provincia en la que se hallen sus respectivas sedes.

Es en este contexto y teniendo en cuenta que la CNMC ejerce sus competencias en todo el territorio nacional, resulta oportuno que sea un órgano judicial con el mismo ámbito de competencia territorial el que autorice estas actuaciones de investigación, como es el caso de los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, permitiendo el recurso de apelación ante la Audiencia Nacional.

Esta reforma únicamente debería afectar a las solicitudes de entrada y registro formuladas por la CNMC, dejando intacta la regulación actual en favor de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo respecto de las autorizaciones de entrada domiciliaria que soliciten las autoridades de competencia de las comunidades autónomas, dado el carácter necesariamente más local de las inspecciones que lleven a cabo las autoridades autonómicas, cuyas competencias se limitan a las conductas anticompetitivas con efectos únicamente dentro de su Comunidad Autónoma, todo ello de conformidad con la Ley 1/2002.

Además, esta modificación es especialmente relevante si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el art. 7 de la propuesta de Directiva, el ejercicio de la facultad de inspección debe estar supeditado a la autorización previa de una autoridad judicial nacional, quedando relegado a un supuesto «excepcional» la entrada autorizada exclusivamente con el consentimiento de la empresa inspeccionada.

Finalmente, los diferentes seminarios han puesto de manifiesto la conveniencia de analizar otros «ajustes finos» de la LDC como los relativos a la ampliación excepcional del plazo de instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores, previsto en el art. 37.4 de la LDC, de 18 a 24 meses en casos tasados, cuya complejidad requiera un plazo mayor para su análisis y para asegurar el pleno respeto de los derechos

fundamentales de las empresas, especialmente en lo que se refiere al derecho de audiencia. Por otra parte, en el contexto del deseo de la propuesta de Directiva de alcanzar sanciones verdaderamente disuasorias (arts. 13-16 y considerandos 40-49), sería conveniente aclarar en mayor medida y por ley el sistema de fijación de multas recogido actualmente en los arts. 62 a 64 de la LDC para proporcionar seguridad jurídica y evitar litigiosidad, a la vista de la controversia que el sistema de fijación de multas ha propiciado en los tribunales españoles en los últimos años. En el mismo ámbito de las sanciones, sería interesante evaluar la oportunidad de prever por ley las implicaciones de los programas de cumplimiento normativo (*compliance*) para la fijación de multas: posibilidad de reconocimiento como atenuante o rebaja de sanción.

TRIBUNA DE ECONOMÍA

Todos los artículos publicados en esta sección son sometidos
a un proceso de evaluación externa anónima

Julián González Pascual*
Ana Katarina Pessoa de Oliveira**

ANÁLISIS DE SOLVENCIA EN EMPRESAS NO FINANCIERAS: MODELO ESTÁTICO VERSUS MODELO DINÁMICO

El objetivo de este trabajo es establecer empíricamente una priorización razonada de los modelos estático y dinámico de evaluación de solvencia a la hora de realizar el diagnóstico financiero empresarial, en base a la bondad y grado de aciertos experimentados. Se utilizaron empresas concursadas como empresas objetivamente insolventes, en donde pudimos constatar el modelo más preciso en detección de insolvencias, resultando ser, además, el más completo, puesto que nos permitía reconocer claramente los tres momentos clave en el proceso de generación de solvencia, que se identifican con las posibles causas de dificultad financiera.

Palabras clave: *análisis de solvencia, modelo estático, modelo dinámico, empresas no financieras, insolvencia.*
Clasificación JEL*: *G4, M41.

1. Introducción

Nuestra investigación se enmarca en el ámbito del diagnóstico financiero de las empresas porque entendemos que se trata de un elemento clave para complementar una correcta y adecuada gestión empresarial que abarque tanto el análisis de la situación como la predicción, máxime en épocas de crisis, lo que hace que el tema de la investigación sea especialmente oportuno en estos momentos. Por lo que, cualquier avance en la investigación, que nos permita mejorar en la adecuada evaluación financiera, contribuirá indudablemente a fortalecer las empresas y optimizar sus expectativas.

Algunos estudios, como los de Bernstein (1993), Rivero y Rivero (2002), Rojo (2000) y Archel *et al.* (2012), entre otros, demuestran que la preocupación por la solidez de las empresas es, desde hace décadas, un elemento constante en el mundo empresarial. La crisis financiera mundial, el entorno económico de incertidumbre y las dificultades a las que se han enfrentado numerosas empresas han renovado, aún más, el interés de los diversos entes de la sociedad sobre la situación real de las entidades.

* Profesor Titular de Contabilidad y Finanzas de la Universidad de Zaragoza.
** Profesora Asociada de Contabilidad y Finanzas de la Universidad de Zaragoza.
Versión de 10 de marzo de 2018.

En el caso de España, la crisis económica y financiera sufrida a lo largo de los últimos diez años ha sido profunda en general y especialmente virulenta en el caso particular de algunos sectores como el de la construcción y promoción inmobiliaria. Esta crisis ha sido caldo de cultivo de numerosos fracasos empresariales, con origen en reducciones de actividad, descensos de rendimientos y, de forma notoria, por la falta de liquidez en la que se han visto inmersas muchas empresas, incluso en situaciones de rendimientos adecuados. En estos casos, se hace imprescindible el correcto diagnóstico financiero de la empresa como paso previo para establecer las medidas de corrección y saneamiento que cada caso requiere.

A lo largo del tiempo fueron utilizados diferentes criterios, con más o menos acierto, para analizar la solvencia de las empresas. En la mayor parte de los casos, los análisis se basaban en información de fondos, habiendo sido su principal fuente de información el balance, como verdadero exponente de fondos y situación. A este tipo de análisis lo denominamos análisis de solvencia a través del modelo estático, que fue empleado en varios estudios como los de Smith y Winakor (1935), Beaver (1966), Altman (1968), Deakin (1972), Edmister (1972), Kanitz (1978), Libby (1975), Ohlson (1980), Taffler (1982), Dietrich y Kaplan (1982), Rose y Giroux (1984), Altman (1983), Zavgren (1985), Jones (1987), Laffarga (1993), García-Ayuso (1994), Lizarraga (1998), Laffarga y Mora (2002), Bernstein (1993), Fitzpatrick (1931, 1932), Merwin (1942), Markowitz (1952), Modigliani y Miller (1958), Wu *et al.* (2010), Gabás (1990), Lizarraga (1996, 1997), Gallego *et al.* (1997), Somoza (2000), Fernández (1986), Henríquez (2000) y Aranda (2013), entre otros.

Por otro lado, en el diagnóstico financiero también han sido utilizados los estudios basados en flujos financieros y económicos para tener en cuenta otra información diferente y complementaria de la anterior. A este tipo de análisis lo denominamos análisis de solvencia a través del modelo dinámico. Algunos autores como Fleury *et al.* (2003), Theiss Júnior y Wilhelm (2000), Alves y Aranha (2007), Bahury (2008), Braga *et al.* (2004), Nascimento *et al.* (2012), Paixão *et al.* (2008), Palombo y Palombo (2008), Perucello *et al.* (2009), Rojas (2010), Starke Jr. *et al.* (2008), Rojo (2000), Braga *et al.* (2012), Gómez (2014), Maseda (1994), Maseda e Iturralde (2001), Medina y González (2005), Ruiz (2010) y Gryglewicz (2011), entre otros, adoptaron en sus estudios el modelo dinámico para analizar la solvencia de las empresas.

Podemos decir que el modelo estático responde a una metodología más tradicional, basado principalmente en el análisis de la situación patrimonial mediante ratios de estructura calculadas fundamentalmente a través del balance; mientras que el modelo dinámico es propio de investigaciones más recientes, basándose en la información que proporcionan los flujos de la empresa.

Debemos destacar que la información de fondos se limita a proporcionar una imagen de la situación puntual de la empresa, necesaria para valorar la realidad actual de la misma; esta circunstancia confiere una limitación a los trabajos realizados básicamente con este tipo de datos, puesto que presenta un sesgo importante de cara a conocer las circunstancias bajo las que se realizan las operaciones en la empresa y que, en cualquier caso, son necesarias para conocer y hacer una evaluación correcta de los negocios. Por el contrario, la información de flujos proporciona datos de las circunstancias y acontecimientos del devenir periódico de la empresa, resultando más rica que la estática como medio para el diagnóstico económico y financiero de los negocios.

Por otro lado, debemos señalar que ambos modelos pueden ser utilizados para el diagnóstico financiero de la empresa pero con resultados que en algunos casos pueden ser contradictorios. Así, podemos encontrar empresas con una valoración negativa como resultado del análisis de sus ratios estáticas, incluso con un fondo de maniobra bastante negativo, y que sin embargo tienen su continuidad garantizada en situaciones de estabilidad financiera y solvencia como, por ejemplo, numerosas

empresas del sector eléctrico, o al contrario, empresas con problemas de insolvencia real y manifiesta y cuyo diagnóstico financiero a través del estudio de ratios y fondo de maniobra es completamente positivo. Esta circunstancia es especialmente importante de cara a elegir y evaluar en su justa medida la utilización de la técnica de diagnóstico adecuada. Una contradicción sospechosa que ha inspirado nuestro interés por intentar aclarar este escenario confuso, inseguro y poco reconfortante para los estudiosos de las finanzas empresariales.

El análisis de la vertiente financiera ha sido uno de los aspectos del análisis de empresa más interesantes a desarrollar, desde nuestro punto de vista, y donde hemos dirigido nuestra mirada investigadora, pensando fundamentalmente en la utilidad que pueden aportar sus resultados, como soluciones eficaces a los problemas generales de las empresas y, más específicamente, a los desequilibrios financieros que podrían impedir el normal funcionamiento de las mismas.

Este fue el principal motivo que nos movió hace varios años a desarrollar una línea de investigación principal sobre metodología en el diagnóstico de la insolvencia, de cuyo eje central dimana este trabajo, como parte de los objetivos perseguidos. Somos conscientes de que el análisis financiero empresarial realizado con rigor y continuidad es útil no solo para identificar imperfecciones en la gestión financiera de las empresas, sino que también es la forma más rápida de reaccionar ante una situación indeseada de insolvencia.

En este sentido, y después de haber practicado y aplicado las técnicas que engloban cada uno de los dos modelos de análisis, estático y dinámico, y haber sufrido las contrariedades de sus resultados que, en ocasiones, nos han deparado, nos hemos interesado por averiguar objetivamente, y este va ser el objetivo principal de la investigación que subyace en el presente trabajo, cuál de los modelos globales utilizados en la evaluación de la solvencia de las empresas es más preciso en su determinación, pudiendo eliminar, de esta forma, las situaciones controvertidas y de poca seguridad que podrían plantearse al aplicar en el diagnóstico financiero combinación de técnicas e instrumentos sin discriminación alguna y ayudarnos, por otro lado, en el diagnóstico correcto cuando existen contradicciones en los resultados arrojados por ambos modelos. De forma adicional hemos pretendido también establecer y analizar la relación causal entre las variables financieras y el efecto que sobre las insolvencias tienen cada una de ellas, dentro de un ámbito experimental.

2. Metodología

Para conseguir los objetivos marcados realizamos un análisis sobre la base de una muestra de datos elaborados con absoluta certeza sobre la cualificación financiera de las empresas, que estuviese lejos de cualquier duda o sospecha en su configuración. En julio de 2014 constaban en nuestra base de datos un total de 6.792 empresas en concurso de acreedores. Decidimos, pues, constituir una muestra de sociedades anónimas en concurso, como universo de estudio de las empresas insolventes ciertas, formada por las 134 primeras cuyo volumen de actividad se situara entre 21.000 y 214.000 euros; de entre ellas tuvimos que prescindir de 32 porque no atendían a algunos de los requisitos de nuestra selección, como por ejemplo la ausencia de información de flujos de tesorería, siendo este un elemento clave en nuestra investigación, quedando la muestra reducida a 102 empresas, la cual corresponde al 76,12 por 100 del universo pretendido.

Nuestra fuente de información fue la base de datos del Sistema de Análisis de Balances Ibéricos (SABI) y el período analizado fue a partir del año 2009, tomando la información financiera del balance de situación y del estado de flujos de efectivo del año anterior a la fecha de la declaración en concurso de acreedores.

En el análisis empírico llevado a cabo, utilizamos como aporte de cálculos el SPSS 20 (*Statistical Package for Social Sciences*), que nos ayudó a encontrar las correlaciones existentes, o no, entre las distintas variables, así como los grados de acuerdo entre las ratios financieras del modelo estático y del modelo dinámico.

CUADRO 1

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS, SEGÚN RATIOS FINANCIERAS ESTÁTICAS

	R1	R2	R3
Media	1,45720	15,77620	14,06210
Mediana	1,05500	3,67500	0,61500
Desviación típica	1,87225	80,57261	141,99499
Mínimo	0,01000	-134,08000	0,00000
Máximo	12,85000	718,31000	1.620,00000

FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 2

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS, SEGÚN RATIOS FINANCIERAS DINÁMICAS

	S1	S2	S3
Media	-19.127,11010	0,57690	1,01090
Mediana	-2.676,00000	-0,19000	1,00000
Desviación típica	90.849,03126	43,66166	2,50652
Mínimo	-940.761,00000	-374,89000	-8,25000
Máximo	5.789,00000	171,06000	20,27000

FUENTE: Elaboración propia.

Las hipótesis que queríamos poner a prueba eran:

H_0: No existe correlación entre las variables estudiadas para analizar la solvencia/insolvencia.

H_1: Existe correlación entre las variables estudiadas para analizar la solvencia/insolvencia.

El nivel de significancia que utilizamos fue del 5 por 100 y un intervalo de confianza del 95 por 100.

En los Cuadros 1 y 2 detallamos el análisis descriptivo de las variables llevado a cabo para las empresas concursadas, según las ratios financieras.

Dicho esto, el desarrollo del análisis se dio a través de tres etapas sucesivas:

Etapa 1. En una fase previa nos propusimos delimitar los parámetros financieros y sus criterios de cuantificación, que más tarde conformarían las bases de análisis del modelo estático y del modelo dinámico.

Etapa 2. Una vez seleccionada la muestra y diseñados los parámetros financieros y sus criterios de cuantificación, tanto del modelo estático como del modelo dinámico, procedimos en esta segunda etapa a aplicar en este grupo de empresas «objetivamente insolventes» las tres ratios estáticas R1, R2 y R3 y las ratios que conforman el modelo dinámico de análisis de

CUADRO 3

RATIOS FINANCIERAS SIGNIFICATIVAS DEL MODELO ESTÁTICO

Ratio	Definición	Cálculo	Expresión	Criterio cuantificación de solvencia
R1	Ratio de solvencia a corto plazo	Razón entre el activo corriente (AC) y pasivo corriente (PC)	AC/PC	R1 > 1
R2	Ratio de endeudamiento (L)	Razón entre las deudas totales (DT) y el patrimonio neto (PN)	DT/PN	0 < R2 < 1
R3	Ratio del endeudamiento del inmovilizado	Razón entre las deudas de largo plazo (DLP) y el inmovilizado (Inmov.)	DLP/ I	0 < R3 < 0,5

FUENTE: PESSOA (2016).

solvencia a través del proceso de generación de flujos de efectivo, S1, S2 y S3. La finalidad de este procedimiento respondía a nuestro objetivo principal, que consistía en determinar cuál de los modelos resultaba más preciso a la hora de identificar situaciones de insolvencia.

Etapa 3. Una vez delimitado el modelo que resultó ser el más preciso en la identificación financiera de las empresas, nos propusimos establecer de qué forma cada una de las variables que integran el modelo seleccionado contribuyen individualmente a determinar su situación financiera.

3. Análisis empírico

Etapa 1

Como fase previa de esta etapa definimos los parámetros del modelo estático. Para ello analizamos una amplia bibliografía (de revistas y libros tanto nacionales como extranjeros) sobre análisis de solvencia, extrayendo de toda ella 368 ratios diferentes y comprobamos que muchas de estas ratios pueden considerarse repetitivas porque inciden en la relación de los mismos parámetros.

Al igual que muchos otros estudiosos que nos precedieron, utilizamos como criterio de selección de las ratios financieras estáticas la frecuencia con la que estas aparecen en la literatura. Así pues, verificamos que 7 de las 368 ratios identificadas eran las más frecuentes y significativas, siendo el resto de uso un tanto particular. Entre estas siete seleccionamos tres, visto que las demás, o bien carecían de información completa para su aplicación y/o alcanzaban unos resultados de valoración similares a otras ratios del conjunto, o bien resultaban repetitivas y no aportaban información adicional útil para este estudio.

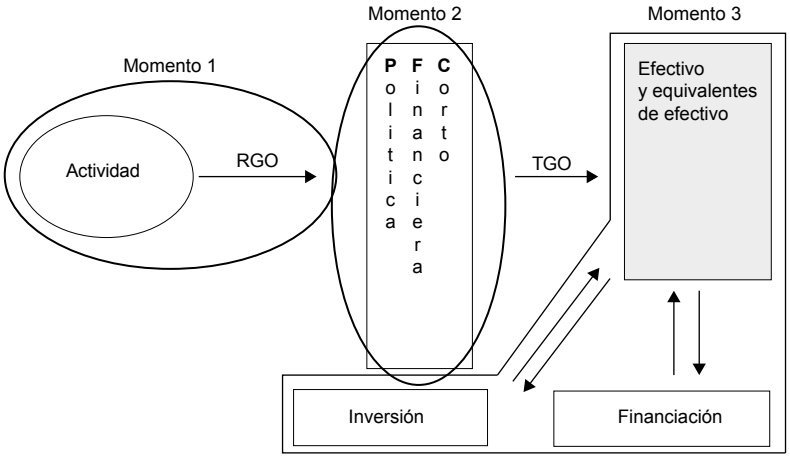
Tras verificar las ratios más comúnmente utilizadas, tratamos de conocer cuáles eran los criterios de cuantificación más frecuentemente aplicados por los diversos autores y que servirían, a la postre, para establecer nuestro criterio cuantitativo de selección.

Como resumen a todo este laborioso proceso para discriminar las empresas solventes e insolventes, en nuestro análisis empírico a través del modelo estático, hemos manejado las tres ratios del Cuadro 3, con sus respectivos criterios de cuantificación.

En segundo lugar, definimos los parámetros que conforman el modelo dinámico a aplicar. Para su diseño también hicimos una vasta investigación bibliográfica. Entendemos que analizar la situación financiera de una empresa desde una perspectiva dinámica supone analizar aquellos factores que permiten evaluar en qué medida la empresa es capaz de generar flujos de efectivo positivos.

FIGURA 1

PROCESO DE GENERACIÓN DE TESORERÍA



FUENTE: PESSOA (2016).

El modelo dinámico es un modelo financiero concatenado que se identifica con el proceso de generación de tesorería de la empresa, que abarca tanto la tesorería generada por las operaciones ordinarias como la derivada de los procesos de expansión y financiación de la misma.

La filosofía financiera que subyace en este modelo, basada en el desarrollo equilibrado del mismo, radica en la autosuficiencia financiera o expansión autofinanciada de la empresa, que deberá ser apoyada con la financiación permanente, solo cuando se presente déficit de cobertura de las necesidades de liquidez para la expansión.

En este proceso de generación de tesorería debemos destacar los tres momentos clave, identificados por cada una de las tres ratios dinámicas, que se corresponden con los tres posibles puntos de ruptura del desarrollo equilibrado del proceso financiero, tal como vemos en la Figura 1.

El momento 1 corresponde a la generación de recursos con la actividad, el cual se identifica con la capacidad de generar tesorería. El momento 2 corresponde a la política financiera a corto plazo aplicada por la empresa, mediante la cual convertimos en tesorería la capacidad identificada en el momento anterior, y el momento 3 corresponde a la aplicación de efectivo y equivalentes en el proceso de expansión de la empresa apoyada por la financiación permanente para los casos de déficit de cobertura. En los casos contrarios, los superávits de cobertura permitirán reducir la posición inicial de financiación permanente.

Teniendo en cuenta la bibliografía explorada y la filosofía financiera que encierra un modelo de flujos de tesorería, establecimos tres indicadores y sus correspondientes criterios de cuantificación que miden, desde el punto de vista dinámico, el desarrollo financiero equilibrado del proceso de generación de solvencia, desarrollo que será equilibrado en la medida que sus principales magnitudes estén dentro de los parámetros de solvencia que señalamos resumidamente en el Cuadro 4.

Etapa 2

Para realizar el análisis empírico nos auxiliamos del *software* SPSS; calculamos la dependencia/

CUADRO 4

RATIOS FINANCIERAS DEL MODELO DINÁMICO

Ratio	Definición	Cálculo	Expresión	Criterio cuantificación de solvencia
S1	Ratio de recursos generados por las operaciones	Suma del resultado del ejercicio antes de los impuestos sobre beneficios y de la amortización del inmovilizado	RGO	S1 > 0 (positivo)
S2	Ratio de la capacidad financiera a corto plazo	Razón entre la tesorería generada por las operaciones (TGO) y los recursos generados por las operaciones (RGO)	TGO/RGO	S2 > 0,95, siendo RGO > 0 o S2 < 1,05, siendo RGO < 0
S3	Ratio de la gestión de la política financiera a largo plazo y de los recursos permanentes	Razón entre las actividades de financiación y el resultado de la suma de las actividades de inversión y dividendos, y restando la tesorería generada por las operaciones	F / [(I + Di) – TGO]	S3 ≥ 1

NOTA: F = Financiación permanente; I = Necesidades de tesorería para la expansión; Di = Dividendos.
FUENTE: PESSOA (2016).

independencia entre las ratios a través del análisis de contingencia, el grado de acuerdo a través del análisis de concordancia y la correlación a través del coeficiente de Spearman.

Fase 1. Modelo estático

Refiriéndonos primeramente al modelo estático verificamos que en relación al análisis de contingencia solamente R1 y R2 son independientes entre sí, es decir, la solvencia a corto plazo no influye en el endeudamiento general.

Respecto al análisis de concordancia, el mayor grado de acuerdo en la identificación de empresas insolventes se verifica en: R2 con R3 (53,9 por 100); R1 con R2 (39,2 por 100) y R1 con R3 (8,8 por 100). Este resultado era algo previsible, visto que la ratio de endeudamiento tiene alto poder de detección y explicación de insolvencia, como podremos apreciar más tarde.

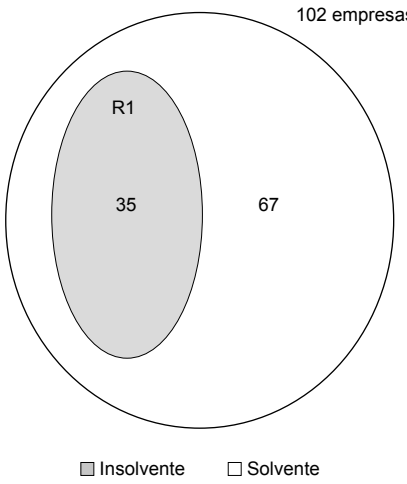
En lo que se refiere al análisis de correlación, detectamos que hay correlación estadística entre R1 y R3, así como entre R2 y R3. Estos resultados corroboran los anteriormente presentados en el análisis de contingencia cuando encontramos una cierta dependencia entre estas pares de ratios.

Para una mejor visualización del grado de aciertos presentamos los resultados a través de las Figuras 2, 3 y 4. El círculo completo identifica las 102 empresas insolventes de la muestra. Representamos también en diferentes espacios del círculo (zona sombreada) los aciertos de insolvencias que cada una de las ratios estáticas ha predicho correctamente en su diagnóstico. Así pues, la ratio R1 identificó erróneamente como solvente a casi un 66 por 100 de las empresas que objetivamente son insolventes, acertando en apenas 35 empresas. La ratio R2 identificó erróneamente como solventes a 5 empresas y acertadamente como insolventes a 97 empresas de las 102 insolventes, y finalmente la ratio R3 identificó erróneamente como solvente a casi un 50 por 100 de las empresas que objetivamente son insolventes, acertando en 55 empresas.

La coincidencia de áreas de cada uno de los tres espacios nos identifica a su vez la coincidencia de

FIGURA 2

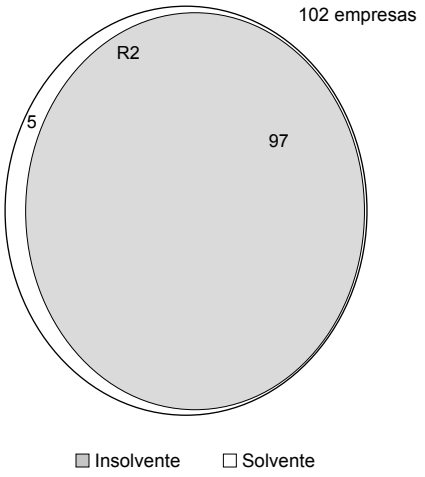
IDENTIFICACIÓN DE INSOLVENCIAS RATIO R1



FUENTE: PESSOA (2016).

FIGURA 3

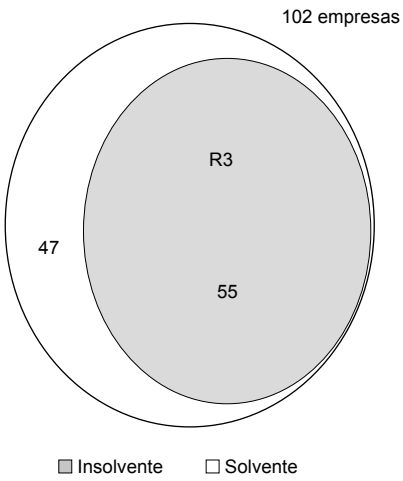
IDENTIFICACIÓN DE INSOLVENCIAS RATIO R2



FUENTE: PESSOA (2016).

FIGURA 4

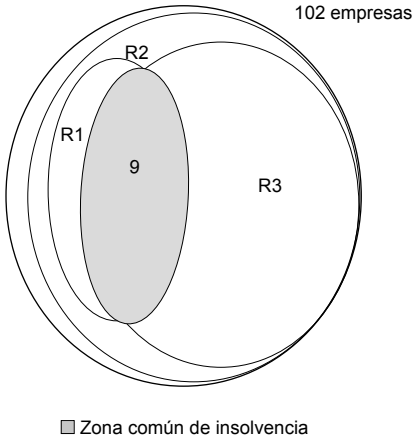
IDENTIFICACIÓN DE INSOLVENCIAS RATIO R3



FUENTE: PESSOA (2016).

FIGURA 5

ZONA COMÚN DE INSOLVENCIAS DE LAS RATIOS ESTÁTICAS



FUENTE: PESSOA (2016).

aciertos en el diagnóstico de insolvencias de cada una de las ratios implicadas.

Queda claramente marcado en la zona común de los tres espacios de la Figura 5, que corresponde a las nueve empresas en las que se identificó correctamente la insolvencia con cada una de las tres ratios.

Esta reducida coincidencia pone de manifiesto la poca consistencia de las ratios estáticas entre sí.

Fase 2. Modelo dinámico

Terminado el análisis con los parámetros estáticos, seguimos los mismos pasos en la aplicación a los parámetros dinámicos. El análisis de contingencia pone de manifiesto que únicamente son dependientes las ratios de los recursos generados por las operaciones y la de la política financiera a corto plazo.

El análisis de concordancia nos indica que el mayor grado de acuerdo en la identificación de empresas insolventes se encuentra en S1 con S2 (71,6 por 100), S1 con S3 (39,2 por 100) y S2 con S3 (35,3 por 100). El análisis de correlación nos demostró que no hay correlación estadística entre ninguna de las ratios del modelo dinámico.

Con independencia del concepto de que el modelo dinámico es un modelo financiero concatenado, queremos señalar el grado de acierto individual de situaciones de insolvencia verificado en las empresas concursadas.

- S1 - Acertó un total de 89 empresas insolventes del total de 102, lo que corresponde a un 87,30 por 100.
- S2 - Acertó un total de 78 empresas insolventes, lo que corresponde a un 76,50 por 100.
- S3 - Identificó correctamente como insolventes a 47 empresas, lo que corresponde a un 46,10 por 100.

Estos resultados pueden indicar que una gran mayoría de las empresas concursadas ejerció una inadecuada gestión en lo que respecta a la política financiera a corto plazo. Podemos visualizarlo más claramente en las Figuras 6, 7 y 8.

La capacidad de detección correcta de insolvencias del modelo dinámico se ve reforzada con la consistencia de cada una de las tres ratios por separado, identificada por el área común de aciertos formada por la intersección de las tres zonas de cada ratio. En la Figura 9 vemos que hay coincidencias en detección correcta de insolventes en 31 casos (que se corresponde con el 30,39 por 100 del total de empresas concursadas), lo que supone una mayor consistencia de aciertos de las ratios dinámicas entre sí frente a las estáticas, donde la coincidencia solo se alcanzaba en nueve casos.

Al considerar el modelo dinámico como un modelo financiero concatenado, si la ruptura del equilibrio en uno solo de los tres momentos del proceso financiero es suficiente para poner en peligro la continuidad financiera de la empresa, entenderemos que es necesario para identificar la solvencia que las tres ratios dinámicas arrojen un resultado favorable. O de otra manera, solo con que una de las tres ratios dinámicas presente un resultado desfavorable se está identificando una situación de riesgo financiero y de falta de solvencia en sentido estricto.

Por esta razón, la identificación de la insolvencia, al conjugar las tres ratios, debe hacerse con la suma de la capacidad informativa de cada una de las tres, porque estamos hablando no de ratios aisladas que deban evaluarse independientemente, sino que se trata de medidas de valoración de momentos clave de un modelo de comportamiento financiero y, por eso, la capacidad de identificar insolvencia del modelo dinámico debe tener en cuenta la unión de la capacidad de detección de las tres ratios.

Conclusiones de la Etapa 2

En este caso, la zona unión de las tres zonas de identificación de insolvencias señala la capacidad de identificación de insolvencias del modelo dinámico en su conjunto, y esta asciende a 96 casos del total de 102 empresas de la muestra, que representa un 94,11 por 100 de aciertos de insolvencia y un 5,89 por 100 de desaciertos, conforme vemos en la Figura 10.

FIGURA 6

IDENTIFICACIÓN DE INSOLVENCIAS RATIO S1

FUENTE: PESSOA (2016).

FIGURA 7

IDENTIFICACIÓN DE INSOLVENCIAS RATIO S2

FUENTE: PESSOA (2016).

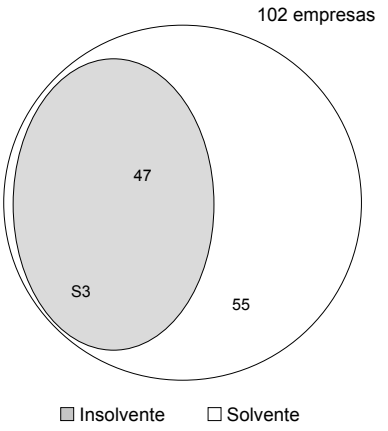
Hemos comprobado con la muestra de empresas en concurso de acreedores, y esta es nuestra primera conclusión: que el modelo dinámico presentó resultados de detección de insolvencia superiores al modelo estático.

Etapa 3

Una vez verificado en la etapa anterior que el modelo dinámico demostró superioridad frente al modelo estático en la detección de insolvencias en empresas objetivamente insolventes, nos planteamos en esta tercera etapa analizar la relación causa-efecto que vamos a establecer teniendo como causa cada una de las tres variables dinámicas del modelo y como efecto la situación financiera de la empresa. Este proceder nos permitirá establecer el grado de contribución empírica de cada variable dinámica en la no consecución de la situación de solvencia. Para ello vamos a utilizar una segunda base de datos menos restrictiva que la utilizada en la etapa anterior. Nos centraremos en un grupo de empresas no financieras integrantes del mercado continuo español que conformaban la lista de

FIGURA 8

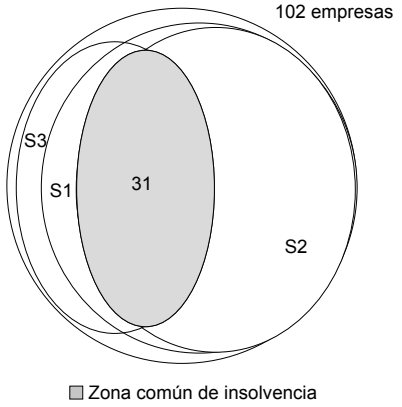
IDENTIFICACIÓN DE INSOLVENCIAS RATIO S3



FUENTE: PESSOA (2016).

FIGURA 9

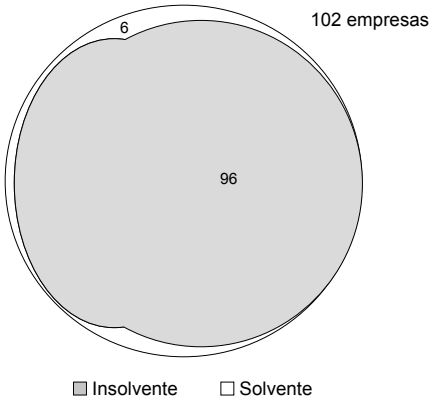
ZONA COMÚN DE INSOLVENCIAS DE LAS RATIOS DINÁMICAS



FUENTE: PESSOA (2016).

FIGURA 10

ZONA DE UNIÓN DE DETECCIÓN DE INSOLVENCIAS DEL MODELO DINÁMICO



FUENTE: PESSOA (2016).

empresas cotizantes de la Bolsa de Madrid durante el período de 2008 a 2012. En esta etapa identificamos el conjunto de empresas solventes en sentido estricto[1] por aplicación del modelo dinámico conjunto para atender el siguiente objetivo: determinar el grado de incidencia de cada ratio dinámica en la no consecución de la solvencia; es decir, comprobar cuántas de las insolvencias se producían por no generar recursos con las operaciones, cuántas, por otro lado, se producían por no aplicar una adecuada política financiera a corto plazo, y finalmente, cuántas insolvencias se producían como consecuencia de la inadecuada relación inversión-financiación permanente.

Conclusiones de la Etapa 3

Una vez procesados todos los datos de la muestra, aplicados los parámetros dinámicos, analizados los resultados y realizadas las comprobaciones oportunas, llegamos a las siguientes conclusiones (las conclusiones 1 y 2 aparecen representadas en la Figura 11, mientras que las conclusiones 2 y 3 se han representado en la Figura 12):

Conclusión 1. Del total de la muestra analizada (97 empresas) a través de las ratios dinámicas S1, S2 y S3, el conjunto de empresas solventes identificadas correctamente por aplicación de cada ratio dinámica es el siguiente:

- la ratio S1 identificó correctamente 53 empresas solventes;
- la S2 identificó correctamente 66 empresas solventes; de estos aciertos, 33 coinciden con los aciertos de S1 y 33 no;
- S3 identificó correctamente 43 empresas solventes; de estos aciertos, solamente 13 coinciden en ser aciertos de S1 y S2, por lo que estas empresas se identifican como solventes en sentido estricto.

Conclusión 2. De acuerdo con ello, los porcentajes de acierto de cada ratio individual son los siguientes:

[1] Clasificamos como solventes en sentido estricto todas las empresas que atendieron los tres criterios de cuantificación del modelo dinámico.

● el 54,64 por 100 de la muestra genera excedente económico positivo;

● de esas empresas, el 62,26 por 100 aplica una política financiera adecuada;

● de estas últimas, el 39,39 por 100 aplica una adecuada gestión de recursos financieros a largo plazo;

● siendo 13 las solventes estrictas.

Conclusión 3. El total de empresas que forman el conjunto de empresas que no alcanzan la solvencia estricta son 84. De estas:

● 44 empresas lo son porque no cumplen las condiciones de solvencia del S1;

● 31 empresas lo son porque no cumplen las condiciones de solvencia del S2;

● 54 empresas lo son porque no cumplen las condiciones de solvencia del S3.

De este modo:

● el 45,36 por 100 de las empresas cotizadas no genera excedente económico positivo;

● de esas, el 29,55 por 100 no aplica una política financiera adecuada;

● de estas últimas, el 23,08 por 100 no aplica una adecuada gestión de recursos financieros a largo plazo;

● resultan ser tres empresas las que no alcanzan resultados positivos de solvencia ni en los recursos generados por las operaciones, ni en la política financiera a corto plazo, ni en la gestión financiera a largo plazo, lo que corresponde a un 3,09 por 100 del total de la muestra investigada.

En las Figuras 11 y 12 podemos apreciar claramente la concordancia de los criterios en la aplicación de nuestras ratios dinámicas.

4. Conclusiones

Desde que resulta obligatoria la elaboración del estado de flujos de efectivo se ha podido detectar una clara convicción, por parte de los estudiosos y profesionales de las finanzas, de la prevalencia del modelo dinámico sobre el estático, que ha estado basada en la intuición, pero no en alguna prueba concluyente y objetiva que así lo determinase.

Nuestro trabajo se ha centrado en determinar empíricamente que el modelo dinámico es más preciso respecto al diagnóstico financiero de la empresa que el modelo estático. De este análisis hemos extraído los siguientes aspectos relevantes:

a) En la muestra de empresas objetivamente insolventes, el modelo dinámico se ha mostrado más preciso en sus aciertos, identificando correctamente 96 de las 102 empresas concursadas, lo que representa un 94,11 por 100 de los casos analizados. Por esta razón este será el modelo prioritario e indicado para evaluar las situaciones de equilibrio financiero de la empresa, debiendo prevalecer en caso de desacuerdo a la hora del diagnóstico financiero.

b) De las empresas insolventes de la muestra de cotizadas en la Bolsa de Madrid, verificamos que:

— un 45,36 por 100 lo son por no haber generado RGO;

— un 29,55 por 100 lo son por no haber cumplido las condiciones de S1 y S2;

— un 23,08 por 100 lo son por no haber cumplido las condiciones de S1, S2 y S3.

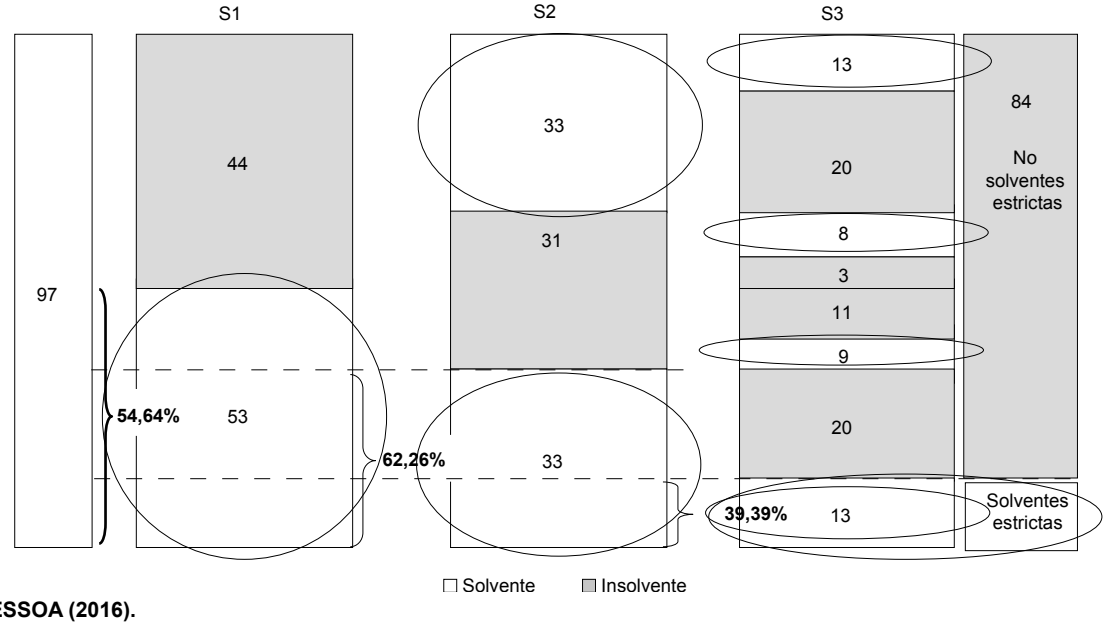
c) En cualquier caso, en el diagnóstico financiero de la empresa no debe descartarse la aplicación del modelo estático puesto que, aunque no sea determinante, sí que aporta información adicional necesaria, por lo que afirmamos que el modelo estático debe complementar al dinámico.

La teoría financiera de la solvencia deberá basarse en la información proporcionada por el estado de flujos de efectivo, lo que nos permite una clara decantación sobre el modelo dinámico, que responde a un modelo financiero concatenado que debe desarrollarse de forma equilibrada, donde se suceden e identifican tres momentos clave señalados en esta investigación.

El desarrollo equilibrado del proceso de generación de tesorería, que subyace en el modelo dinámico que hemos considerado en nuestra investigación, requiere que cada uno de los tres momentos clave del modelo (la

FIGURA 11

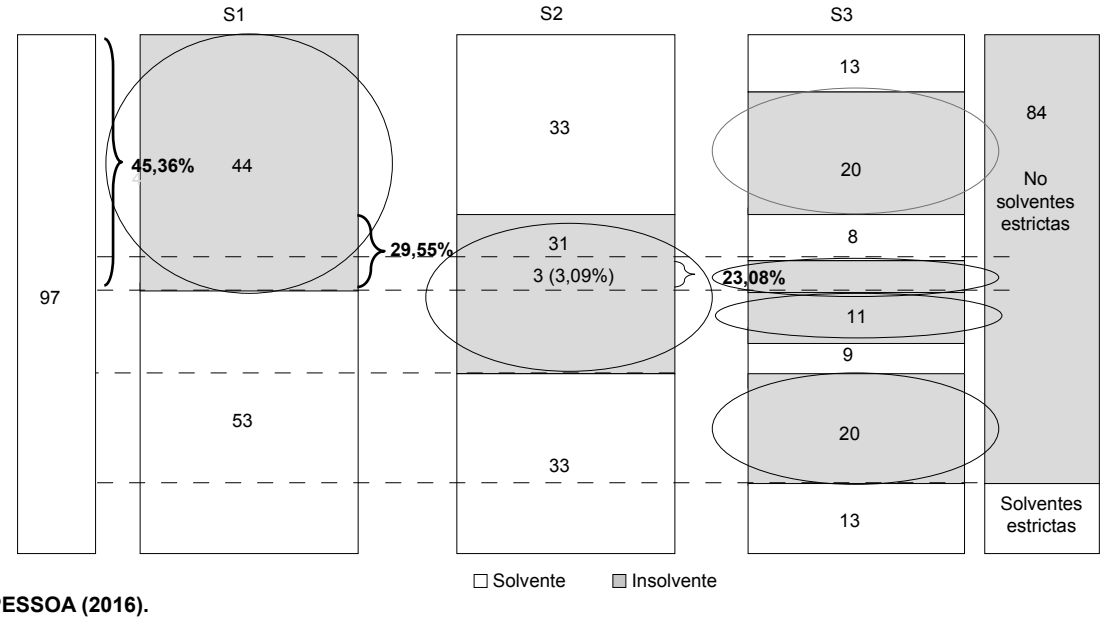
DETECCIÓN CORRECTA DE EMPRESAS SOLVENTES – MODELO DINÁMICO



FUENTE: PESSOA (2016).

FIGURA 12

DETECCIÓN CORRECTA DE EMPRESAS NO SOLVENTES ESTRICTAS – MODELO DINÁMICO



FUENTE: PESSOA (2016).

generación de recursos por parte de la actividad ordinaria, la fijación de una política financiera a corto plazo adecuada, y la adecuada relación entre necesidades para la expansión y recursos financieros permanentes), identificados en el mismo, alcance los niveles de satisfacción apuntados en el trabajo. De todo ello deducimos que la solvencia estricta se consigue cuando se cumplen los niveles de suficiencia en cada uno de los tres momentos del modelo. Por el contrario, la insolvencia se genera por la falta de uno solo de los tres niveles de equilibrio.

Los resultados alcanzados en esta investigación, en la que se han utilizado datos de empresas concursadas, solo para situarnos dentro de una muestra de certeza al tratarse en todos los casos de empresas insolventes, son generales y, en nuestra opinión, resultan aplicables en otros escenarios de estabilidad y solvencia.

Es importante resaltar que una de las limitaciones de nuestro estudio está en no haber abarcado la totalidad de empresas concursadas registradas en la base de datos SABI. Sin embargo, utilizando el 76,12 por 100 del universo estudiado y el grado de confianza estadístico, logramos llegar a las conclusiones mencionadas anteriormente. Conviene también admitir que durante el desarrollo de esta investigación no hemos encontrado ningún trabajo similar a este, teniendo en cuenta que prácticamente todos los estudios analizados, tanto nacionales como extranjeros, se circunscribían a estudios de predicción de insolvencia.

Referencias bibliográficas

[1] ALTMAN, E. I. (1968). «Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy». *Journal of Finance*, vol. 23, pp. 589-609.

[2] ALTMAN, E. I. (1983). *Corporate Financial Distress and Bankruptcy*. John Wiley & Sons, New York.

[3] ÁLVAREZ LOPEZ, J. (1990). *Análisis de balances*. San Sebastián: Ed. Donostiarra.

[4] ALVES, Z. y ARANHA, J. A. M. (2007). *Análise Financeira: um estudo comparativo da analise dos indicadores de liquidez com a análise dinâmica do capital de giro (Modelo Fleuriet).* Campo Grande: Departamento de Ciências Contábeis da Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande - UNAES.

[5] AMAT, O. (2008). *Análisis de estados financieros. Fundamentos y aplicaciones*, 8ª ed. Madrid: Gestión 2000.

[6] ARANDA LLAMAS, E. (2013). *Predicción de insolvencia en el sector restauración*. Tesis (Doctorado) – Universidad de Málaga.

[7] ARCHEL DOMENCH, P.; LIZARRAGA DALLO, F.; SÁNCHEZ ALEGRÍA, S. y CANO RODRIGUEZ, M. (2012). *Estados contables*, 4ª ed. Madrid: Pirámide.

[8] BAHURY MESQUITA, G. (2008). *Gestão do capital de giro: uma aplicação do modelo Fleuriet a empresas argentinas, brasileiras, chilenas e mexicanas.* Dissertação (Mestrado). Universidade Católica do Rio de Janeiro, Río de Janeiro.

[9] BEAVER, W.H. (1966). «Financial Ratios as Predictors of Failure. Empirical Research in Accounting Selected Studies (Supplement)». *Journal of Accounting Research*, vol. 4, pp. 71-127.

[10] BERNSTEIN, L. A. (1993). *Financial Statement Analysis. Theory, Application, and Interpretation*, 5ª ed. Boston: Irwin.

[11] BRAGA, D. S.; SANTOS, G. C. y CRUZ, A. J. (2012). «Demonstração dos fluxos de caixa: análise por meio dos indicadores financeiros em empresas da BM&F Bovespa». *Revista GETEC – Gestão Tecnologia e Ciências*, vol. 1, nº 2, pp. 97-99.

[12] BRAGA, R.; NOSSA, V. y MARQUES, J. A. V. (2004). «Uma proposta para a análise integrada da liquidez e rentabilidade das empresas». *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, Ed. Esp., pp. 51-64, junio, 2004. Disponible en *http://www.scielo.br/pdf/rcf/v15nspe/v15nspea04.pdf*

[13] DEAKIN, E. (1972). «A Discriminant Analysis of Predictors of Business Failure». *Journal of Accounting Research*, primavera, pp. 167-179.

[14] DIETRICH, R. J. y KAPLAN, R. S. (1982). «Empirical Analysis of the Commercial Loan Classification Decision». *The Accounting Review*, vol. 57, nº 1, enero, pp. 18-38.

[15] EDMISTER, R.O. (1972). «An Empirical Test of Financial Ratio Analysis for Small Business Failure Prediction». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, marzo, pp. 1.477-1.493.

[16] FERNÁNDEZ ALVÁREZ, A. I. (1986). «El diagnóstico financiero de la empresa. Nuevas tendencias en el análisis». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, nº 49, pp. 113-132.

[17] FITZPATRICK, P. J. (1931). *Symptoms of Industrial Failures*. Washington, Catholic University of America Press.

[18] FITZPATRICK, P. J. (1932). «A Comparison of Ratios of Successful Industrial Enterprises with Those of Failed Companies». *The Certified Public Accountant* (octubre, noviembre, diciembre), pp. 598-605, 656-662 y 727-731, respectivamente.

[19] FLEURY, M.; KEHDY, R. y BLANC, G. (2003). *O Modelo Fleuriet – dinâmica financeira das empresas brasileiras,* Rio de Janeiro: Campus.

[20] GABÁS TRIGO, F. (1990). *Técnicas de análisis contable. Evaluación de la solvencia empresarial*, Madrid: ICAC.

[21] GABÁS TRIGO, F. (1997). «Predicción de la insolvencia empresarial». En: GARCÍA PÉREZ de LERMA y CALVO FLORES (coord.), pp. 11-32.

[22] GALLEGO, A. M; GÓMEZ SALA, J. C. y YÁÑEZ, L. (1997). «Análisis de predicción de quiebras en empresas no financieras». *Actualidad Financiera*, nº 5, mayo, pp. 3-14.

[23] GARCÍA-AYUSO COVARSÍ, M. (1994). *Fundamentos metodológicos del análisis financiero mediante ratios*. Tesis (Doctorado). Universidad de Sevilla.

[24] GOMÉZ LÓPEZ, R. (2014). *Modelos económico-financieros de solvencia y rentabilidad empresarial: patrimonial versus dinámico*. Disponible en *http://www.ugr.es/~rgomezl/documentos/publiclibros/AnalisisContable/AnalisisContable.pdf* (consultado el 14 de julio de 2014).

[25] GONZÁLEZ PASCUAL, J. (2011). *Análisis de la empresa a través de su información económica-financiera - fundamentos teóricos y aplicaciones*, 4ª ed. Madrid: Pirámide.

[26] GRYGLEWICZ, S. (2011). «A Theory of Corporate Financial Decisions with Liquidity and Solvency Concerns». *Journal of Financial Economics*, vol. 99, nº 2, pp. 365-384.

[27] HENRÍQUEZ BRITO, N. (2000). *Fracaso empresarial: líneas actuales de investigación*. Tesis (Doctorado) – Depto. Contabilidad – Universidad de Barcelona.

[28] HORRIGAN, J. (1965). «Some Empirical Bases of Financial Ratio Analysis». *The Accounting Review*, julio, pp. 558-568.

[29] JONES, F. L. (1987). «Current Techniques in Bankruptcy Prediction». *Journal of Accounting Literature*, vol. 6, primavera, pp. 131-164.

[30] KANITZ, S. C. (1978). «Como prever falências». *Revista de Negócios em Exame*, São Paulo: abril, diciembre 1974, pp. 95-102.

[31] LAFFARGA BRIONES, J. (1993). «Panorama de las técnicas de predicción de la solvencia». *Cuadernos de Investigación Contable*, primavera-otoño, pp. 105-113.

[32] LAFFARGA BRIONES, J. y MORA ENGUÍDANOS, A. (2002). «La predicción del fracaso empresarial. El estado de la cuestión en España». En: *La gestión del riesgo de crédito. Métodos y modelos de predicción de la insolvencia empresarial*, Madrid: AECA, pp. 25-45.

[33] LAITINEN, E.K. y LAITINEN, T. (1998). «Qualified Audit Reports in Finland: Evidence from Large Companies». *The European Accounting Review*, vol. 7, pp. 639-653.

[34] LEV, B. (1978). *Análisis de estados financieros: un nuevo enfoque.* Madrid: ESIC.

[35] LIBBY, R. (1975). «Accounting Ratios and the Prediction of Failure: Some Behavioral Evidence». *Journal of Accounting Research*, primavera, pp. 150-161.

[36] LIZARRAGA DALLO, F. (1996). *Modelos multivariantes de previsión del fracaso empresarial: una aplicación a la realidad de la información contable española*. Tesis doctoral, Pamplona.

[37] LIZARRAGA DALLO, F. (1997). «Los flujos de tesorería en la predicción del fracaso empresarial». *Actualidad Financiera*, vol. 4, pp. 73-93.

[38] LIZARRAGA DALLO, F. (1998). «Modelos de previsión del fracaso empresarial. ¿Funciona entre nuestras empresas el modelo de Altman de 1968?». *Revista de Contabilidad*, vol. 1, nº 1, enero-junio, pp. 137-164.

[39] MARKOWITZ, H.M. (1952). «Portfolio Selection». *The Journal of Finance,* vol. 7, nº 1, pp. 77-91, marzo.

[40] MASEDA GARCÍA, A. (1994). *Innovación en estados de flujos: un modelo de tesorería*. Tesis (Doctorado). Universidad del País Vasco.

[41] MASEDA GARCÍA, A. e ITURRALDE JAINAGA, T. (2001). «Una aproximación a la gestión de la liquidez a través del análisis del estado de flujos de tesorería». *Actualidad Financiera*, año 6, nº 7, pp. 33-46.

[42] MEDINA, A. y GONZÁLEZ PASCUAL, J. (2005). «Propuesta metodológica para análisis de la solvencia de la empresa por medio del estado de flujo efectivo». *Panorama Socioeconómico*, año 23, nº 31, pp. 82-91, julio-diciembre.

[43] MERWIN, C. L. (1942). *Financial Small Corporations in Five Manufacturing Industries, 1926 – 1936*. New York: National Bureau of Economic Research, New York.

[44] MODIGLIANI, F. y MILLER, M. (1958). «The Cost of Capital Corporation Finance and the Theory of Investment». *The American Economic Review*, vol. 48, nº 3, junio, pp. 261-297.

[45] NASCIMENTO, C. do; SANTOS BORTOLOCCI ESPEJO, M. M. dos; BERNARDES VOESE, S. y DAHMER PFITSCHER, E. (2012). «Tipologia de Fleuriet e a crise financeira de 2008». *Revista Universo Contábil*. FURB, Blumenau, vol. 8, nº 4, pp. 40-59, octubre-diciembre.

[46] OHLSON, J. (1980). «Financial Ratios and the Probabilistic Prediction of Bankruptcy». *Journal of Accounting Research*, vol. 18, pp. 109-131.

[47] PAIXÃO, R. B.; BRUNI, A. L.; MURRAY, A. D. y GARCÍA, M. (2008). Análise dinâmica do setor comercial nacional: uma aplicação do modelo Fleuriet. *Revista Gestão e Planejamento*, Salvador, vol. 9, nº 2, pp. 199-216, julio-diciembre.

[48] PALOMBO, L. F. da R. y PALOMBO, M. F. de S. (2008). *Analise dinâmica do capital de giro: uma abordagem no modelo Fleuriet.* Congresso Internacional de Administração - Gestão Estratégica na Era do Conhecimento de 08 a 12 de Setembro de 2008 – Ponta Grossa – PR.

[49] PERUCELLO, M. R.; PRATES SILVEIRA, M. y ESPEJO, R. A. (2009). «As análises econômico-financeira tradicional y dinâmica e o desempenho percebido pelo mercado de ações: um estudo de empresas do setor têxtil e vestuário do Brasil no

período de 1998–2007». *Enfoque: Reflexão Contábil*. UEM – Paraná, vol. 28, nº 3, pp. 36-50, septiembre-diciembre.

[50] PESSOA DE OLIVEIRA, A. K. (2016). *Análisis de solvencia de las empresas; modelo estático versus modelo dinámico*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. Departamento de Contabilidad y Finanzas, 2016, *https://zaguan.unizar.es/record/48319?ln=es*

[51] RIVERO ROMERO, J. y RIVERO MENÉNDEZ, M. J. (2002). *Análisis de estados financieros,* Madrid: Edisofer.

[52] ROJAS, R. V. J. (2010). *Desempenho operacional de curto prazo e administração de capital de giro: uma análise comparativa de setores industriais brasileiros e peruanos*. Dissertação (Mestrado). Pontifica Universidade Católica do Rio de Janeiro.

[53] ROJO RAMÍREZ, A. A. (2000). *Estados de flujos de fondos financieros y análisis de la empresa*. Albacete: Tébar.

[54] ROSE, P. y GIROUX, G.A. (1984). «Predicting Corporate Bankruptcy: An Analytical and Empirical Evaluation». *Review of Business and Economic Research*, primavera, pp. 1-12.

[55] RUIZ PALOMO, D. (2010). *La insolvencia empresarial: pirámides de ratios vs marco teórico*. Tesis (Doctorado) Universidad de Málaga.

[56] SMITH, R. y WINAKOR, A. (1935). *Changes in Financial Structure of Unsuccessful Industrial Corporations*. Bureau of Business Research, Bulletin, nº 51, Urbana: University of Illinois Press.

[57] SOMOZA LÓPEZ, A. (2000). *Los modelos contable-financieros de predicción de la insolvencia empresarial. Una aportación y su aplicación a una muestra de empresas de los sectores textil y confección de la provincia de Barcelona*. Tesis de Doctorado. Universidad de Barcelona.

[58] SPATHIS, C. (2002). «Detecting False Financial Statements Using Published Data: Some Evidence from Greece». *Managerial Auditing Journal*, vol. 7, pp. 179-191.

[59] SPATHIS, C. (2003). «Audit Qualification, Firm Litigation and Financial Information: An Empirical Analysis in Greece». *International Journal Auditing*, vol. 7, pp. 71-85.

[60] STARKE JR., P. C.; FREITAG, V. C. y CHEROBIM, A. P. M. S. (2008). «A erraticidade das contas circulantes financeiras: uma proposta a questões sobre o modelo Fleuriet». *RIC - Revista de Informação Contábil*, vol. 2, nº 3, pp. 43-60, julio-septiembre.

[61] TAFFLER, R.J. (1982). «Forecasting Company Failure in the UK Using Discriminant Analysis and Financial Ratio Data». *Journal of the Royal Statistical Society*, Series A, vol. 145, nº 3, pp. 342-358.

[62] THEISS JÚNIOR, F.C. y WILHELM, P.P.H. (2000). Análise do capital de giro: modelo dinâmico versus modelo tradicional. En: *Encontro da Anpad*, 23, de 10 a 13 de septiembre, Florianópolis/SC.

[63] WU, Y; GUANT, C. y GRAY, S. (2010). «A Comparison of Alternative Bankruptcy Prediction Models». *Journal of Contemporary Accounting & Economics*, vol. 6, pp. 34-45

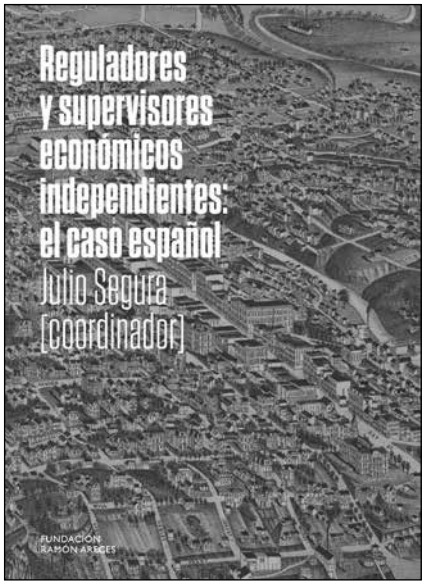
[64] YIM, J. y MITCHELL, H. (2005). «A Comparison of Corporate Distress Prediction Models in Brazil: Hybrid Neural Networks, Logit Models and Discriminant Analysis». *Nova Economia*, Belo Horizonte, vol. 15, nº 1, enero-abril, pp.73-93.

[65] ZAVGREN, C. V. (1985). «Assessing the Vulnerability to Failure of American Industrial Firms: A Logistic Analysis». *Journal of Business Finance and Accounting*, vol. 12, pp. 19-45.

NOTA CRÍTICA

REGULADORES Y SUPERVISORES ECONÓMICOS INDEPENDIENTES: EL CASO ESPAÑOL

Julio Segura, Coord.
Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018



La calidad institucional es clave para el crecimiento económico de un país a largo plazo, como ponen de manifiesto diversos desarrollos teóricos y notable evidencia empírica. Los organismos independientes (donde los Gobiernos carecen de control y dirección) son una de esas instituciones esenciales, pues permiten desligar del ciclo político la regulación y supervisión de sectores (como el financiero, la energía o las telecomunicaciones) y ámbitos (como la defensa de la competencia, la responsabilidad fiscal o las cuentas públicas) clave para el buen desempeño de la economía (de forma que se asegure la consistencia temporal de la intervención del sector público). Por ello la independencia y la eficacia con las que estos organismos desarrollan su tarea es vital para un óptimo funcionamiento de los sectores y ámbitos supervisados y por ende para el conjunto de la economía. Pero son igualmente relevantes la transparencia y la rendición de cuentas, para disipar las dudas sobre la legitimidad que puedan surgir por su independencia de Gobiernos elegidos democráticamente.

El libro reseñado aborda la aplicación de todos estos aspectos (independencia, eficacia, transparencia y rendición de cuentas) a los reguladores y supervisores independientes en el caso español. El primer capítulo (a cargo de Julio Segura) analiza, a modo de introducción, el papel de los organismos independientes en las economías avanzadas. Los siguientes capítulos (del 2 al 7) se dedican a los ámbitos (anteriormente mencionados) de defensa de la competencia (a cargo de Pilar Sánchez), supervisión financiera (Julio Segura), responsabilidad fiscal (Miguel Ángel García Díaz y Federico Geli), energía (Miguel Ángel Lasheras Merino), telecomunicaciones (Juan Delgado) y control de cuentas públicas (a cargo de Elisa de la Nuez Sánchez-Casado y Carlota Tarín). Los seis capítulos describen la evolución de las respectivas instituciones en España y cuentan con conclusiones y recomendaciones en aras de mejorar el papel de estos organismos. El octavo y último capítulo (a cargo de Julio Segura) recopila precisamente las conclusiones generales que se pueden extraer de manera transversal. Esto convierte al libro en lectura obligada para *policy-makers*, tanto para los responsables de poderes públicos (ejecutivo y legislativo) como para los propios gestores de organismos reguladores y supervisores.

Esta nota se centra principalmente en los capítulos de defensa de la competencia, energía y telecomunicaciones, por su mayor interés para los lectores de este monográfico. Pero recomienda encarecidamente la lectura de todo el libro.

El capítulo de defensa de la competencia (a cargo de Pilar Sánchez), tras realizar una reseña histórica de la evolución de esta política en las principales jurisdicciones, se adentra en debates profundos. Uno de ellos atañe a los fines de la política de competencia. La salvaguarda de la competencia y de la eficiencia en el mercado (cuyo estándar general es el bienestar del consumidor) puede implicar otros fines auxiliares como la protección

del consumidor, la defensa de los competidores (especialmente pymes) y del proceso competitivo (incluyendo un «campo de juego equilibrado», *level playing field*) e incluso la lucha contra la desigualdad por sus vínculos con la contratación empresarial (aludiendo, aunque sin mencionarlo, a las propuestas más heterodoxas que emanan del denominado movimiento *hipster antitrust*). La autora de este capítulo propone una mejor definición de los fines de la normativa de competencia en la legislación española.

Este capítulo aborda también aspectos más instrumentales. En este caso, la autora sí concluye que España cuenta con un aparato suficiente y homologable a las principales jurisdicciones. En primer lugar, el control de conductas, incluyendo relevantes herramientas formales (como el programa de clemencia, las inspecciones o la terminación convencional) y de fondo (como el análisis económico, cuando las conductas no son sancionables *per se*). Aunque para una mayor efectividad de este control es fundamental el carácter disuasorio de las sanciones y en España es clave una modificación normativa que asegure que el límite de la multa del 10 por 100 de la cifra de negocios global de la empresa no se module en función de la gravedad de la infracción (pues en términos comunitarios la imposición de ese umbral solo obedece a la salvaguarda financiera de la empresa). Otro aspecto que puede contribuir a la disuasión en España es la reclamación de daños, pues otras medidas más agresivas, como la criminalización de los cárteles con penas de cárcel, no son viables por la utilización de la vía administrativa.

En cualquier caso, la autora advierte de manera pertinente de los retos que supone la economía digital para la detección y sanción de conductas anticompetitivas. También para el segundo instrumento como es el control de concentraciones, donde puede caber una adaptación de ciertos aspectos a la digitalización, por ejemplo, mediante una rebaja o modificación de umbrales y criterios de notificación.

El tercer instrumento es el control de las ayudas públicas, un ámbito esencialmente comunitario donde la autoridad española tiene competencias de promoción. En cuarto lugar, está la política de promoción de la competencia, donde se puede considerar que la autoridad española de hecho cuenta con una actividad por encima de sus homólogos internacionales, con notables informes sobre normativa, estudios y guías, y con un potente y novedoso instrumento como es la legitimación activa (la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción competente actos y normas con rango inferior a ley que impliquen restricciones a la competencia). Sin embargo, la autora echa en falta un mayor incentivo al uso de los programas de cumplimiento normativo que reduzcan los costes del uso de herramientas punitivas y creen una mayor cultura de competencia.

Más controvertido que el aparato instrumental es el diseño institucional. Actualmente existe una tendencia a la integración de organismos por ahorros de costes, coordinación, sinergias y eficiencias. Este proceso ha afectado sobre todo a la defensa de la competencia y la protección del consumidor, como en el caso de Reino Unido. Otros países, como España con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), han optado por integrar defensa de la competencia y regulación sectorial. Y otros, como Países Bajos, las tres áreas: defensa de la competencia, protección del consumidor y regulación sectorial. La autora identifica oportunidades de esta tendencia: complementariedad de objetivos (especialmente en competencia y protección del consumidor), ganancias de eficiencia, menor riesgo de captura (por la multitud de objetivos), seguridad jurídica (por la toma de decisiones únicas), etc. Pero también riesgos: integración de organizaciones y distintas culturas de recursos humanos, dificultad de priorizar objetivos, etc. La autora es crítica con la reforma de 2013 de integración institucional en la CNMC, pero también con

las posibles reformas que se han anunciado de revertir esa integración. En ambos casos, por no sopesar de manera suficiente la validez del modelo vigente.

En cambio, la autora sí refrenda el modelo administrativo de agencia integrado con fases de instrucción/investigación y resolución en el mismo organismo, aunque con separación total (modelo no afectado por la reforma de 2013). Este modelo integrado brinda eficiencias procedimentales y de especialización sin perjuicio de los derechos de las partes, pues las decisiones se pueden someter a revisión por jurisdicción ordinaria (incluso por el Tribunal Supremo). De hecho, la autora plantea la posibilidad de que la revisión jurisdiccional se haga por salas especializadas o, al menos, con equipos de trabajo especializados.

Sin perjuicio de la relevancia del resto de aspectos ya mencionados, la autora estima que el atributo más relevante es la independencia de la institución. Y para ello son necesarias dos cuestiones. La primera es la independencia orgánica, funcional y presupuestaria, pudiéndose alcanzar esta última con una financiación en función de tasas sobre concentraciones y un porcentaje de las multas. La segunda es la independencia de los miembros de sus órganos decisorios que (aparte de con la imposibilidad de cese salvo causa grave justificada) se consigue con un procedimiento de selección que asegure el conocimiento, la experiencia y el prestigio (especialización que puede permear también al resto de recursos humanos si se opta por un procedimiento de acceso más flexible que el existente para funcionarios de carrera).

El capítulo de energía (a cargo de Miguel Ángel Lasheras Merino) parte de la historia reciente de los reguladores independientes en este ámbito sectorial, tanto a nivel supranacional como nacional. El autor estima que los avances en independencia del regulador energético han sido muy tímidos y siempre por impulso comunitario más que por convencimiento nacional. Pero esta independencia es crucial para la consistencia temporal de la regulación sectorial (en este caso, de la energía), de forma que se asegure una retribución suficiente a los operadores para incentivar sus inversiones sin tener la tentación de reducir dicha retribución por motivos electoralistas o de ciclo político.

Por ello la competencia fundamental de un regulador independiente habría de ser la determinación de tarifas, peajes y precios regulados. Pero la energía es un sector particular por diversos motivos (como de manera incisiva señala el autor citando a diversos ministros), como su peso en el gasto de empresas y hogares o la volatilidad de precios debida a factores exógenos (como el clima o la coyuntura internacional en mercados de materias primas). Eso ha hecho que la regulación se haya mantenido en el Gobierno, generando diversos problemas.

El primero, el de los costes de transición a la competencia (CTC), con una remuneración incierta y no ajustada al coste y al peso respectivo de los operadores entre 1997 y 2010.

El segundo, y más relevante, el déficit de tarifa, con unos precios que no recogían todos los incrementos de costes reconocidos por la regulación (problema que ha existido desde el año 2000). Inicialmente ese incremento de costes estuvo causado parcialmente también por los CTC. Pero la explosión de costes, y por tanto del déficit de tarifa, llegó a partir de 2005, señalando el autor especialmente la retribución a las energías renovables (por unas primas generosas y/o por la no limitación de la cantidad de energía primada). Este problema no se ha atajado en su núcleo hasta 2013 con un recorte de ingresos a los generadores.

El tercero es el «bono social» en sus distintas formas (tarifa de último recurso, TUR, o más adelante precio voluntario al pequeño consumidor, PVPC); esto es, una

tarifa subvencionada para proteger a consumidores vulnerables de alzas excesivas. Las desavenencias entre regulador y Gobierno se han debido a cuestiones de fondo (pues el regulador pide proteger a los consumidores en función de su renta y el Gobierno ha optado por potencia contratada) y de forma (pues el regulador defiende disponer de las competencias para determinar la metodología y aprobar las tarifas).

El cuarto problema detectado por el autor es la ausencia de peso del regulador en cuestiones de competencia, especialmente en las fusiones y adquisiciones que se anunciaron o se produjeron fundamentalmente en la década de los años 2000.

Por todo ello, el autor concluye (de manera similar al capítulo de competencia) que la independencia y profesionalidad (tanto de los dirigentes como del personal técnico) del regulador deben jugar un papel fundamental en el futuro.

El capítulo de telecomunicaciones (a cargo de Juan Delgado) parte de una contextualización teórica e internacional de la liberalización en España. En España se dieron ciertos condicionantes específicos en los inicios del proceso, como un uso de la privatización y la liberalización para cumplir objetivos presupuestarios y de inflación. El regulador de telecomunicaciones ha ido acompañando ese proceso de liberalización en los distintos segmentos del mercado: telefonía fija (con una liberalización total), banda ancha (liberalizado aunque con obligación de pasar un test de replicabilidad de las ofertas minoristas para el operador con poder significativo de mercado) y telefonía móvil (liberalizada antes que la fija por la mayor competencia asociada a los menores requisitos tecnológicos para la entrada).

Pero ha habido muchos retos en el camino, y el autor destaca los conflictos entre los objetivos de competencia y los de regulación. Por ejemplo, la sanción de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea a Telefónica (ratificada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) por sus precios de banda ancha previamente aprobados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). También sanciones de la CMT a operadores por conductas contrarias a la normativa de competencia, que el Tribunal Supremo desautorizó por considerar fuera de su ámbito de actuación. Y otras discrepancias entre la Autoridad de Competencia (Comisión Nacional de Competencia, CNC) y la CMT por la aplicación de la regulación sectorial.

Sin embargo, el autor considera que el modelo de integración institucional de la CNMC no soluciona esos conflictos, que siguen existiendo entre la Sala de Supervisión Regulatoria y la Sala de Competencia, pero que ahora se dirimen de manera más opaca dentro de la misma institución.

El autor también critica el crecimiento (que podríamos denominar «externo») del regulador de comunicaciones con la integración de otros sectores. Esa multisectorialidad puede tener sentido con el sector postal o el audiovisual, por sus relativas sinergias sectoriales. Pero el autor arguye que estos puntos comunes son muy limitados con sectores como el transporte y la energía, y critica la imposibilidad de especialización de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ante asuntos tan variados.

Además, el autor apunta que en algunos ámbitos de transporte (como en el ferroviario) y energía (como en electricidad) el grado y éxito de la liberalización es mucho menor que en el sector de las telecomunicaciones. Por su parte, los retos regulatorios actuales de las telecomunicaciones (como la convergencia tecnológica, la gestión del espectro, la neutralidad de red, la interoperabilidad y el auge de proveedores de contenidos independientes u *over-the-top*, OTT) responden a una evolución de la tecnología más dinámica. Esos retos de las telecomunicaciones hacen

abogar al autor por otro tipo de crecimiento (que podríamos denominar «interno») del regulador de telecomunicaciones, asumiendo más competencias dentro de su sector y de sectores conexos: la gestión de Internet y regulación del comercio electrónico, la gestión del espectro, la protección del consumidor, la defensa de la competencia, etc.

El autor también apunta a los retos que ha supuesto la inclusión de la CMT en la CNMC en términos de pérdida de independencia presupuestaria y el manejo de su organización interna y de su política de personal (salarios y dimensión de la plantilla). En relación a los recursos humanos, la convivencia de dos regímenes de personal distintos también genera fricciones e impide aprovechar sinergias por la movilidad interna. Y el autor estima que el régimen de funcionario resta independencia, pues se tomarían menos resoluciones contrarias al Ejecutivo para no perjudicar la carrera profesional en un eventual retorno a un centro directivo de la Administración.

El autor también recuerda otros problemas de la integración institucional, como el pronunciamiento del Tribunal Supremo (incluyendo una cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) acerca de los ceses de miembros del Consejo de la CMT, fruto de la creación de la CNMC, considerándolos un riesgo para la independencia del regulador.

No obstante, el autor también recuerda otras innovaciones positivas aportadas por la CNMC, como es el refuerzo de la legalidad, la rendición de cuentas y la transparencia a través de la creación del Departamento de Control Interno o de un registro de grupos de interés.

El autor considera que el diseño institucional no es decisivo, aunque aboga por la especialización de los órganos de resolución en mayor o menor medida. Y también recuerda (con más énfasis que en otros capítulos) que la independencia no es un fin en sí mismo sino un medio para hacer efectiva la regulación. Ha de ir acompañada de la capacidad técnica de sus directivos y el personal (aspectos también enfatizados por los otros capítulos), de una organización interna adecuada y de una aplicación óptima de un marco regulatorio apropiado.

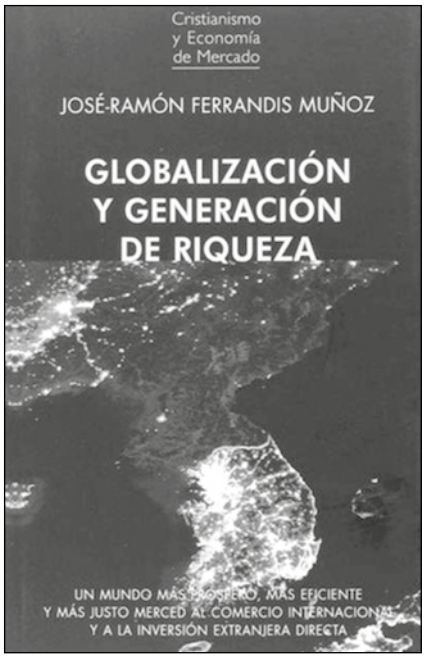
En definitiva, enlazando estos capítulos específicos con las conclusiones y recomendaciones generales (a cargo de Julio Segura), los autores destacan, entre otros, dos problemas comunes para el caso español: inadecuado sistema de nombramiento y selección de dirigentes y falta de independencia económico-financiera y organizativa. Se trata de opiniones aventuradas pero que son valientes y provienen de fuentes autorizadas. Por tanto, deben ser como mínimo tenidas en cuenta por los responsables del diseño de estos organismos independientes. En la calidad de sus instituciones España se juega su futuro.

Pedro Hinojo

RESEÑA

GLOBALIZACIÓN Y GENERACIÓN DE RIQUEZA

José-Ramón Ferrandis Muñoz
Unión Editorial, 2016, 98 pp.



Globalización y generación de riqueza comienza con una evidencia empírica muy alentadora, que supone un soplo de aire fresco en este huracán de percepciones negativas y pesimistas a las que asistimos actualmente como consecuencia de las transformaciones a las que se ve sometida la sociedad occidental (cambio tecnológico, crisis del Estado del bienestar y desencanto con la democracia representativa). Esta evidencia se produce, como suele ser habitual, gracias a una mirada en perspectiva de la historia, que nos revela que «la vida de las personas en el Siglo XXI es incomparablemente mejor que la existente en cualquier momento anterior del desarrollo de las sociedades, con independencia del segmento que elijamos para comparar o de la comparación intra o interclases que efectuemos».

Evidenciando esta afirmación, y matizando que en el Siglo XIX y el XX el progreso pareció beneficiar casi en exclusiva a lo que hoy conocemos como países desarrollados, mientras que en los últimos 25 años el crecimiento se ha hecho extensivo a prácticamente todos los países en desarrollo, José Ramón Ferrandis confronta a continuación en este libro dos visiones del desarrollo opuestas, a juicio del autor.

Por un lado se apunta la aproximación multilateral tradicional del desarrollo desde la década de los años sesenta. Este enfoque se asienta sobre la transferencia de recursos financieros a los países menos desarrollados como son la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) canalizados en gran medida por las instituciones financieras multilaterales (IFM) de desarrollo. Jose Ramón Ferrandis hace una crítica mordaz tanto al funcionamiento de dichas IFM, particularizada en especial en el Banco Mundial como máximo exponente de las mismas, así como de la ineficacia, e incluso sobre el carácter nocivo (al considerar la generación de efectos indeseados o incentivos perversos) de la institucionalización del enfoque de la AOD.

El autor, en su objetivo declarado de denostar este enfoque multilateral al que califica de intervencionista, dedica especial atención también a desmontar la consistencia de los Objetivos del Milenio del Desarrollo (OMD) al considerarlos herederos de esta tendencia dirigista.

Frente a este enfoque multilateral Ferrandis opone las virtudes del comercio internacional y de la inversión extranjera directa (IED) haciendo referencia a la eficiencia en la asignación de los recursos y repasando los beneficios, a la par que desmontando las críticas de estos dos flujos generadores de riqueza, conformando así una defensa a ultranza de la globalización en un momento en que parece que esta va acogiendo crecientes detractores (a desmontar esta afrenta dedica un capítulo específico), para así concluir que ha sido precisamente la globalización (con la condición necesaria del buen gobierno) la principal responsable de esta situación tan excepcional de desarrollo que describe en el inicio de su libro.

En síntesis, José Ramón Ferrandis, como director del Centro Covarrubias, enfocado a la comunicación y fomento de las

ideas del liberalismo económico y su total compatibilidad con el cristianismo, encuentra en esta colección, que se inició con el nombre de *Cristianismo y Economía de Mercado*, una palestra idónea para su defensa del sistema económico de libre de mercado y libre empresa, poniendo el foco sobre lo que considera un enfoque intervencionista del sistema multilateral de desarrollo hasta la actualidad.

El interés de *Globalización y generación de riqueza* no solo reside en el debate planteado por José Ramón Ferrandis, o conocer la cantidad de argumentos que él aporta para evidenciar el fracaso del modelo multilateral y los beneficios de la globalización, sino que como bien apunta Fernando Eguidazu en el prólogo del libro, el «espectacular despliegue de notas al pie de página por sí solas justifican la lectura». En suma, se trata de una amena lectura sintética que gracias al estilo directo, enérgico y sin ambages del autor no dejará indiferente a ningún lector interesado en la materia.

S.V.

ICE

MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA *Secretaría de Estado de Comercio*

MARKET REGULATION AND COMPETITION

CONTENTS

Foreword 3
Fernando Becker Zuazua

European Union competition policy 7
Margrethe Vestager

Why regulate? 11
Fernando Becker Zuazua

Free competition in an open, dynamic economy 23
Pedro Schwartz Girón

The Economy, the State and the Law 35
Francisco Cabrillo Rodríguez

The challenges of competition protection systems in advanced economies 47
Juan Delgado Urdanibia

The CNMC: five years promoting the proper operation of the markets and the competitiveness of the Spanish economy 59
José María Marín Quemada

Digital transformation and competition in the financial industry 73
Santiago Fernández de Lis
and Pablo Urbiola Ortún

The task of regulating the electrical industry 83
Óscar Arnedillo Blanco

The social value of competition policy and its protection 109
Carlos Pascual Pons

Proposals for reforming the Law on Competition 121
Beatriz de Guindos Talavera

ECONOMIC FORUM

Solvency analysis in non-financial companies: static versus dynamic model 137
Julián González Pascual
and Ana Katarina Pessoa de Oliveira

BOOKS 153
Critical note, Review

CONTENTS 161
Contents and abstracts

Coordinator: Fernando Becker Zuazua

ARNEDILLO BLANCO, Óscar

The task of regulating the electrical industry

Abstract: The purpose of regulating the electrical industry should be to promote its efficient operation with a view to maximising social welfare. In the wholesale market, the regulator should eliminate the distortions affecting prices and agents' decisions. Regarding grid activities, the regulator should design a remuneration mechanism that offers utilities a reasonable prospect of recouping any costs prudently incurred by them. In the retail market, the regulator should ensure that the design of access fees reflects marginal supply costs, reduce the scope of regulated rates, and provide information to consumers.

Keywords: utilities, industrial organisation, markets, regulated industries.

JEL Classification: D4, L1, L2, L5, L9.

BECKER ZUAZUA, Fernando

Why regulate?

Abstract: The market as an institution has been governed by rules from its inception, which confers it a high resource allocation capacity. Market processes contain imperfections that detract from its efficiency. Consequently, the protective powers of the State should be aimed at strengthening its capabilities. Globalisation, coupled with a radical technological change, has resulted in the need for reviewing competition policies. Given the imperfect nature of information, new approaches are required from a dynamic or inter-industry perspective. The available institutional quality indicators for the Spanish economy point to major areas of improvement.

Keywords: homo economicus, tribe, public choice, competition policy, institutions, market power.

JEL Classification: B1, B10, B152, K21, K42, L40.

CABRILLO RODRÍGUEZ, Francisco

The Economy, the State and the Law

Abstract: One of the main conclusions of the economic analysis of law is that the legal system is an essential factor for economic growth in any society. Faced with the existence of flaws in the market, economists have in many cases proposed solutions to improve the standard of social welfare, based on the intervention of the State through stricter regulation of certain sectors, a public monopoly, or taxation. This approach is often misguided, as it does not sufficiently take into account society's capacity to design legal institutions that produce efficient results.

Keywords: economic analysis of law, regulations, flaws in the market, ownership rights.

JEL Classification: D60, D62, K11, L51.

DELGADO URDANIBIA, Juan

The challenges of competition protection systems in advanced economies

Abstract: The present article briefly reviews the origin of competition protection systems, together with their current aims, functions and instruments to ensure the proper operation of the markets. Also discussed are the major current debates on the future of competition protection systems. It is concluded that, in order to address the issues identified by critics of the current competition protection systems, no major reforms are required, but rather a stricter and more rigorous use of the instruments already in place.

Keywords: competition protection, economic development, wellness, globalization, regulation.

JEL Classification: D63, K21, K23, L40, L51.

FERNÁNDEZ DE LIS, Santiago and URBIOLA ORTÚN, Pablo

Digital transformation and competition in the financial industry

Abstract: The digital transformation has opened up the financial services market to new types of providers: start-ups known as fintechs and, more recently, the large technology companies. The latter have a large potential for disrupting the competition landscape on account of their size and the characteristics of the digital ecosystems into which they integrate financial services. This article explores how the scope of such integration is in part conditioned by the financial regulatory framework, data access rules and competition policy.

Keywords: financial services, digital markets, financial regulation, data, competition policy.

JEL Classification: G20, K20, L40, L86.

GONZÁLEZ PASCUAL, Julián and PESSOA DE OLIVEIRA, Ana Katarina

Solvency analysis in non-financial companies: static versus dynamic model

Abstract: The aim of this work is to empirically establish a reasoned prioritisation between the static and dynamic solvency assessment models when performing the financial diagnosis of a company, based on the effectiveness and accuracy of the results obtained. Companies undergoing insolvency proceedings were considered as objectively insolvent companies, where we were able to determine which one was the most accurate insolvency detection model. This also proved to be the most comprehensive model, as it allowed us to clearly identify the three key moments in the insolvency generation process, which are associated with the potential causes of financial difficulty.

Keywords*:* insolvency analysis, static model, dynamic model, non-financial companies, insolvency.

JEL Classification: G4, M41.

GUINDOS TALAVERA, Beatriz de

Proposals for reforming the law on competition

Abstract: After ten years of practical implementation, Law 15/2007 on the Protection of Competition has proved highly effective in promoting the competitive operation of the markets. However, certain useful instruments, such as the transaction procedures (better known as settlements) successfully used in other jurisdictions in our close environment are not contemplated in our legal system. On the tenth anniversary of Spain's Law on Competition, it would be useful to reflect upon the necessary adjustments and improvements to this law in order to ensure that it remains an effective tool. The transposition of the new ECN+ Directive, aimed at strengthening national competition authorities, can be a unique opportunity to do so.

Keywords: competition, leniency programme, ECN+ Directive, damage claims, settlement agreements, independence and self-sufficiency, prioritisation, prohibited agreements, inspections.

JEL Classification*:* K21, L44, Q15.

MARÍN QUEMADA, José María

The CNMC: five years promoting the proper operation of the markets and the competitiveness of the Spanish economy

Abstract: This article attempts to make a personal assessment of the work of the National Commission for Markets and Competition (CNMC) since its creation, based on the premise that its fundamental aim is to ensure the proper operation of the markets and the welfare of consumers. The first part of the article sets out the reasons why it considers the CNMC a firmly established institution, and mainly focuses on analysing its three fundamental dimensions: integration, independence and transparency. The second part briefly reviews the activity of this institution, with regard to both sectoral supervision and the protection and promotion of competition. The third and last part discusses the issues faced by the CNMC, notably the need to acquire the sectoral competences contemplated in the European legislation and the required autonomy in the management of its human resources.

Keywords: competition policy, sectoral regulation, independent authorities, institutional design, CNMC.

JEL Classification**:** K21, K23, L40, L51.

PASCUAL PONS, Carlos

The social value of competition policy and its protection

Abstract: This article discusses the role assigned to competition policy within the current debate on how to achieve fairer and more equitable economic growth. In such debate, a reformulation of the principles of competition policy has been proposed. However, any modification of such principles calls, first and foremost, for a thorough understanding of the mechanisms through which the protection of competition has a positive impact on society in broad terms. This article reviews, in a non-technical style aimed at the lay reader, the benefits of competition, with the aim of assisting those who wish to participate in the debate.

Keywords: society, social benefits, competition.

JEL Classification: K21, L40, L44.

SCHWARTZ GIRÓN, Pedro

Free competition in an open, dynamic economy

Abstract: The author doubts that constant surveillance by the competition authorities is required to prevent capitalist economies from turning into a constellation of monopolies and oligopolies. In any event, it does not appear to be true that monopolies lead to wastefulness when they are allowed to engage in price discrimination. After banning secret cartels, it would be enough for agreements between companies on prices and quantities to be declared non-enforceable in court. We should not aspire to perfect competition, but allow the full deployment of free competition.

Keywords: monopolistic strategies, oligopoly and other imperfect markets, competition protection policies.

JEL Classification*:* L12, L13, L4.

VESTAGER, Margrethe

European Union competition policy

Abstract: The fundamental provisions of EU competition policy have remained virtually intact for sixty years, attesting to their flexibility and continued relevance. Their enforcement in particular focused on protecting the internal market and —in the case of antitrust and mergers— consumer welfare. They have also served the EU's wider policy goals; for example, they directly support several of the current Commission's top priorities such as jobs, growth and investment and the single market (including the digital single market and the energy union). Increasingly, research demonstrates the macroeconomic benefits of competition policy, such as productivity, growth, employment and inequality reduction.

Keywords: competition policy, macroeconomic benefits, growth and employment.

JEL Classification: K21, L40, L41, R11.

EVALUADORES EXTERNOS QUE HAN PARTICIPADO EN LA REVISIÓN DE ARTÍCULOS DE INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA, REVISTA DE ECONOMÍA, 2018

Antonio J. Adrián Arnáiz
Marisa Álvarez Suárez
Mariano Bacigalupo Saggese
Senén Barro Ameneiro
Ferrán Brunet
Mikel Buesa Blanco
Carmen Camelo Ordaz
José Luis Crespo Espert
Juan Ramón Cuadrado Roura
Javier Marcos de la Peña López
Isidro de Pablo López
Juan Delgado Urdanibia
Enrique Feás
Mª Teresa Fernández Fernández
Sara Fernández López
Cristina García
Arturo González Romero
Juan Enrique Gradolph Cadierno
Pedro Guerrero Meseguer
Maricruz Lacalle Calderón
José Manuel Leceta
Salvador Llaudes Cañete
Javier Llompart
Julieta Llungo Ortiz
José Martí Pellón
Miguel Martínez Cuadrado
Antonio Maudes Gutiérrez
Bibiana Medialdea García
Miguel Otero Iglesias
Miguel Pardo Gil-Alberdi
Andrés Pedreño Muñoz
Luis Antonio Puig
José Antonio Romero Bernabéu
José Ruiz Navarro
Juan Andrés Sáez Elegido
Juan Luis Santos Bartolomé
Teresa Solbes Castro
Francisco J. Valero
Ainhoa Vega Bayo

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

Los artículos que se envíen para publicar en ***Información Comercial Española. Revista ICE*** deberán ser originales, no publicados, ni en proceso de evaluación por otra publicación. Los trabajos recibidos serán sometidos para su aceptación a evaluación externa anónima.

1. Las contribuciones se enviarán en formato Microsoft Word, a la siguiente dirección de correo electrónico: *revistasice.sscc@comercio.mineco.es*

2. En la primera página se hará constar el nombre y dos apellidos, la fecha de conclusión del trabajo, así como la filiación institucional del autor y la forma en que desea que sus datos aparezcan.

3. La extensión del trabajo no será inferior a 20 páginas ni superior a 25 folios Dina-4, incluidos gráficos, cuadros, notas y bibliografía.

    a. Tipo de letra: Times New Roman 12, márgenes de 3 cm y párrafos con interlineado a doble espacio. Los encabezamientos de cada apartado, numerados, en minúscula y en negrita, distanciándose dos espacios del anterior párrafo. Las páginas irán numeradas correlativamente en la parte inferior. Los encabezamientos de cada subapartado se pondrán en redonda negrita, y el tercer nivel en cursiva.

    b. Las ecuaciones irán centradas y en caso de numeradas, a la derecha entre corchetes.

4. Todos los gráficos, cuadros o tablas han de ser originales y tendrán un número correlativo, el título en la parte superior y la correspondiente fuente y/o nota aclaratoria en la inferior izquierda. Se enviarán en archivo independiente y en formato Excel con suficiente calidad técnica. A lo largo del texto se indicará el lugar exacto en que ha de insertarse cada gráfico, cuadro o tabla.

5. Los artículos deberán incluir un resumen del contenido, que no excederá de 100 palabras en el que se reflejen los elementos más importantes. Se incluirán de 3 a 6 palabras clave que no coincidan con las del título, y de 2 a 6 códigos de materia según la clasificación del *Journal of Economic Literature* (JEL), para lo que se puede acceder en *https://www.aeaweb.org/jel/guide/jel.php*

6. Las citas de libros y artículos en el texto se indicarán entre paréntesis con el apellido del autor y el año. Ej.: (Martínez, 1991).

7. Las notas a pie de página irán integradas en el texto con las llamadas en el lugar correspondiente del mismo de forma secuencial. Las referencias a siglas deben ir acompañadas, en la primera ocasión en que se citen, de su significado completo.

8. Los anexos se insertarán tras la bibliografía. Deberán llevar un título y una breve explicación del contenido.

9. Al final del texto se recogerá la bibliografía utilizada. Con el nombre de «Referencias bibliográficas», en orden alfabético y siguiendo las normas de la Asociación Americana de Psicología Harvard-APA en *http://cibem.org/paginas/img/apa6.pdf*

Libros: (1) Apellidos, e iniciales de los autores, (2) año de publicación, (3) *título completo*, (4) lugar de publicación, (5) nombre de la editorial.

Ej.: FISHER, I. (2013*). Dinero, capital y crisis: escritos escogidos.* Madrid: Fundación ICO.

Ej.: EDVINSSON, L. y MALONE, M.S. (1997). *Intellectual Capital: Realizing Company's True Value by Finding its Hidden Brain Power*. Nueva York: Harper Collins Publishing.

Artículos: (1) Apellidos e iniciales de los autores, (2) año de publicación, (3) título completo del artículo entre comillas, (4) nombre de la revista (*en cursiva)*, (5) número y/o volumen, (6) páginas.

Ej.: VIÑALS, J. (1983).«El desequilibrio del sector exterior en España: una perspectiva macroeconómica». *Información Comercial Española. Revista de Economía*, nº 634, diciembre, pp. 27-35, Madrid.

Ej.: BARNEY, J. B. (1986). «Organizational Culture: Can It Be a Source of Sustained Competitive Advantage?». *Academy of Management Review*, vol. 11, nº 3, pp. 656-665.

Otras fuentes: para citar documentos de trabajo o informes, indicar claramente la institución que publica o edita el trabajo, la fecha y lugar de la publicación.

Ej.: COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA (2013). *Informe sobre el efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los carburantes*, Madrid.

Páginas Web: Si se incluyen en las citas alguna referencia a páginas web donde se hayan obtenido documentos, se pondrá la referencia completa de la dirección de internet y una indicación de la fecha de consulta.

Ej.: HILERA, J.R., GARCIA, E. y MARCOS L. (2010, febrero). «Análisis comparativo de estándares y modelos de calidad» Comunicación presentada en *el I Congreso Iberoamericano sobre Calidad de la Formación Virtual*: CAFVIR 2010, 24-26 de febrero. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, pp. 168-17. Recuperado 20 de octubre de 2014 de *http://www.uah.es/biblioteca/ayuda_formacion/estilos_citas.html#harvard*

Ej.: UNIVERSIDAD DE GERONA (2012, enero). Portal Euroamericano de Historia y Antropología Jurídica. Recuperado 28 de noviembre de 2013, de *http://www.udg.edu/pihd/PIHD/Presentacio/tabid/14002/language/es-ES/Default.aspx*

Los artículos publicados estarán disponibles en *www.revistasice.com*

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA. REVISTA DE ECONOMÍA (ICE)

SUSCRIPCIÓN ANUAL

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA. REVISTA DE ECONOMÍA (6 NÚMEROS/AÑO)			
	ESPAÑA 1 año	**UNIÓN EUROPEA 1 año**	**RESTO DEL MUNDO 1 año**
SUSCRIPCIÓN	75,00 €	90,00 €	90,00 €
Gastos de envío España	7,08 €	30,12 €	48,30 €
Más 4% de IVA. Excepto Canarias, Ceuta y Melilla	3,28 €		
TOTAL	**85,36 €**	**120,12 €**	**138,30 €**

EJEMPLARES SUELTOS

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA			
	ESPAÑA 1 ejemplar	**UNIÓN EUROPEA 1 ejemplar**	**RESTO DEL MUNDO 1 ejemplar**
NÚMERO SUELTO	15,00 €	20,00 €	20,00 €
Gastos de envío España	1,18 €	5,02 €	8,05 €
Más 4% de IVA. Excepto Canarias, Ceuta y Melilla	0,65 €		
TOTAL	**16,83 €**	**25,02 €**	**28,05 €**

DATOS

Nombre y apellidos .....
Empresa .....
Domicilio .....
D.P. ..... Población .....
N.I.F. .....
Teléf. ..... Fax .....
E-mail .....

Transferencia a la cuenta de ingresos por venta de publicaciones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo
IBERCAJA. Callé Alcalá, 29. 28014 Madrid (España)
CÓDIGO CUENTA CLIENTE: 2085-9252-07-0330598330
CÓDIGO BIC DE IBERCAJA: CAZRES2Z
IBAN: ES47 2085-9252-07-0330598330

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO
SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS Y EVALUACIÓN DE INSTRUMENTOS DE POLÍTICA COMERCIAL

Suscripciones y ventas por correspondencia:
Paseo de la Castellana, 162, 9.ª planta. 28046 Madrid. Teléfono 91 603 79 97/93
Suscripciones a través de la página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo
distribucionpublicaciones@mineco.es

Últimos números publicados

Núm. 901
El sector marítimo en la economía y el comercio

Núm. 902
Mercado interior europeo. 25 años después

Núm. 903
El futuro de la Unión Europea

Núm. 904
Innovación y emprendimiento: un binomio para el crecimiento de la economía española

Números en preparación

La crisis financiera. Diez años después

Estrategias de mejora de la regulación

Revista de Economía
ICE
Información Comercial Española

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

00904
9 770019 977006

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO