Ministerio de Economía
y Competitividad
Núm. 876, ENERO-FEBRERO, 2014

Revista de Economía
ICE
Información Comercial
Española

50 ANIVERSARIO

de la primera ley de COMPETENCIA en España

ICE

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA
Secretaría de Estado de Comercio
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

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

Consejo de Redacción
Santiago Asensio Merino, Mikel Buesa Blanco, Esther del Campo García, Carmen Cárdeno Pardo, Juan Ramón Cuadrado Roura, Guillermo de la Dehesa Romero, Juan José Durán Herrera, Íñigo Fernández de Mesa Vargas, Antonio José Fernández-Martos Montero, Luis Gámir Casares, María del Coriseo González-Izquierdo, José María Marín Quemada, Ignacio Mezquita Pérez-Andujar, Vicente José Montes Gan, Pablo Moreno García, José Alberto Plaza Tejera, María Flavia Rodríguez-Ponga Salamanca, Alberto Soler Vera, Joaquín Trigo Portela.

Directora
Ana de Vicente Lancho
Jefa de Redacción
Aurora Tarruella Vilardosa
Redacción
Pilar Herrero, Purificación Barba Varea y María Jesús Liceranzu

Portada
Manuel A. Junco
Diseño gráfico
César Bobis y Manuel A. Junco

Redacción
Paseo de la Castellana, 162, 11ª planta. 28046 Madrid
Teléfono: 91 349 39 76
Fax: 91 349 35 80

Distribución y suscripciones
Paseo de la Castellana, 162, 8.ª planta. 28046 Madrid
Teléfono: 91 583 55 07
distribuciónpublicaciones@mineco.es

La *Revista ICE* se encuentra en las siguientes bases bibliográficas: *Journal of Economic Literature* (JEL), *EconLit, IBSS, ECONIS, RAS* e *ISOC.*
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: 720-14-060-8
eNIPO: 720-14-061-3
Catálogo general de publicaciones oficiales
http//publicacionesoficiales.boe.es
Copyright: Información Comercial Española, 2010

ICE

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD **INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA** *Secretaría de Estado de Comercio*

50 ANIVERSARIO DE LA PRIMERA LEY DE COMPETENCIA EN ESPAÑA

SUMARIO

Presentación 3
Javier García-Verdugo Sales

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: una nueva etapa para la competencia y la supervisión regulatoria en España 7
José María Marín Quemada

Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia 17
Joan R. Borrell Arqué, Juan L. Jiménez González y José M. Ordoñez de Haro

Información, presión institucional y estrategias empresariales: el efecto lunes en el mercado español de gasolina 37
Juan L. Jiménez González y Jordi Perdiguero García

La aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos y Administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local 57
Julia Ortega Bernardo

La importancia de los programas de cumplimiento —*compliance programmes*— en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia 75
Patricia Pérez Fernández

La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles 91
Francisco Marcos Fernández

Algunos recuerdos y reflexiones en el cincuentenario de la primera Ley de Competencia en España 105
Antonio Castañeda Boniche

La competencia a través de sus protagonistas 125
Miguel Ángel Fernández Ordóñez, Amadeo Petitbó Juan, Gonzalo Solana González, Luis Berenguer Fuster y Joaquín García Bernaldo de Quirós

TRIBUNA DE ECONOMÍA

El proceso de transmisión de la política monetaria a la estructura temporal de los tipos de interés en España 147
Paz Rico Belda

El mercado de las tarjetas bancarias en España: una panorámica 167
Ernesto J. Veres Ferrer, Gabriel Foix Escura y José M. Pavía Miralles

LOS LIBROS
Notas Críticas 179

CONTENTS
Contents, abstracts 185

Coordinador: Javier García-Verdugo Sales

PRESENTACIÓN

*Javier García-Verdugo Sales**

Es para mí una enorme satisfacción presentar este número monográfico de la revista *Información Comercial Española* con ocasión del 50 aniversario de un hito que puede considerarse el comienzo de las tareas dirigidas a la defensa y promoción de la competencia en España: la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Desde esa fecha hasta la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el camino recorrido ha sido muy largo y nada fácil, pero considero que también ha estado lleno de eficacia.

El proyecto de publicar un número de estas características fue impulsado en 2013 por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Joaquín García Bernaldo de Quirós. Sin embargo, al poco tiempo se aprobó la creación de la CNMC, que ha asumido todas las tareas de la CNC desde octubre de 2013, también la coordinación de este monográfico.

Esta presentación no es el lugar apropiado para realizar un recorrido por los hitos más relevantes de la defensa de la competencia, que se abordan en varios artículos desde distintas perspectivas, sino más bien para introducir y poner en contexto el trabajo realizado por los colaboradores de este número. Sin embargo, no quiero dejar pasar la ocasión de dedicar un homenaje tanto a los trabajadores como al personal directivo de los organismos relacionados con la defensa de la competencia a lo largo de todos estos años. No es fácil apreciar lo exigente que es la tarea de defensa de la competencia para los que la llevan a cabo, ni las dificultades de todo tipo que ha habido que superar para llegar al momento actual. A todos ellos, por tanto, nuestro agradecimiento.

Este número monográfico contiene dos partes bien diferenciadas, con una primera contribución a cargo del Presidente de la CNMC que en cierto modo presenta rasgos comunes con las dos. El primer bloque de colaboraciones contiene cinco artículos de profesores e investigadores especializados en las políticas de competencia que representan una selección de temas relevantes y actuales de este ámbito del conocimiento. El segundo grupo se compone de seis artículos basados en la experiencia y en las lecciones aprendidas por sus autores, entre los que se encuentran los cuatro presidentes que han tenido primero el tribunal, y después la autoridad de competencia desde 1992.

---

* Profesor de Economía Aplicada de la UNED y Asesor Económico de la CNMC.

Como se ha dicho, el primer artículo corresponde al Presidente de la CNMC, **José María Marín Quemada**. En su primera parte realiza un análisis de carácter especializado sobre el diseño óptimo de organismos reguladores independientes, y las ventajas e inconvenientes de un modelo multisectorial e integrado con la autoridad de competencia como el que caracteriza ahora a la CNMC. En la segunda parte se centra en los principios, características y estructura fundamental de este organismo, que ha heredado de la CNC la condición de autoridad española de competencia.

El bloque dedicado a temas de investigación se inicia con un artículo de **Joan Ramón Borrell**, profesor de la Universitat de Barcelona, **Juan Luis Jiménez**, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, y **José Manuel Ordóñez**, de la Cátedra de Competencia de la Universidad de Málaga. El trabajo se centra en los programas de clemencia, que se han convertido en instrumentos efectivos en la lucha contra los cárteles. Los autores describen la difusión y efectos de estos programas en las dos décadas que llevan aplicándose en todo el mundo. Después de analizar las regularidades empíricas de todas las decisiones de clemencia adoptadas en la Unión Europea y en España, concluyen que hay todavía margen para ampliar la difusión de este programa en España, y que —con las reformas oportunas— podría ser la fuente principal de detección y sanción de cárteles en la próxima década.

Juan Luis Jiménez interviene de nuevo en el segundo artículo, que ha escrito junto con **Jordi Perdiguero**, profesor de la Universitat Autónoma de Barcelona. Su trabajo estudia la existencia de una posible manipulación a la baja de precios que tendría lugar cada lunes en el mercado minorista de gasolina en España, porque es el día en que la Comisión Europea recopila datos para su *Oil Bulletin*. Utilizando precios diarios de todas las estaciones de servicio de España entre 2009-2012, sus resultados muestran no solo que los precios minoristas bajan de manera injustificada los lunes, sino que este efecto fue más intenso en el año 2012 y en otros períodos en los que la posición de España en el *ranking* europeo de precios podría tener consecuencias más negativas para España desde el punto de vista de la opinión pública. Estos resultados suponen un indicio de colusión en el mercado de distribución de hidrocarburos.

El artículo de **Julia Ortega**, profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, estudia la aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos y Administraciones locales y sus excepciones. A partir de las Resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia dictadas en los últimos cinco años, su trabajo delimita el alcance con el que se aplican las normas de la competencia a la actividad de los Gobiernos y Administraciones locales, y concluye que no se aplican exclusivamente a la actividad empresarial local sino también a la que comporta ejercicio de poder público. El trabajo termina analizando los requisitos que han de concurrir para que la actividad local quede exenta de la aplicación de dichas normas de competencia.

Patricia Pérez, de la Universidad de Castilla-La Mancha, es la autora del cuarto trabajo de investigación, que se centra en la importancia de los programas de cum-

plimiento en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia. Más en concreto, la cuestión que se plantea en la práctica es si las autoridades de competencia deberían reducir el importe de las sanciones cuando algún miembro de una empresa hubiese vulnerado la normativa de defensa de la competencia, a pesar de tener implementado un programa de cumplimiento en esta materia a nivel corporativo.

El último de los artículos con un enfoque eminentemente académico es el de **Francisco Marcos**, profesor de IE Law School. En su trabajo analiza la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España entre 1999 y 2012, utilizando como base empírica la casuística judicial de las reclamaciones registradas y su resultado. Los datos muestran un notable aumento de reclamaciones judiciales, pero también el escaso éxito de los argumentos *antitrust* y las limitadas indemnizaciones obtenidas, así como la llamativa ausencia de reclamaciones de consumidores.

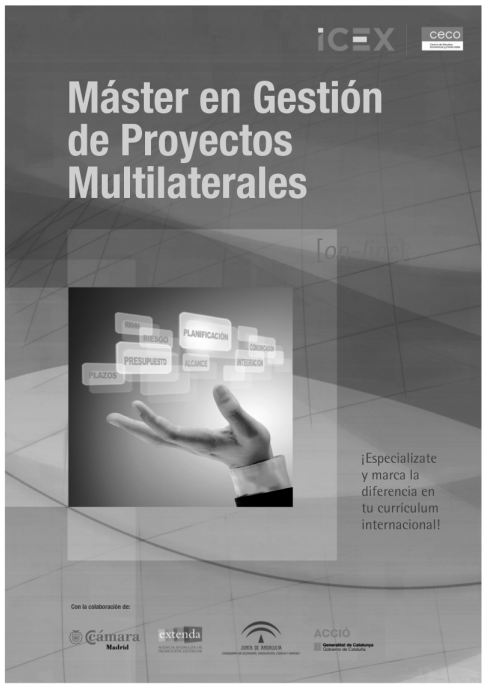
El núcleo del segundo bloque recoge experiencias y reflexiones de los expresidentes del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia, que han sido protagonistas relevantes de la promoción y defensa de la competencia en España: **Miguel Ángel Fernández Ordóñez**, **Amadeo Petitbó**, **Gonzalo Solana**, **Luis Berenguer** y **Joaquín García Bernaldo de Quirós**. Pero antes se ha visto oportuno incluir un interesante artículo de **Antonio Castañeda Boniche**, que fue vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, que presenta la evolución histórica de la política de competencia en nuestro país desde la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia y que permite poner en contexto las aportaciones de los expresidentes.

Solo me resta agradecer sinceramente el esfuerzo de todos los que han colaborado con su tiempo, su conocimiento y su experiencia en la preparación de este número monográfico con ocasión del 50 aniversario del comienzo de la política de competencia en España. Confío que la perspectiva histórica que aporta, junto con los estudios de problemas de competencia relevantes en la actualidad, permita apreciar adecuadamente la dificultad y la trascendencia de esta tarea para la economía y para la sociedad española.

ceco

Centro de Estudios Económicos y Comerciales

Tu referente en la formación para la internacionalización



Matrícula abierta-Curso 2014-2015

Centro de Estudios Económicos y Comerciales (CECO)
Avda. del Cardenal Herrera Oria 378, Ed. A. 28035 Madrid
Tel: +34 91 563 18 15 / Fax: +34 91 721 03 92 / e-mail: ceco@ceco.es
www.ceco.es

José María Marín Quemada*

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: UNA NUEVA ETAPA PARA LA COMPETENCIA Y LA SUPERVISIÓN REGULATORIA EN ESPAÑA

En la primera parte se analiza el diseño óptimo de organismos reguladores independientes, y las ventajas e inconvenientes de un modelo multisectorial e integrado con la autoridad de competencia como el que caracteriza ahora a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En la segunda parte se abordan los principios de actuación, características básicas y estructura fundamental de este organismo, que ha heredado de la Comisión Nacional de la Competencia la condición de autoridad española de competencia.

Palabras clave: *política de competencia, autoridades de competencia, diseño institucional, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).*

Clasificación JEL: *K21, K23, L40, L51.*

1. El papel de la CNMC en la economía española

Primero fueron los dioses sin nombres y las creencias, después el mercado y el dinero, y años más tarde, las influencias y las instituciones. En este devenir, la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha abierto una nueva etapa en la defensa de la competencia y la supervisión regulatoria en España. Nacida de la fusión de la autoridad de competencia y de los organismos supervisores existentes anteriormente, aspira a ser una institución al servicio del bienestar de la sociedad española. El modelo de la CNMC surge por la necesidad de asegurar la coherencia entre las medidas de defensa de la competencia y las que se dirigen a los sectores regulados, pero también por los cambios que se están produciendo en esos sectores y por el reto de fortalecer las instituciones ante una economía española cada vez más global.

* Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y Catedrático de Economía Aplicada.

La importancia y amplitud de funciones que le otorga la legislación —entre otras, la defensa de la competencia en toda la economía y la supervisión regulatoria de algunos sectores estratégicos[1] — convierten a la CNMC en un elemento fundamental para asegurar el buen funcionamiento de la economía de mercado, cimentar su potencial de crecimiento y contribuir a resolver algunos problemas de nuestra sociedad que se han acentuado como consecuencia de la crisis económica.

Además, a medida que los riesgos que acechan a las economías nacionales ganan en complejidad e internacionalización (Beck, 2006; Black, 2010; Grande, 2011 y Baldwin *et al*., 2012: capítulo 6), se hace aún más necesario mejorar la calidad de la regulación económica, reforzar el papel de los reguladores independientes y asegurar su coordinación a nivel internacional.

Es experiencia común que en los asuntos importantes no suelen dar buen resultado los atajos o adoptar la estrategia de escaso esfuerzo institucional. El camino para que nuestro país consolide la recuperación iniciada en los primeros meses de 2014, y se consolide un nuevo ciclo de crecimiento estable, es una mejora sostenida en la competitividad de nuestra economía. Para ello es preciso crear un entorno imparcial, competitivo y transparente para los participantes en cada sector productivo. Sin embargo, esto solo será posible si se continúa estimulando el impulso reformista que la recesión obligó a poner en marcha, si bien su necesidad ya se había hecho evidente con anterioridad y ha sido señalada reiteradamente en los foros internacionales (entre otros documentos, vid. ECB, 2012; OECD, 2012 y 2013; IMF, 2013 y European Commission, 2013 y 2014). En la nueva etapa que se ha abierto en la economía española, la CNMC debe ser un elemento dinamizador de la economía y un eslabón importante como parte del proceso de reformas estructurales, en ocasiones como motor y otras veces como su principal herramienta.

2. La aparición de las agencias reguladoras sectoriales

Como es sabido, el origen de las agencias reguladoras independientes está estrechamente vinculado en Europa al proceso de apertura a la competencia de servicios tradicionalmente prestados por el Estado, como los relacionados con las telecomunicaciones, la energía, correos o algunas actividades de transporte.

Cabe recordar que el origen de los reguladores independientes se remonta a 1887, cuando el Congreso de Estados Unidos encomendó la regulación del sector ferroviario a una entidad independiente, la *Interstate Commerce Commission*. El recurso a este tipo de agencias se consolidaría después con la creación de la *Federal Trade Comission* en 1914 y con el desarrollo de las políticas contra los monopolios (Dudley y Brito, 2012, especialmente los capítulos 1 y 6). En cambio, generalmente los países europeos prefirieron tratar de corregir los fallos de mercado mediante la nacionalización de los servicios públicos o la creación de empresas públicas con este fin. La primera agencia independiente al estilo norteamericano fue la *Independent Television Authority* de Gran Bretaña, creada en 1954, y sucesivos Gobiernos británicos confirmaron la diferente evolución del panorama regulatorio británico respecto al resto de Europa con el establecimiento de organismos independientes muy variados a lo largo de los años sesenta y setenta (Baldwin *et al*., 2012: pp. 4-5).

Ya en los años ochenta y noventa, muchos países de la actual Unión Europea (UE) aprovecharon el desarrollo del mercado único comunitario para implementar un intenso proceso liberalizador, asentado en buena medida sobre los desarrollos teóricos y empíri-

[1] Según la Ley de creación de la CNMC, la Comisión tiene unas funciones de carácter general que tienen por objeto «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos» (Ley 3/2013, de 4 de junio; art. 5, 1). Además, tendrá competencias específicas en algunos sectores, en concreto «los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal» (ibíd., art. 5, 3).

cos de la Organización Industrial[2]. Todo ello se tradujo en reformas que tenían como objetivo común un funcionamiento más eficiente de sectores que son estratégicos para el desarrollo económico, en beneficio de los consumidores y de las empresas.

En España, esta liberalización cobró impulso en la segunda mitad de los años noventa y dio lugar al nacimiento de los primeros organismos reguladores independientes, hoy integrados en la CNMC. Las dos normas básicas que actuaron sobre el sector energético fueron la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, con la que en un primer momento se creó la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE); y la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, que transformó la CNSE en la Comisión Nacional de Energía (CNE). Por su parte, la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones creó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

En la primera década del siglo veintiuno continuó el proceso de liberalización de los servicios públicos, y con él la creación de organismos independientes para su regulación y supervisión. En 2003, la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario creó el Comité de Regulación Ferroviaria; en 2007, la Ley 23/2007 de Creación de la Comisión Nacional del Sector Postal introdujo un nuevo regulador sectorial; y cuatro años después, el Real Decreto-Ley 11/2011 estableció la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, cuyas funciones fueron transitoriamente asumidas por el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria, hasta la creación de la CNMC.

3. Los organismos encargados de la defensa de la competencia

Mucho antes de que se iniciara la liberalización y regulación de sectores estratégicos se había promulgado la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta importante ley partía del encargo que el artículo 38 de la Constitución hace a los poderes públicos de proteger la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, con el convencimiento de que la libre concurrencia entre las empresas se traduce en un incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. Existe un acuerdo generalizado, asumido por la UE en sus documentos fundamentales (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Título VII, Capítulo 1), respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.

El sistema inicial se basaba en la existencia de dos órganos administrativos especializados de ámbito nacional para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas: el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Posteriormente se promulgaron diversas normas que completaban la normativa, entre las que puede destacarse la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Poco después se produjo una importante reforma del marco comunitario de defensa de la competencia[3]. A la vista de estos desarrollos legislativos, se constató la necesidad de actualizar la normativa de competencia con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia,

[2] Vid. por ejemplo la visión de conjunto que presentan VICKERS y YARROW (1988) y NEWBERY (1999), aunque este último se centra específicamente en los sectores de servicios en red.

[3] Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea sobre las conductas restrictivas de la competencia; y Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

que se proponía reforzar los mecanismos ya existentes con una estructura institucional más adecuada. La principal novedad fue el establecimiento de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), organismo público independiente del Gobierno que integraba el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, y que recibió el encargo de proteger la competencia efectiva en los mercados nacionales. En concreto, se encargaba de realizar esa tarea detectando y penalizando las conductas contrarias a la competencia, y examinando las consecuencias de las operaciones de concentración empresarial. A pesar de la dificultad de la tarea encomendada, ésta ha sido desempeñada por la CNC con profesionalidad y rigor hasta su incorporación a la CNMC.

4. El modelo de regulador único

Cuando se empezó a generalizar en los países europeos la tendencia hacia la liberalización de diversos sectores económicos se produjo un intenso debate sobre si los nuevos mercados que se abrían a la competencia debían estar sometidos a las normas generales de defensa de la competencia de cada país o si debían ser supervisados por los nuevos organismos sectoriales independientes. En España se optó por una separación de funciones entre las nuevas autoridades sectoriales y la autoridad de defensa de la competencia: los reguladores sectoriales se encargarían de asegurar la separación vertical de las empresas cuando operaban en sectores regulados y no regulados, resolver las disputas entre operadores, y garantizar el libre acceso de todos a infraestructuras esenciales, además de otras tareas de estudio, inspección y normativa; por su parte, la Autoridad de Defensa de la Competencia se centraría en investigar y sancionar las conductas contrarias a la normativa de competencia, y en valorar las propuestas de concentración empresarial (cfr. Ley 3/2013 de creación de la CNMC, Preámbulo, I).

Por eso, desde que se hizo pública la intención del Gobierno de poner en marcha la CNMC aparecieron opiniones críticas de índole muy diversa sobre el nuevo modelo de regulador único, como es lógico si se tiene en cuenta la trascendencia del cambio que se estaba planteando. Algunas de las propuestas de modificación se referían a la excesiva redistribución de competencias hacia la Administración, que entraba en colisión con la normativa europea, o señalaban cierta falta de definición en la estructura del nuevo organismo. Muchas de ellas fueron empleadas para mejorar el Anteproyecto que acabó traduciéndose en el texto definitivo de la Ley 3/2013 de 4 de junio, sobre todo las incluidas en los informes sobre el Anteproyecto de Ley presentados por algunas de las comisiones que iban a ser integradas en la CNMC[4].

Pero la preocupación que se dirigía al núcleo de la nueva ley se refería, por un lado, a la conveniencia o no de pasar a un modelo de regulación multisectorial y por otro lado a la distinta naturaleza de la labor de defensa de la competencia y la supervisión regulatoria sectorial, que dificultaría su integración en un único organismo (como se resume en González-Páramo y Garrido, 2013), por lo que en definitiva se defendía el modelo entonces vigente de dispersión de competencias en orden a la especialización.

Vaya por delante, que si algo puede concluirse con claridad del estudio de la literatura sobre regulación es que resulta muy arriesgado hacer afirmaciones generales *a priori* sobre la superioridad de un modelo regulatorio frente a otro (cfr. Baldwin, 1995: capítulo 3; Radaelli y De Francesco, 2007; Baldwin *et al*., 2012: pp. 23 y, más en general, el capítulo 5), por lo que es preciso actuar con cierta precaución al debatir sobre los diseños institucionales alternativos de las agencias regulatorias. Aun así, se comprende la inquietud que generó la propuesta de creación de la CNMC, especialmente por la relativa falta de precedentes en el entorno europeo para

[4] Tanto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión Nacional de la Competencia presentaron sus comentarios en la misma fecha, el 15 de marzo de 2012.

una entidad de este tipo[5], más allá de las iniciativas de Holanda, Reino Unido y quizás de Alemania.

Por lo que se refiere a los organismos multisectoriales, es cierto que —como se afirma en el Preámbulo de la Ley 3/2013— puede identificarse una tendencia general hacia la concentración de funciones reguladoras en entes organizativos de mayor tamaño, aunque lo más frecuente ha sido la creación *ex novo* o la ampliación de competencias a sectores sin regulador, más que la fusión de organismos preexistentes. Las agencias multisectoriales comenzaron a ser relativamente más populares en la segunda mitad de los años noventa, especialmente para sectores de red, si bien con desigual intensidad según los países, ya que los europeos tienden a tener más organismos multisectoriales que los países de América Latina (cfr. Jordana y Levi-Faur, 2011).

Las principales ventajas del regulador multisectorial frente al monosectorial son bien conocidas: la reducción del riesgo de captura del regulador tanto por el sector privado como por el Gobierno, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio de referencia para la autoridad; el aprovechamiento de las sinergias de costes en los servicios técnicos, legales, económicos y administrativos; la garantía de uniformar criterio y procedimientos, especialmente importante en el caso de servicios convergentes; y el aprovechamiento de la experiencia y de las mejores prácticas de otros sectores. Estas fortalezas se hacen mayores a medida que los mercados sectoriales ganan madurez a lo largo del tiempo.

En cuanto a las desventajas, suelen citarse dos: el riesgo de pérdida de conocimiento específico de la industria, sobre todo si se reducen los recursos disponibles por la agencia multisectorial; y la ausencia de diversificación del riesgo en caso de fallo institucional, que deberían paliarse a la hora de diseñar la nueva institución (Smith, 1997; Joskow, 1998; Sommer, 2001; Córdova-Novion y Hanlon, 2002: pp. 99-100 y Spyrelly, 2003: pp. 19-22).

Menos frecuente es la integración en un mismo organismo de las autoridades reguladoras sectoriales con la autoridad de competencia, aunque se trata de una posibilidad considerada por los organismos internacionales y analizada por la literatura especializada (por ejemplo, OECD, 1999; Córdova-Novion y Hanlon, 2002: pp. 101-102). Como ventajas del modelo integrado suelen citarse la reducción del riesgo de captura política o por la industria; las sinergias de costes de servicios comunes; la reducción de la incertidumbre regulatoria para los operadores; la aplicación coherente de la normativa (Valiente, 2014); y una mayor eficacia en la defensa de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales. Lógicamente, existen también inconvenientes, como el riesgo de reducir el debate en situaciones de conflicto entre la normativa sectorial y la de competencia, y la menor diversificación de riesgos ante la posibilidad de fallo institucional, como sucedía en el caso anterior.

Resultaba pues razonable plantearse la implantación de este nuevo modelo en España. El modelo organizativo previo para el sector energético y de telecomunicaciones, basado en reguladores especializados, fue diseñado al comienzo del proceso de liberalización, pero la realidad de estos mercados es hoy muy distinta que al inicio de ese proceso, tanto por lo que se refiere al nivel de competencia como, en menor medida, por la convergencia de servicios entre sectores. Este nuevo escenario aconsejaba mejorar la armonización entre las regulaciones de los distintos sectores, así como la coordinación entre la regulación sectorial y la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Solo de esta manera se garantiza que la competencia pueda actuar de forma transversal sobre el conjunto de la economía.

[5] El 1 de abril de 2013 se creó en los Países Bajos la *Consumer and Markets Authority* (CMA), que englobaba las funciones de las autoridades de competencia y protección de los consumidores, así como de los reguladores de correos y telecomunicaciones. En Alemania todos los sectores regulados son supervisados desde el mismo organismo público, pero no incluye la autoridad de competencia.

El nuevo modelo responde también a la necesidad de que las empresas cuenten con un entorno predecible y de garantizar la seguridad jurídica. Se trata de dos condiciones imprescindibles para las industrias de red —que, además, requieren fuertes inversiones— y para el conjunto de las empresas, con el objetivo de promover la inversión y potenciar la innovación. Por otra parte, la integración de la perspectiva sectorial y la competencia facilita a la CNMC una visión global de la economía que le permite tener presentes los efectos externos de sectores estratégicos como la energía o las telecomunicaciones. Esta visión de conjunto, como ya se ha dicho, sumada a la independencia y al rigor, dificulta la «captura del regulador», entendida como la excesiva alineación con los intereses sectoriales.

Por tanto, los objetivos de esta reforma eran coherentes, además, con otras metas del legislador, como la simplificación del número de organismos regulatorios, en la línea de lo sugerido por la iniciativa comunitaria de «regulación inteligente» (Comunicación COM (2010) y Baldwin *et al*., 2012: capítulo 19), y el necesario esfuerzo de austeridad, aunque este segundo factor tiene de hecho una importancia secundaria (cfr. Valiente, 2014: p. 2).

5. Características esenciales del modelo

Tres son las características esenciales del modelo. En primer lugar, la independencia: primero, respecto al Gobierno, para aislar las decisiones regulatorias del ciclo electoral y generar la confianza necesaria para los inversores; y después, independencia respecto a las empresas, para generar confianza en que el mercado se desarrollará en condiciones competitivas, sin que esté supeditado a intereses de parte, así como para velar para que las actividades reguladas no generen costes injustificadamente elevados que repercutan en los usuarios. Esta independencia permite minimizar los riesgos de la citada captura del regulador y de oportunismo regulatorio.

En segundo lugar, la coordinación o integración rigurosa de las funciones de regulación y supervisión con la aplicación de la normativa de defensa de la competencia en toda la economía. Se han integrado dos herramientas —regulación y competencia— con un único objetivo: crear mercados eficientes en beneficio de consumidores y usuarios.

Y en tercer lugar, aunque no por ello menos importante, la transparencia ante los mercados y los ciudadanos (la Ley 3/2013 exige la publicación de las resoluciones, acuerdos e informes que se dicten, una vez notificados a los interesados) y, de manera especial, ante el Parlamento, que es ante quien rinde cuentas la CNMC. Estos mecanismos garantizan que las actuaciones de la nueva institución se alinean con el interés general.

Veamos con más detenimiento la segunda característica, que es especialmente importante. La CNMC es un organismo de supervisión integrado en un doble sentido: es un órgano de supervisión multisectorial, porque aglutina la supervisión de los sectores regulados de red; y es convergente porque aúna la aplicación de la normativa de competencia y supervisión regulatoria. La integración es, por todo ello, un reto importante. Pero este modelo multisectorial y convergente, de supervisión de mercados y aplicación de la normativa de competencia, debe mejorar la eficiencia y eficacia de la supervisión, tanto de competencia como de la regulación, en beneficio finalmente de los consumidores.

La vertiente multisectorial de la institución, entendida como la aglutinación de sectores a supervisar, se entiende bastante bien y no suele suscitar inconvenientes a nadie, dado que está suficientemente probada en el modelo alemán y otros. Los sectores regulados de red, independientemente del servicio que presten, se enfrentan a problemas similares y la posición del que supervisa la aplicación de la regulación es también similar. A pesar de todas las diferencias técnicas que pueda haber en razón del servicio prestado, la regulación de las obligaciones de los principales operadores propietarios de los inputs esenciales, la

regulación del acceso cuando sea necesario, el establecimiento de precios orientados a costes, las metodologías para determinar la posibilidad de réplica de las ofertas por otros operadores, etcétera, tienen una aproximación y fundamentación económica idéntica o muy similar. Hay sinergias que son evidentes si el supervisor de todos los sectores es el mismo.

La faceta convergente del modelo, esto es, la unión de la supervisión regulatoria y la aplicación de la normativa de competencia, ha sido la que ha suscitado o suscita más comentarios. Y, sin embargo, ésta es la segunda gran fortaleza del nuevo modelo. Porque, desde un punto de vista económico, no tiene sentido que la definición de un mercado, el entendimiento sobre cuál es su estructura, 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. Esto carece de sentido económico, porque regulación y competencia buscan lo mismo: que los mercados sean eficientes. No podemos olvidar que la regulación se establece como mecanismo para tratar de solucionar los fallos del mercado. Desde esta perspectiva, unir competencia y supervisión regulatoria permite al regulador 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, lo que le permitirá ser más efectivo y más eficiente en todas las tareas que desempeña. Se trata de un juego de suma positiva.

6. Funciones y estructura de la CNMC

Bajo su naturaleza y régimen jurídico especial, que le dotan de la imprescindible plena independencia respecto del Gobierno y de las Administraciones Públicas y de los sectores supervisados, la CNMC ejerce sus competencias básicamente a través de tres tipos de funciones: es autoridad de supervisión de los sectores regulados (energía, telecomunicaciones y audiovisuales, transportes y postal), es autoridad de competencia encargada de la aplicación de la normativa de competencia, y es órgano consultivo en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. La legislación (Ley 3/2013, Art. 5.2 a) determina como preceptivo, entre otros, el informe de la CNMC en los procesos de elaboración de normas que afecten a la competencia, y le concede un papel preponderante en el proceso normativo y en el impulso de reformas estructurales, al concederle capacidad de iniciativa para proponer mejoras y cambios normativos que beneficien a la competencia, como la aplicación de los artículos 27 y 28 de la Ley de Unidad de Mercado.

La estructura y funcionamiento de la CNMC están diseñados para garantizar que este modelo de regulador, independiente, único, transparente y sometido al control del parlamento sea efectivo:

— El órgano de decisión de la CNMC es el Consejo. Para garantizar la independencia de las decisiones, los ocho Consejeros, más Presidente y Vicepresidente, tienen: mandatos de seis años, no renovables; prohibición de aceptar o solicitar instrucciones del Gobierno; ceses solo por causas previstas en la Ley; dedicación exclusiva y un régimen de incompatibilidades estricto, durante su mandato y los dos años posteriores.

— El Consejo funciona en un pleno y dos salas, con mecanismos de coordinación que garantizan la visión global propia de un regulador único. La Sala de Competencia —presidida por el Presidente, con cuatro Consejeros— descarga la actividad resolutoria de los asuntos que derivan de la normativa de competencia. Mientras que la Sala de Supervisión regulatoria —presidida por el Vicepresidente, con los otros cuatro Consejeros— descarga la actividad de los asuntos que derivan de la aplicación de normativa sectorial.

— Las Direcciones de Instrucción son los órganos técnicos de instrucción de los expedientes que debe resolver el Consejo. Los directores son nombrados por el Consejo y están sujetos a un estricto régimen de incompatibilidades, lo que garantiza la independencia del Gobierno y de las empresas. Además, ejercen sus funciones de instrucción con independencia del Consejo, lo que supone una garantía adicional para los operadores, en especial en procedimientos sancionadores. Hay cuatro Direcciones de instrucción: Competencia, Energía, Telecomunicaciones y Sector Audiovisual y Transporte y Sector Postal.

— La dirección, supervisión y evaluación de las distintas unidades de la CNMC corresponde a su Presidente, que debe impulsar la coordinación entre ellas y de quien también depende directamente el Departamento de Promoción de la Competencia, así como la representación institucional de la institución.

La CNMC ha definido los pilares sobre los que se sustenta la institución en su Plan Estratégico, que se ha sometido a consulta pública y presentado al Parlamento (15 de mayo de 2014), y que se concreta en tres objetivos. El primero es aplicar con rigor y eficacia todos sus instrumentos sobre los mercados y sectores regulados; el segundo, mantener su independencia dotando su funcionamiento de una absoluta transparencia; y el tercero, la seguridad jurídica.

Este último punto del modelo CNMC es esencial y en base a la imprescindible coordinación interna presenta ventajas respecto al modelo anterior: debe permitir en base a esa coordinación reforzar la seguridad jurídica para que los operadores económicos, de cualquier origen, perciban a España como un país atractivo en el que invertir y hacer negocios. La seguridad jurídica no debería entenderse como el mantenimiento inmovilista del *status quo*. La CNMC puede contribuir al aumento de la seguridad jurídica mediante decisiones predecibles, argumentadas y razonadas —en términos negativos podría equipararse a la ausencia de arbitrariedad—, pero no mediante reglas inmutables.

El compromiso de todos los que formamos parte de la CNMC es contribuir a que pueda desempeñar su cometido con eficacia. Aunque ha pasado muy poco tiempo para hacer una valoración, y queda mucho que hacer para lograr una integración completa de las distintas partes preexistentes en la CNMC, la experiencia de sus primeros meses de funcionamiento parece demostrar que un regulador único e independiente tiene un enorme potencial para beneficiar a los consumidores y a toda la sociedad española.

Referencias bibliográficas

[1] BALDWIN, R. (1995): *Rules and Government*. Oxford: Oxford University Press.

[2] BALDWIN, R.; CAVE, M. y LODGE, M. (2012): *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.

[3] BECK, U. (2006): «Living in the World Risk Society». *Economy and Society* 35(3), pp. 329-45.

[4] BLACK, J. (2010): «The Role of Risk in Regulatory Processes», en BALDWIN, R.; CAVE; M. y LODGE, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press.

[5] CÓRDOVA-NOVION, C. y HANLON, D. (2002): «Regulatory Governance: Improving the Institutional Basis for Sectoral Regulators». *OECD Journal on Budgeting*, 2 (3).

[6] DUDLEY, S.E. y BRITO, J. (2012): *Regulation*. 2ª ed. Arlington, VA y Washington, DC: Mercatus Center (George Mason University) y The George Washington University Regulatory Studies Center.

[7] ECB – EUROPEAN CENTRAL BANK (2012): *Competitiveness and External Imbalances within the Euro Area*. ECB Occasional Paper, Nº 139. ECB.

[8] EUROPEAN COMMISSION (2013): *Assessment of the 2013 National Reform Programme and Stability Programme for Spain.* Commission Staff Working Document, SWD(2013) 359 final, May. DG for Economic and Financial Affairs, European Commission.

[9] EUROPEAN COMMISSION (2014): *Macroeconomic Imbalances – Spain 2014*. Occasional Papers Nº. 176, March. DG for Economic and Financial Affairs, European Commision.

[10] GONZÁLEZ-PÁRAMO, C. y GARRIDO, S. (2013): *La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Hogan Lovells, junio.

[11] GRANDE, E. (2011): «Riesgos globales y gobernanza preventiva». En INNERARITY, D. y SOLANA, J. (eds.), *La*

humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales. Barcelona: Paidós.

[12] IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND (2013): «Current Account Adjustment in Spain: Here to Stay?». *Spain. Selected Issues*, julio IMF.

[13] JORDANA, J. y LEVI-FAUR, D. (2011): *La arquitectura de los organismos reguladores: modelos multisectoriales y monosectoriales*. Boletín del Instituto de Gobernanza y Dirección Pública de ESADE, 10 de mayo.

[14] JOSKOW, P.L. (1998): Regulatory Principles for Reforming Infrastructure Sectors in Developing Countries. World Bank Group, abril. Disponible en: www.worldbank.org/html/rad/abcde/joskow.pdf.

[15] NEWBERY, D. 1999): *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*. Cambridge, MA: MIT Press.

[16] OECD (1999): *Relations between Regulators and Competition Agencies*. Competition Policy Roundtables, Nº. 22. OECD.

[17] OECD (2012): *An Analysis of Productivity Performance in Spain before and during the Crisis: Exploring the Role of Institutions*. OECD.

[18] OECD (2013): *The 2012 Labour Market Reform in Spain. A Preliminary Assessment*. OECD.

[19] RADAELLI, C. y DE FRANCESCO, F. (2007): *Regulatory Quality in Europe: Concepts, Measures and Policy Processes.* Manchester: Manchester University Press.

[20] SMITH, W. (1997): «Utility Regulators-Roles and Responsibilities». *Viewpoint*, Nº. 128, Octubre. World Bank. Disponible en: www.worldbank.org/html/fpd/notes/128/128smith.pdf.

[21] SOMMER, D. (2001): «Multi-Utilities: Policy». *Viewpoint*, Nº. 228, March. World Bank. Disponible en: www.worldbank.org/html/fpd/notes/228/228Somme-327.pdf.

[22] SPYRELLI, C. (2003): «Regulating the Regulators? An Assessment of Institutional Structures and Procedural Rules of National Regulatory Authorities». *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 8, Winter 2003/2004.

[23] VALIENTE, A. (2014): «What is it Like to Have a Single, Multi-sector Regulator—the Spanish Experience». *Journal of European Competition Law & Practice*, March 26.

[24] VICKERS, J. y YARROW, G. (1988): *Privatisation: An Economic Analysis*. Cambridge, MA: MIT Press.

ICE

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

Boletín Económico de Información Comercial Española

12 números anuales

Artículos y documentos sobre economía española, comunitaria e internacional, con especial énfasis en temas sectoriales y de comercio exterior

Información Comercial Española Revista de Economía

6 números anuales

Artículos originales sobre un amplio espectro de temas tratados desde una óptica económica, con especial referencia a sus aspectos internacionales

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

ICE

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

CUADERNOS ECONÓMICOS

Número 86 • Diciembre 2013

LA GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL DE LAS ORGANIZACIONES: RETOS Y OPORTUNIDADES

Presentación
Javier Aguilera Caracuel, Natalia Ortiz de Mandojana y Juan Alberto Aragón Correa

Una visión panorámica de la literatura sobre la gestión ambiental de la empresa
Javier Aguilera Caracuel y Natalia Ortiz de Mandojana

Diseñando organizaciones verdes. Análisis de la relación entre el diseño organizativo y prácticas avanzadas de gestión ambiental
Miguel Pérez Valls, José Joaquín Céspedes Lorente y Raquel Antolín López

La sostenibilidad y el papel de la contabilidad en la gestión del cambio climático y la ecoinnovación en la pyme
Carmen Correa Ruiz, Esther Albelda Pérez y Francisco Carrasco Fenech

Sistemas integrados de gestión de calidad y medioambiental: evidencia empírica en la industria española
Eduard Alonso Paulí y José María Carretero Gómez

Gestión medioambiental y rentabilidad. Una revisión de la literatura del sector hotelero
María Dolores López Gamero, José Francisco Molina Azorín, Jorge Pereira Moliner, Eva María Pertusa Ortega y Juan José Tarí Guillo

Anticonsumo basado en preocupaciones sociales y medioambientales: un análisis del país de origen y la industria
Nieves García de Frutos, José Manuel Ortega Egea y Javier Martínez del Río

La influencia de los grupos de interés en el comportamiento medioambiental de los directivos: el uso de estrategias indirectas
Javier Delgado Ceballos y María Dolores Vidal Salazar

La gestión medioambiental proactiva como capacidad dinámica: un análisis con datos panel
Concepción Garcés Ayerbe y Joaquín Cañón de Francia

TRIBUNA DE ECONOMÍA

Un análisis de la satisfacción del turista español que visita el Mediterráneo europeo: planteamiento de una estrategia de marketing común
Mercedes Jiménez García

Cuadernos Económicos de ICE

2 números anuales

Artículos de economía teórica y aplicada y métodos cuantitativos, que contribuyen a la difusión y desarrollo de la investigación económica

Joan Ramon Borrell Arqué*
Juan Luis Jiménez González**
José Manuel Ordóñez de Haro***

REDEFINIENDO LOS INCENTIVOS A LA COLUSIÓN: EL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Los programas de clemencia se han convertido en uno de los instrumentos más efectivos en la lucha contra los cárteles. En este trabajo describimos la difusión, evolución y efectos de tales programas en las dos décadas de su aplicación alrededor del mundo. De las regularidades empíricas extraídas del análisis de todas las decisiones de clemencia adoptadas en la Unión Europea y en España, concluimos que hay margen para ampliar la difusión y aplicación del programa de clemencia en España, y que si se acierta en las reformas, será la fuente principal de detección y sanción de cárteles en la próxima década.

Palabras clave: *cárteles, política de competencia, programa de clemencia.*
Clasificación JEL: *K21, K42, L41, L51.*

* Departamento de Política Econòmica. Universitat de Barcelona. Institut d'Economia Aplicada - Grup de Governs i Mercats y Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center.

** Departamento de Análisis Económico Aplicado. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

*** Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia. Universidad de Málaga.

Los autores agradecen a Francisco Martos y Silvia Vicario su ayuda técnica en la construcción de la base de datos. Asimismo agradecemos la información pública facilitada y colaboración prestada por María Naranjo e Inmaculada Gutiérrez (Comisión Nacional de la Competencia), así como los comentarios recibidos en las Jornadas celebradas el 18 de julio de 2013 en la CNC. No obstante, cualquier error u omisión es de exclusiva responsabilidad de los autores.

1. Introducción

No hay honor entre ladrones[1]. Este aforismo resume la esencia de los programas de clemencia (o *leniency programmes*, en terminología anglosajona). Y es que este tipo de normativa permite genéricamente a los miembros de un cártel beneficiarse de un trata-

[1] PORTER (2005, página 150): «There is no honor among thieves». Este autor no hacía referencia a la denuncia de un cártel por parte de uno de sus componentes, sino a la desviación unilateral por una empresa hacia precios algo inferiores a los cartelizados, buscando así un mayor beneficio por aumentos de su demanda residual.

miento favorable si prestan información y ayuda a las autoridades en el desmantelamiento del mismo.

El origen de estos programas se encuentra en trabajos como el de Maskin (1977) y en la literatura sobre teoría de juegos, si bien podemos encontrar mucha similitud con los programas de delación aplicados a la mafia italiana (la denominada *leggi sui pentiti*) (Jiménez, 2005)[2]. Los primeros pasos en materia de condonación de cargos se localizan en Estados Unidos hacia 1973, aunque no fue hasta 1993 cuando el Departamento de Justicia de este país adoptó el *US Corporate Leniency Program*, por el que cualquier empresa podría acogerse a los beneficios de la delación, aunque el caso estuviese abierto y la colusión no hubiera sido probada. En Europa, la Comisión lo adoptó en 1996, con modificaciones en 2002 y sobre todo en 2006, para una mayor armonización de la normativa comunitaria. A partir de ahí, la difusión de esta política ha sido destacable (véase el apartado 2).

Aunque existen diferencias en la forma de aplicarla entre jurisdicciones, este mecanismo se ha convertido en un instrumento desestabilizador de los cárteles, aumentando, gracias a la delación y mayor cooperación con la Administración de las empresas infractoras, el número de casos analizados por las autoridades de competencia, como después mostraremos.

Actualmente, todos los países que conforman la Unión Europea, excepto Malta, disponen de este instrumento normativo, pero la introducción en los marcos normativos nacionales no ha sido simultánea. Bélgica en 1999, Francia, la República Checa, Eslovaquia e Irlanda en 2001 y en 2002 Holanda, Reino Unido y Suecia fueron los pioneros en esta materia, no solo dentro de la propia Unión, sino también considerando otros países alrededor del mundo. Así, se puede encontrar este tipo de programas en todos los continentes, siendo Brasil, Canadá y Nueva Zelanda otros de los primeros que la introdujeron en sus políticas *antitrust* (año 2000).

La literatura académica ha analizado la idoneidad y eficacia de este instrumento, tanto teórica como empíricamente. Desde la perspectiva teórica, los trabajos pioneros en la materia son los de Motta y Polo (2003) y Spagnolo (2004), así como las mejoras introducidas por Feess y Walzl (2004), Motchenkova (2004), Aubert *et al.* (2006), Chen y Harrington (2007), Harrington (2008) y Hinloopen y Soetevent (2008). Todos ellos tienen un resultado común: los programas de clemencia disuaden la creación y sostenimiento de los cárteles a través de la desestabilización de los mismos.

No obstante, Chen y Harrington (2007) y Harrington (2008) ofrecen una visión algo más crítica (o menos exitosa) de estos programas, al sustentar que cuando éstos son muy laxos, pueden generarse efectos perversos en el *enforcement* de la política de competencia del país, bien incluso aumentando la estabilidad de los cárteles, bien generando un efecto de seguridad en los sectores cartelizados en el caso que las autoridades se centraran solo en las investigaciones por *leniency*, y reduciendo por el contrario las actuaciones de oficio.

Por su parte, la literatura empírica también ha aportado resultados interesantes sobre este instrumento de delación, aunque con ciertos matices. Así, mientras Miller (2009) ofrece evidencias acerca de la efectividad de la nueva definición del programa estadounidense de clemencia, Brenner (2009) y De (2010) muestran que el programa de la Comisión Europea no es tan efectivo en la disuasión y desestabilización de los cárteles.

Los trabajos de Borrell y Jiménez (2008) y sobre todo Borrell, Jiménez y García (2014), han analizado la efectividad en el diseño de la política de competencia y los efectos que sobre ésta ha tenido la introducción de los programas de clemencia, respectivamente. Ambos utilizaron indicadores internacionales acerca de tal efectividad y mostraron que la tenencia de estos programas, así como la introducción de los mismos, mejora considerablemente tales indicadores de desempeño.

En el caso de Borrell, Jiménez y García (2014), los autores cuantifican el impacto de la entrada de los

[2] La sección 625 de la Ley Cossiga (1979), así como la sección 304 de la citada Leggi sui pentiti (1982), incluían la posibilidad de una reducción considerable de la pena en el caso que los terroristas colaboraran con la policía y las autoridades judiciales.

leniency programmes en la efectividad de la política de competencia percibida por empresarios y administradores de empresas, entre un 10 y un 21 por 100. Además, otra conclusión relevante es que existe sesgo de selección, dado que la adopción de tal instrumento está altamente condicionada a la disponibilidad o presencia de determinadas variables objetivas como la existencia de niveles altos de renta per cápita o acuerdos de política regional. Finalmente, una interesante conclusión es que la introducción de programas de delación mejora más la efectividad de la política en los países de menores niveles de efectividad, con lo que la ganancia global es aún mayor.

El presente trabajo describe la difusión, evolución y efectos de los programas de clemencia en las dos décadas de su aplicación alrededor del mundo, prestando especial atención al ámbito comunitario y español. El contenido se articula en cuatro apartados. Tras este primer apartado introductorio, el segundo apartado realiza una breve revisión de la difusión histórica de los programas de clemencia en los distintos países en los que se encuentran actualmente vigentes. También se analizan en detalle las etapas por las que ha transcurrido la introducción del programa de clemencia en la Unión Europea, así como las particularidades propias del relativamente más reciente programa de clemencia español.

El tercer apartado describe algunas de las características que distinguen a las decisiones adoptadas por la Comisión Europea y la Comisión Nacional de la Competencia en las que se aplicó el programa de clemencia. Y, a continuación, discute el impacto de la introducción de los programas de clemencia sobre la efectividad percibida de la política de competencia. El trabajo se cierra con un apartado final de conclusiones.

2. Difusión de los programas de clemencia

Como ya comentamos anteriormente, la introducción de los programas de delación tuvo sus inicios en Estados Unidos de forma efectiva en el año 1993. Su aparente éxito para desestabilizar cárteles y obtener información de ellos fueron las dos premisas fundamentales para que gradualmente hayan sido incorporados en la normativa de competencia en un gran número de países.

Si ordenamos cronológicamente la entrada de estos programas alrededor del mundo, podemos comprobar cómo la curva de difusión de la política muestra una forma de S (véase Gráfico 1). Tres años después de Estados Unidos, la Comisión Europea estableció su propio programa, que fue posteriormente revisado en 2002 y 2006. A partir de ahí, la entrada parece que no ha presentado un patrón cronológico destacable por países, estando España entre los que más tardíamente lo han adoptado hasta el momento.

En menos de dos décadas la mayoría de los países han introducido un programa de clemencia. Borrell, Jiménez y García (2014) utilizan determinados factores explicativos de la introducción de estos programas, como son la antigüedad de la política de competencia, el nivel de renta del país, la realización de elecciones en el país (que motivase tras ello cambios normativos) y la pertenencia a acuerdos regionales o a la Unión Europea, entre otros. Estas últimas variables constituyen quizás los condicionantes más importantes para la introducción de los programas de delación, dado que al ser partícipes de acuerdos de integración económica, la política de competencia suele ser una de las variables de necesario cumplimiento.

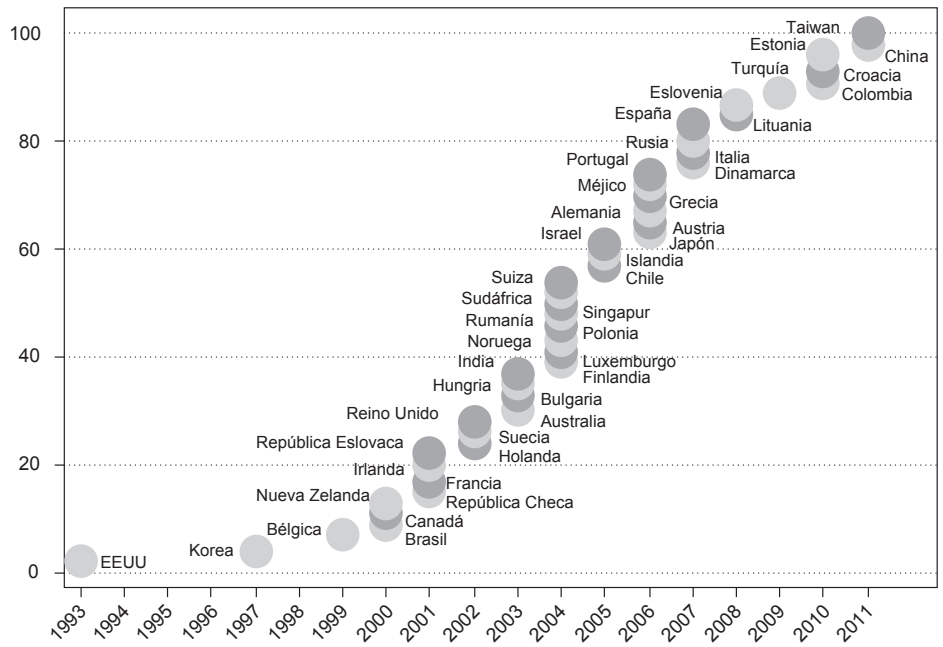
El programa de clemencia comunitario

Una de las iniciativas más importantes adoptadas por la Comisión Europea para la detección y desmantelamiento de cárteles ha sido la introducción y aplicación del programa de clemencia. Los detalles y descripción de la política de clemencia, que se ha seguido a lo largo de estos años a nivel comunitario, se han recogido en una serie de comunicaciones realizadas por la Comisión en tres momentos diferentes del tiempo.

El primer programa de clemencia se desarrolla en la «Comunicación de la Comisión relativa a la no im-

GRÁFICO 1

EVOLUCIÓN TEMPORAL DE PAÍSES QUE HAN ADOPTADO PROGRAMAS DE CLEMENCIA (En %)



FUENTE: BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA (2014).

posición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles del 18 de julio de 1996[3].» Esta Comunicación establecía las condiciones bajo las cuales las empresas que cooperaran en el marco de una investigación podrían quedar exentas o beneficiarse de una reducción de la multa que, en caso contrario, se les habría impuesto.

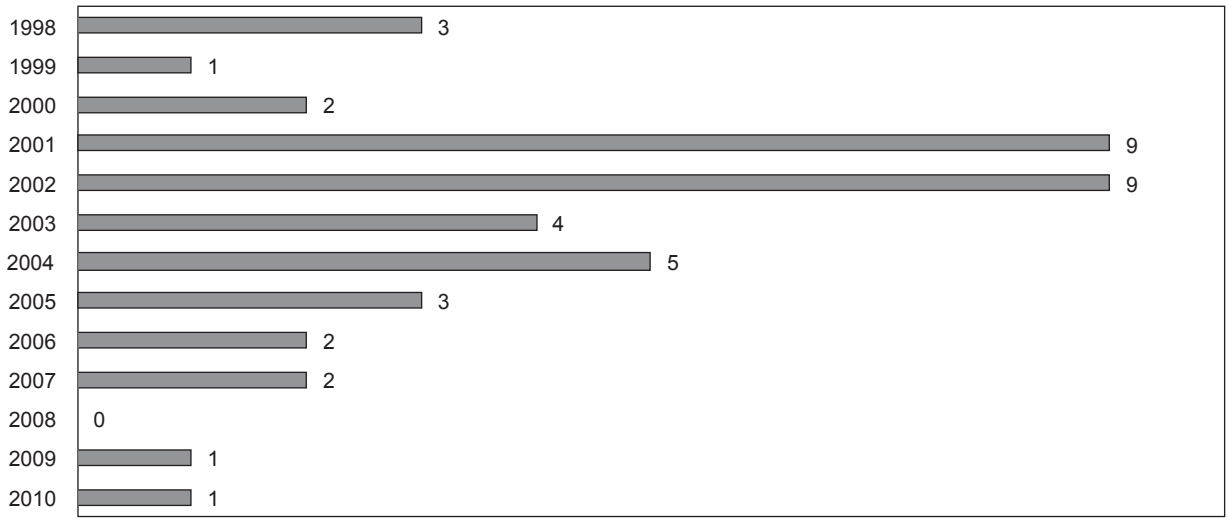
Este primer sistema de clemencia fue objeto de numerosas críticas que pusieron de manifiesto posibles problemas que afectaban a su efectividad. No obstante, introdujo algunas de las líneas básicas que guiarían las posteriores versiones del programa, como son el requisito para la empresa cooperante de cesar en su participación en el cártel, mantener una colaboración permanente y completa con la Comisión o el no haber desempeñado un papel clave como instigadora o ejerciendo coacción sobre otras empresas para el desarrollo de la actividad ilícita.

Asimismo, establece una gradación en el potencial beneficio que obtendría la empresa cooperante en función, básicamente, del momento en que aportara la información determinante. En particular, para la primera empresa que aportara pruebas relevantes se le garantizaba como mínimo una reducción en la sanción del 75 por 100 si lo hiciera antes de que la Comisión hubiese iniciado la investigación, y de entre el 50 y 75 por 100 si su aportación era después de iniciarse dicho proceso. Por último, se aseguraba a

[3] OJ C 207, 18-7-1996.

GRÁFICO 2

NÚMERO DE DECISIONES EN LAS QUE SE APLICÓ EL PROGRAMA DE CLEMENCIA DE 1996



FUENTE: Comisión Europea y elaboración propia.

las empresas una reducción en la sanción de entre el 10 y el 50 por 100 por el hecho de cooperar con la Comisión.

La primera vez que se consideró esta Comunicación en una decisión de la Comisión y, por tanto, la primera vez que se aplicó el programa de clemencia en la Comunidad Europea, no fue hasta el 26 de enero de 1998, en el caso IV/35.814 - Extra de aleación[4], en el que se aplicaron reducciones del 40 por 100 y 10 por 100 a las empresas implicadas. A partir de entonces, este sistema se aplicó en un total de 42 decisiones de la Comisión Europea, de las que cuatro corresponden a casos en los que las sentencias posteriores de los tribunales de justicia europeos han exigido que la Comisión realizara lo que se conoce como una readopción, una nueva resolución del caso respecto a la resolución inicialmente tomada.

La Comunicación de 1996 evidenciaba una falta de concreción en el proceso, en el tipo de información que sería necesario aportar y, en consecuencia, en la cuantía de la reducción a la que tendría derecho una empresa cooperante, otorgando cierto poder discrecional a la Comisión en el momento de adoptar una decisión al respecto. Este hecho pudo generar incertidumbre legal a aquellas empresas que decidieran cooperar y un claro obstáculo al éxito del programa[5]. Se hacía necesario, por tanto, una revisión de las condiciones aplicables en el sistema comunitario de clemencia (Gráfico 2).

[4] Esta decisión fue objeto de una nueva adopción el día 20 de diciembre de 2006 en el caso *COMP/F/39234*.

[5] En esta primera etapa, la Comisión no necesitaba que las empresas hubiesen solicitado una reducción de la multa para aplicarla, y muchas veces esta decisión se basaba en la evaluación que ésta hacía de la cooperación que hubiesen realizado las empresas infractoras.

El día 19 de febrero de 2002, la Comisión publicó una segunda Comunicación que incorporaba importantes modificaciones en el procedimiento y requisitos exigidos hasta entonces en el programa de clemencia[6]. En particular, la Comisión aclaró las condiciones bajo las cuales concedería inmunidad en el pago de las multas a la primera empresa en aportar elementos de prueba, aceptando que se pudieran presentar dichos elementos de una manera hipotética, y abriendo incluso a los cabecillas de la actividad ilícita la posibilidad de acogerse al programa, siempre que no hubiesen coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción.

En el procedimiento se emplazaba al primer cooperante para que proporcionara de manera inmediata los elementos de prueba, remitiéndole un escrito de acuse de recibo de la solicitud en el que se confirmaba la fecha de aportación de pruebas. Una vez que la empresa hubiese revelado toda la evidencia que obrara en su poder, la Comisión podía otorgar una inmunidad condicional del pago de las multas, guardándose la posibilidad de revocar dicha inmunidad si la empresa solicitante no cumpliera con lo exigido por la Comisión en esta Comunicación.

También para aquellas empresas que no cumplieran con los requisitos para acceder a la inmunidad plena y, por consiguiente, optaran a solicitar una reducción del importe de la sanción, la Comunicación detallaba lo que se entendía por el valor añadido que debían aportar los elementos de prueba presentados por estas empresas, para ser admitida su solicitud.

La empresa solicitante de reducción de la sanción, al igual que ocurriera tras la solicitud de la inmunidad completa, recibiría un escrito de acuse de recibo y se establecería un descenso progresivo en el intervalo de la reducción a la que tendría derecho la empresa en función de si fuese la primera (30-50 por 100), segunda (20-30 por 100) o siguientes (0-20 por 100), en cumplir los requisitos exigidos. No obstante, a pesar que se garantizaba la reducción, el solicitante no conocía el importe exacto de la reducción que se le aplicaría hasta que la Comisión adoptara su decisión final en el procedimiento.

Este segundo programa de clemencia se aplicó por primera vez el 20 de octubre de 2005 en la decisión de la Comisión Europea sobre el caso COMP/*C.38.281/B.2 - Tabaco crudo Italia* donde sancionó a cuatro procesadores italianos de tabaco por coludir en los precios pagados a los productores y otros intermediarios, así como en la asignación de los proveedores[7]. Incluyendo esta decisión, el programa de clemencia de 2002 fue aplicado en 29 decisiones de la Comisión Europea[8] (Gráfico 3).

La última Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel está vigente desde el 8 de diciembre de 2006. Esta revisión ha buscado proporcionar más claridad y transparencia en los requisitos y procedimiento a seguir en el programa de clemencia, así como hacer más atractivo el programa a potenciales cooperantes.

Una de las modificaciones introducidas por este nuevo programa ha sido que los elementos de prueba a aportar para solicitar la inmunidad deben permitir a la Comisión efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cártel; o determinar la existencia de una infracción al artículo 81 del Tratado CE (actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) en relación con el presunto cártel. Además, añade la posibilidad de que la

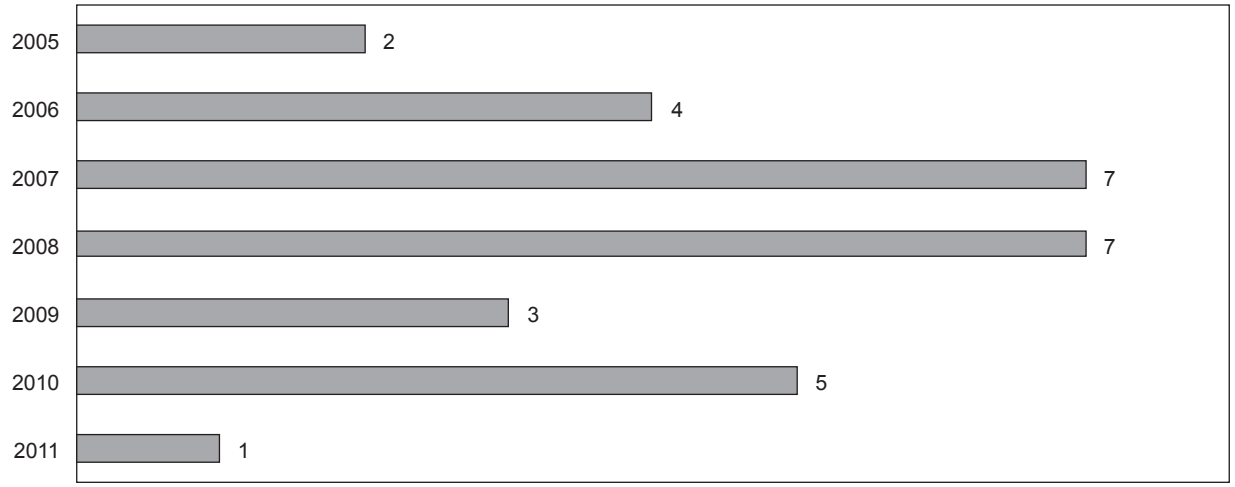
[6] Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad en el pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2002/C 45/03).

[7] En este caso, la empresa líder del mercado, Deltafina, presentó una solicitud de inmunidad condicional y, alternativamente, la reducción del importe de la sanción en base a los elementos de prueba sobre la conducta infractora aportados. Sin embargo, antes que la Comisión llevara a cabo las oportunas inspecciones por sorpresa, esta empresa informó al resto de participantes que había cursado la solicitud de inmunidad, poniéndoles al tanto de la existencia de la investigación. El incumplimiento de los requisitos de la Comunicación referentes al mantenimiento de una rigurosa confidencialidad del proceso, provocaron que la empresa finalmente perdiera todas sus opciones de inmunidad y reducción de la multa en el marco del programa de clemencia. Justo un año antes, en la decisión del caso *COMP/C.38.238/B.2 Tabaco crudo – España*, la Comisión había sancionado a cinco procesadores españoles de tabaco.

[8] En el caso *COMP/39.168-PO/Artículos de mercería metálicos y plásticos: Cierres* se aplicaron las Comunicaciones de 1996 y 2002.

GRÁFICO 3

NÚMERO DE DECISIONES EN LAS QUE SE APLICÓ EL PROGRAMA DE CLEMENCIA DE 2002



FUENTE: Comisión Europea y elaboración propia.

empresa que pretendiera obtener inmunidad pueda optar entre pedir inicialmente un indicador (*marker*), que reserve su puesto según el orden de presentación, o proceder a presentar su solicitud formal de inmunidad.

Por último, un asunto que puede estar reduciendo los incentivos de miembros de cárteles a cooperar con la Comisión, es que esta Comunicación contempla que, una vez adoptada la decisión final por la Comisión, las declaraciones de las empresas que solicitaron clemencia pasen a ser públicas, lo que sitúa en una situación de desventaja a los que cooperan, frente a los que no lo hacen, en caso de posibles acciones privadas de resarcimiento de daños.

La primera decisión en la que se considera la aplicación de este programa de clemencia de 2006 corresponde al caso *COMP/39.406 - Mangueras marinas* cuya decisión final se adoptó el 28 de enero de 2009. La Comisión sancionó a una serie de productores de mangueras marinas por repartirse el mercado y coludir en la fijación de precios. Una de las empresas obtuvo la inmunidad plena de la sanción y otra mereció una reducción del 30 por 100, al reconocerse su colaboración con la Comisión para la detección del cártel. Incluyendo esta decisión, en el período comprendido entre los años 2006 a 2012, la Comunicación de 2006 se ha considerado en un total de 9 decisiones por parte de la Comisión Europea (Gráfico 4).

En resumen, como podemos observar en el Gráfico 5, independientemente de sus posibles defectos, la primera Comunicación de 1996 supuso un claro impulso en la detección y desmantelamiento de los cárteles que operaban en el Espacio Económico Europeo[9].

[9] En el Gráfico 5 se contabilizan una sola vez las cuatro decisiones que fueron objeto de readopción por parte de la Comisión Europea, y se tiene en cuenta que en el caso *COMP/39.168-PO* se aplicaron dos Comunicaciones distintas, 1996 y 2002.

GRÁFICO 4

NÚMERO DE DECISIONES EN LAS QUE SE APLICÓ EL PROGRAMA DE CLEMENCIA DE 2006

FUENTE: Comisión Europea y elaboración propia.

De hecho, si interpretamos el número de decisiones como una *proxie* del número de solicitudes de clemencia que condujeron a la detección y sanción de cárteles en cada uno de los programas, los datos parecen sugerir que las dos primeras etapas del programa de clemencia comunitario generaron mayores incentivos a la cooperación con la Comisión, como si estuviese operando una suerte de ley de rendimientos decrecientes en la aplicación de la política de clemencia.

No obstante, Stephan (2009) señala que la mayoría de casos que se decidieron utilizando la primera Comunicación ya no estaban activos en ese momento y habían sido objeto de investigaciones similares por parte del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Por consiguiente, según este autor, no se debería conceder demasiado mérito al programa comunitario. En cualquier caso, en nuestra opinión, no se puede descartar que el menor número de decisiones en la última etapa sea precisamente el deseado resultado disuasivo de la política de competencia comunitaria, tanto pasada como presente, que ha conducido a una menor actividad infractora.

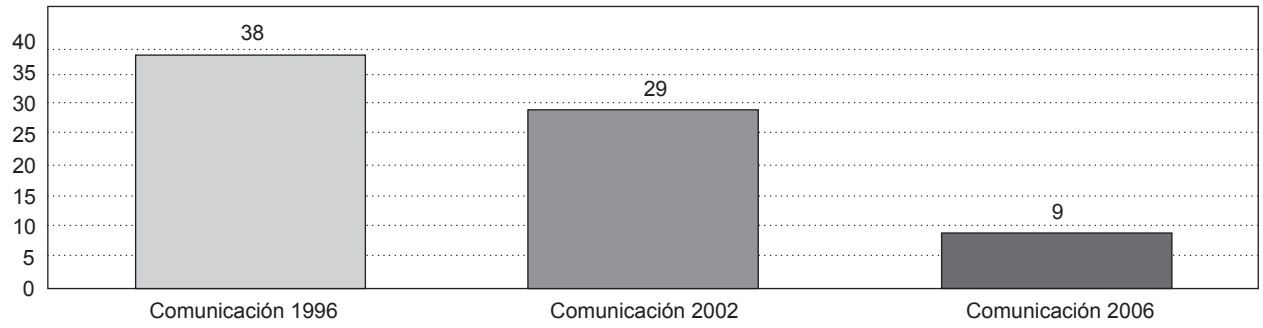
El programa de clemencia español

La introducción del programa de clemencia en España se contempla en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). Sin embargo, su aplicación efectiva no fue posible hasta el 28 de febrero de 2008, fecha en la que entra en vigor el Real Decreto 261/2008 por el que se aprobaba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y que desarrolla lo establecido en la LDC en lo relativo al programa de clemencia en sus artículos 46 a 53.

En consecuencia, la adopción en España del programa de clemencia puede considerarse algo tardía, si se compara con lo acontecido en otros países de nuestro entorno europeo. No obstante, este retraso permitió que el programa español de clemencia se beneficiara de la experiencia adquirida por otras autoridades de la competencia en el desarrollo de sus respectivos programas. A esto hay que unir el hecho de que, a pesar del relativamente corto período de vigencia, los resultados obtenidos en su aplicación, desde el mismo momento

GRÁFICO 5

NÚMERO DE DECISIONES SANCIONADORAS EN CADA PROGRAMA DE CLEMENCIA COMUNITARIO



FUENTE: Comisión Europea y elaboración propia.

de su entrada en vigor hasta la actualidad, apuntan a un balance rotundamente positivo de su efectividad en la lucha contra cárteles previamente existentes.

Aunque inspirado en el comunitario, el programa de clemencia español posee ciertas características propias. En algunos casos estas características confieren mayor seguridad jurídica a las empresas que deciden cooperar con la CNC, como puede ser la mayor concreción en los requisitos en la colaboración exigible a las empresas solicitantes de exención de la multa. En otros casos, esa misma precisión limita su capacidad e impide que determinadas prácticas que merecerían la catalogación de cártel a nivel comunitario, no lo sean en el ámbito español (Vidal, 2009 y Gutiérrez y Guerra, 2011)[10].

Otra de las diferencias procedimentales del sistema español de clemencia frente al comunitario es la imposibilidad de realizar la solicitud de exención en términos hipotéticos (como ocurre en el programa comunitario) y la inexistencia de un sistema general de indicador (*marker*) para reservar el lugar que se ocupa en el cumplimiento de los requisitos que permiten que se apruebe la exención del pago de la sanción (Martín y Pelayo, 2009).

En el sistema español, de acuerdo con la Ley 1/2002, de 21 de febrero[11], las autoridades de competencia autonómica son también competentes para aplicar el programa de clemencia, aunque se establece un proceso por el que antes de que resuelvan sobre la exención particular deberán notificar la solicitud y proporcionar toda la información aportada en el procedimiento a la CNC.

Hay que destacar que la CNC mantiene una colaboración y coordinación constante y efectiva no solo con los organismos de defensa de la competencia autonómicos sino también con la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de competencia.

[10] La definición de cártel que contiene la Disposición adicional cuarta de la LDC excluiría muchas conductas que se consideran contrarias al artículo 1 de la LDC o el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Sin embargo, en la práctica, la CNC no se ha ceñido a esta definición estricta como se desprende de la resolución en el expediente *S/0086/08 Peluquería profesional*.

[11] Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Si hacemos una aproximación inicial a las resoluciones dictadas por el Consejo de la CNC, la primera que consideró el programa de clemencia se adoptó el 10 de diciembre de 2009 en el caso *S/0085/08 Dentífricos*. No obstante, este procedimiento no condujo a ninguna sanción puesto que la infracción objeto del expediente había prescrito. Desde entonces hasta la actualidad, el Consejo ha dictado 17 resoluciones en las que se ha aplicado el programa de clemencia (véase Cuadro 1).

CUADRO 1

RESOLUCIONES DE LA CNC EN LAS QUE SE APLICÓ EL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Fecha de la resolución	Expediente
10/12/2009	S/0085/08 Dentífricos
21/01/2010	S/0084/08 Fabricantes de gel
28/07/2010	S/0091/08 Vinos finos de Jerez
31/07/2010	S/0120/08 Transitarios
02/03/2011	S/0086/08 Peluquería profesional
24/06/2011	S/0185/09 Bombas de fluidos
10/11/2011	S/0241/10 Navieras Ceuta-2
02/12/2011	S/0251/10 Envases hortofrutícolas
23/02/2012	S/0244/10 Navieras Baleares
02/08/2012	S/0287/10 Postensado y geotecnia
15/10/2012	S/0318/10 Exportación de sobres
07/11/2012	S/0331/11 Navieras Marruecos
21/11/2012	S/0317/10 Material de archivo
15/02/2013	S/0343/11 Manipulado de papel
28/02/2013	S/0342/11 Espuma de poliuretano
25/03/2013	S/0316/10 Sobres de papel
23/05/2013	S/0303/10 Distribuidores saneamiento

FUENTE: CNC y elaboración propia.

3. Efectos y efectividad de los programas de clemencia

Tras describir la evolución en el número de casos en Europa y en España, el presente apartado se divide en dos subapartados. En el primero de ellos realizamos una exposición de algunas de las características más relevantes que se extraen del estudio de las decisiones, tanto de la Comisión Europea como de la CNC, que consideraron la aplicación de un programa de clemencia.

En el subapartado, se destacan los principales resultados obtenidos en la medición del impacto de la introducción de los programas de clemencia sobre la efectividad de la política de competencia para una amplia muestra de países.

El programa de clemencia comunitario y español: algunos rasgos relevantes de su ejecución

En este primer subapartado describimos algunos de los principales resultados que hemos obtenido del análisis de las decisiones adoptadas por la Comisión Europea y la CNC en sus respectivos programas de clemencia. Este análisis está basado en una base de datos de elaboración propia, construida a partir de la información disponible en la página web de la Comisión Europea[12] y de la CNC[13]. En particular, se han considerado las 79 decisiones que ha publicado la Comisión Europea, de las que cuatro corresponden a readopciones de decisiones previas, así como las 17 resoluciones que ha dictado hasta el momento el Consejo de la CNC.

a) Importancia del programa de clemencia en la actividad de las autoridades de la competencia comunitaria y española

Como puede deducirse de los datos elaborados en el Cuadro 2, el programa de clemencia comunitario ha sido un instrumento esencial en la lucha contra los cárteles. En promedio, el programa de clemencia se aplicó en el 86 por 100 de las decisiones sancionadoras de cárte-

[12] http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html
[13] http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx

CUADRO 2

NÚMERO DE DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA QUE APLICARON EL PROGRAMA DE CLEMENCIA Y TOTAL DE DECISIONES DE CÁRTEL

Año	Decisiones programa de clemencia (a)	Total decisiones de cártel (b)	% (a/b)	Total decisiones (art. 101, 102 TFUE) (c)	% (a/c)
2001	9	10	90	17	53
2002	9	10	90	12	75
2003	4	5	80	15	27
2004	5	6	83	18	28
2005	5	5	100	10	50
2006	6	7	86	13	46
2007	8	8	100	14	57
2008	7	7	100	14	50
2009	5	6	83	11	45
2010	7	7	100	14	50
2011	4	4	100	8	50
2012	4	5	80	11	36

FUENTE: Comisión Europea y elaboración propia.

les. Si evaluamos el número de decisiones en las que se concede clemencia por parte de la Comisión Europea, respecto al total de decisiones antimonopolio y cárteles, éstas nunca se han encontrado por debajo del 27 por 100 anual y han representado, en promedio para el período 2001-2012, el 47 por 100 del total de decisiones.

En lo referente al programa de clemencia español, las resoluciones de la CNC donde se aplicó el programa representan en promedio para el período 2010-2013 casi el 28 por 100 de las resoluciones sobre conductas colusorias y más del 24 por 100 del total de conductas restrictivas (ver Cuadro 3).

Este menor porcentaje, en comparación con lo observado para las decisiones de la Comisión Europea, puede obedecer a distintas razones: en primer lugar, como hemos comentado previamente, la definición más estricta de cártel que aparece en la LDC, lo que limita las conductas anticompetitivas a las que se podría aplicar el programa de clemencia español; en segundo lugar, la tardía aplicación del programa de clemencia en España y, por tanto, el escaso período de tiempo transcurrido para poder comparar sus efectos con los alcanzados a nivel comunitario; tercero, la mayor disponibilidad de recursos humanos y materiales con los que cuenta la Comisión Europea para la ejecución del programa de clemencia; y, por último, la elevada efectividad de las investigaciones iniciadas de oficio por la CNC en la detección y sanción de las conductas restrictivas de la competencia en el territorio español.

b) Los procedimientos e importancia de las sanciones impuestas

La duración media de los procedimientos iniciados por la Comisión Europea, es decir, desde el comienzo de la investigación hasta la adopción de la decisión fi-

CUADRO 3

RESOLUCIONES SANCIONADORAS DE LA CNC EN CONDUCTAS RESTRICTIVAS

Año	Resoluciones sancionadoras con aplicación del programa de clemencia (a)	% (a/b)	Total conductas colusorias (b)	% (a/c)	Total conductas restrictivas (art. 1, 2 y 3 LDC) (c)
2008.....	0	-	8	-	13
2009.....	0*	-	16	-	25
2010.....	3	30	10	30	10
2011.....	4	18	22	14	29
2012.....	5	23	22	17	29
2013**.....	4	40	10	36	11

NOTAS: * en el año 2009 se aplicó el programa de clemencia en el caso S/0085/08 *Dentífricos,* pero finalmente el Consejo resolvió que la infracción había prescrito. ** enero 2013-junio 2013.

FUENTE: CNC y elaboración propia.

nal, supera los cuatro años. Por el contrario, en el caso de la CNC esta duración solo fue algo más de dos años.

El porcentaje de investigaciones iniciadas gracias a la presentación de una solicitud de inmunidad que concluyeron con una decisión sancionadora alcanza cifras muy elevadas, por encima del 70 por 100 en ambos contextos, comunitario y español. Este hecho destaca el papel decisivo en la desestabilización, detección y desmantelamiento que juega en el ámbito comunitario y español la política de clemencia.

En el Cuadro 4 también se pone de manifiesto que en más del 60 por 100 de las decisiones con aplicación de programas de clemencia se concedió la inmunidad en el pago de la sanción. En consecuencia, tanto la Comisión Europea como la CNC pueden considerarse autoridades significativamente clementes en sus decisiones.

Atendiendo al dato relativo a la sanción promedio por decisión, el Cuadro 4 señala una mayor severidad absoluta en las multas promedio impuestas por la Comisión Europea, que representan más de 12 veces las impuestas por la autoridad española. No obstante, estos datos hay que considerarlos teniendo en cuenta el mayor volumen de negocios de las empresas sancionadas por la Comisión Europea, que desarrollaron su actividad en un mercado relevante mucho más amplio que el español.

La multa más alta impuesta por la Comisión Europea correspondió a la empresa Le Company de Saint Gobain en el caso *COMP/39.125 - Cristal de coches*, que ascendió a 896.000.000 de euros. En el programa español, la multa más elevada se le impuso a la empresa *Compañía Transmediterránea SA* en el caso *S/0244/10 Navieras Baleares*, superando los 36.000.000 de euros.

c) Características de las infracciones sancionadas

El Cuadro 5 revela ciertas peculiaridades de las infracciones donde se aplicó el programa de clemencia por la autoridad competente. En primer lugar, se observa una mayor duración media de las infracciones castigadas por la autoridad española. Este dato se puede explicar por el hecho de que la mayor parte de los cárteles, penalizados gracias al programa de clemencia en España, habían desarrollado su actividad ilícita durante un largo período de tiempo. Destaca, en

CUADRO 4

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS DECISIONES CON APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Programa	Duración promedio del proceso (meses)	Nº investigaciones iniciadas por programa de clemencia (%)	Decisiones en las que se otorgó inmunidad (%)	Sanción promedio por decisión (euros)
Comunidad Europea (1998-2012).....	52	70,9	63,3	33.594.942,13
España (2008-6/2013).....	28	70,6	68,8	2.685.420,16

FUENTE: Comisión Europea, CNC y elaboración propia.

CUADRO 5

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS INFRACCIONES SANCIONADAS

Programa	Duración promedio de la infracción (meses)	Número promedio de empresas implicadas	Número promedio de países implicados
Comunidad Europea (1998-2012).....	86	9,1	4
España (2008-6/2013).....	119	10,5	1

FUENTE: Comisión Europea, CNC y elaboración propia.

este sentido, la detección y sanción del especialmente dañino cártel de los sobres de papel, cuyo expediente se ha resuelto recientemente por el Consejo de la CNC[14] . Este cártel llegó a estar activo durante, aproximadamente, 34 años.

El número promedio de empresas implicadas en las infracciones objeto de los procedimientos sancionadores por la Comisión Europea (9,1 empresas) y la CNC (10,5 empresas) es bastante similar, aunque algo superior en el caso de los expedientes resueltos por la autoridad española. Finalmente, en las decisiones de la Comisión Europea se observa que el número promedio de países afectados por el desarrollo de las actividades anticompetitivas sancionadas fue igual a cuatro.

d) Descubriendo al solicitante de clemencia

Un rasgo llamativo de las primeras empresas en delatar la existencia de un cártel en las diferentes decisiones de las autoridades de la competencia, se desprende del estudio de la posición que ocupaban

[14] Expediente *S/0316/10 Sobres de papel*, resolución del 25 de marzo de 2013.

CUADRO 6

ALGUNOS RASGOS RELEVANTES DE LA PRIMERA EMPRESA SOLICITANTE DE INMUNIDAD O EXENCIÓN

Programa	Posición en el mercado relevante			Participaba en cártel activo (%)
	Primera	Segunda	Tercera o siguientes	
Comunidad Europea (1998-2012)	33,90	23,70	42,40	16,70
España (2008-6/2013)	17,65	29,41	52,94	47,10

FUENTE: Comisión Europea, CNC y elaboración propia.

esas empresas en el mercado relevante en la línea del trabajo de Marvao (2013).

En términos generales se observa un elevado peso de estas empresas en sus respectivos mercados. Así, de las empresas que colaboraron en primer lugar en el marco del programa de clemencia comunitario, el 57,6 por 100 ocupaban la primera o segunda posición en su mercado, y una cifra algo inferior (el 47 por 100) en el español.

Contrariamente a lo que podría esperarse de los modelos económicos de colusión que establecen que las empresas con menores cuotas tendrían una mayor propensión a romper un cártel (Ivaldi *et al.* 2003), nuestros resultados indican que la existencia de un programa de clemencia puede modificar estos incentivos y hacer más atractiva la delación en el caso de empresas que poseen importantes cuotas de mercado en las industrias afectadas.

La cuarta columna del Cuadro 6 indica el porcentaje de empresas que solicitaron la inmunidad cuando aún existía una participación activa en el cártel, al menos hasta ese momento. El bajo porcentaje que se observa para el programa comunitario confirma las conclusiones a las que llega Stephan (2009) en su estudio de las decisiones en las que se aplicó la Comunicación de 1996: una vez que un cártel se rompe, la empresa que fue cómplice durante la conducta anticompetitiva vuelve a ser una «enemiga» en el mercado. Por tanto, el programa de clemencia puede ser utilizado como un valioso instrumento para infligir daño a los, ahora, competidores de la empresa cooperante.

Debemos reseñar que muchas empresas que participaban en más de un cártel en el momento de presentar la solicitud de inmunidad optaron por delatar la existencia de todos ellos en un mismo momento del tiempo. Este fue el caso, por ejemplo, de la empresa Henkel Ibérica SA, filial del grupo alemán Henkel AG Co KgaA que el mismo día de la entrada en vigor del programa de clemencia español presentó una solicitud de inmunidad en el pago de la sanción, presentando pruebas de la existencia de una serie de cárteles en los que había participado y que fueron posteriormente considerados en los expedientes españoles *S/0085/08 Dentífricos*, *S/0084/08 Fabricantes de gel* y *S/0086/08 Peluquería profesional*.

También el grupo español Unipapel SA (actual Adveo Group International SA) fue el primero en delatar simultáneamente, el 14 de septiembre de 2010, la existencia de varios cárteles en los que estaba implicado, tal como recogen las resoluciones de los expedientes *S/0317/10 Material de archivo*, *S/0343/11 Manipulado de papel* y

S/0316/10 Sobres de papel. Esta misma empresa presentó una segunda solicitud de clemencia un poco después, el 30 de noviembre de 2010, para declarar la existencia de otro cártel en el que operaba y que fue objeto de sanción en la resolución del expediente *S/0318/10 Exportación de sobres*.

Los anteriores hechos responderían a que, una vez que la empresa rompe el pacto de silencio respecto a la existencia del cártel en el que participaba, perdería todo crédito de mantenerlo en el resto y, en consecuencia, de no delatarlo, es muy probable que perdiera la carrera para ser el primero en la solicitud de clemencia, perdiendo toda opción de obtener la inmunidad en esos otros cárteles.

Además, a esta ruptura, en la mutua confianza entre cómplices de un delito, se une el hecho de tratarse de cárteles que operaban en el mismo o en un sector muy próximo, por tanto, la probabilidad de que la Dirección de Investigación de la CNC encontrara pruebas de su participación en los otros cárteles era muy elevada.

Por último, cabe hacer una serie de comentarios referentes a la nacionalidad más frecuente de la principal empresa colaboradora en la detección y desmantelamiento de los cárteles sancionados. En las decisiones adoptadas por la Comisión Europea se obtiene que el 20,3 por 100 de las empresas fueron alemanas, seguidas por las empresas de nacionalidad estadounidense con el 13,9 por 100, y empresas británicas y japonesas con el 10,1 por 100. Para las resoluciones dictadas por el Consejo de la CNC, si nos guiamos por la nacionalidad de las empresas infractoras, o de las matrices en el caso de las empresas filiales, el 53 por 100 de las primeras empresas en delatar la existencia del cártel y colaborar con la CNC fueron de nacionalidad española, siguiéndoles en importancia las empresas cuya matriz era de nacionalidad alemana con el 18 por 100.

No obstante, como destaca Guzmán (2012), las solicitudes de clemencia presentadas ante la CNC corresponden a empresas multinacionales o españolas que operan a nivel internacional. Según este trabajo, una posible explicación sería que la mayoría de las empresas españolas, cuya actividad se concentra en el territorio nacional, podría desconocer la existencia del programa, aunque considera más probable que se deba al temor o recelo motivado por el mayor alcance de las posibles represalias que sufrirían estas empresas si delataran una infracción, dadas las escasas o inexistentes alternativas al restringido mercado donde actúan.

En cualquier caso, la importante presencia de empresas alemanas en ambos contextos analizados, puede tener distintas interpretaciones no excluyentes, ni exhaustivas: el mayor peso de las empresas alemanas en los mercados europeos, una mayor utilización estratégica del sistema de clemencia por parte de estas empresas para dañar a competidores y cómplices en la infracción delatada, o incluso un mayor sentimiento de arrepentimiento de las empresas germanas vinculado a sus creencias religiosas (población mayoritariamente, a partes iguales, católica o protestante). No obstante, esta última interpretación no parece muy verosímil si estas empresas hubiesen participado por un largo período de tiempo en la conducta infractora. De hecho, en el caso comunitario, más del 80 por 100 de las empresas alemanas, principales cooperantes en la detección de la infracción, participaron durante más de dos años en los correspondientes cárteles sancionados. En España, la filial del grupo Henkel AG Co KgaA participó en los cárteles que delató durante un período no inferior a 27 meses.

Medición de la efectividad de la política de competencia tras la introducción de un programa de clemencia

Medir la efectividad de la política de competencia de forma objetiva es una tarea de muy difícil realización. No obstante, en los últimos años se han desarrollado una serie de indicadores que constituyen buenas *proxies* acerca de esta medida. Así existen tres grandes fuentes de datos en esta línea: el Global Competition Review, los facilitados por el World Economic Forum (WEF) de Davos y los de la Escuela de Negocios IMD de Lausana (International Institute for Management Development).

CUADRO 7

ANÁLISIS DE VALORES MEDIOS DEL ÍNDICE DE EFECTIVIDAD DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Valor medio de la efectividad SIN clemencia	Valor medio de la efectividad CON clemencia	Test T de igualdad de medias	Diferencia relativa	Test de igualdad de distribuciones de Kolmogorov–Smirnov
5,26 (1,28)	5,85 (1,15)	0,58 (0,09)***	11,22%	0,26***

NOTAS:Toda la muestra entre 1998 y 2011. Parejas de países y años 730. *** Test de significatividad 1 por 100. Errores estándar entre paréntesis.
FUENTE: BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA (2014).

El primero realiza una encuesta anual a profesionales relacionados con la política de competencia y regulación, para 34 países en 2012. Tanto el World Economic Forum como la Escuela de Negocios IMD realizan una encuesta a directivos de empresas sobre un amplio conjunto de aspectos relacionados con la competitividad de los países en los que operan que se tiene en cuenta en la elaboración respectivamente de los *rankings* del World Competitiveness Report y del Global Competitiveness Yearbook, publicados anualmente por cada una de estas dos instituciones.

En concreto, la Executive Opinion Survey de la Escuela de Negocios IMD de Lausana incluye la siguiente cuestión a los directivos de empresas: «la legislación sobre competencia es eficiente para prevenir prácticas anticompetitivas», que debe ser respondida de forma escalar según el grado de acuerdo o desacuerdo con dicha frase. Aunque algo genérica, Voigt (2009) muestra que la respuesta promedio a nivel de país y año a esta cuestión está altamente correlacionada con otros indicadores similares, incluido el de la encuesta del World Economic Forum (WEF), lo que la convierte en una *proxie* de la percepción de efectividad de la normativa de competencia en el país por parte de los ejecutivos de empresa. Además, ha sido utilizada en múltiples referencias tales como Dutz y Hayri (2000), Borrell y Jiménez (2008), Voigt (2009), Waked (2010) o Ma (2011 y 2012), entre otros.

El análisis descriptivo del indicador de efectividad nos permite mostrar intuitivamente cómo evoluciona la efectividad de la política de competencia a lo largo del tiempo en los distintos países estudiados. En el caso de España destaca cómo el indicador de efectividad de la política de competencia mejoró en un 30 por 100 tras la entrada en vigor de la nueva Ley de defensa de la competencia de 2007 hasta alcanzar un máximo en 2011.

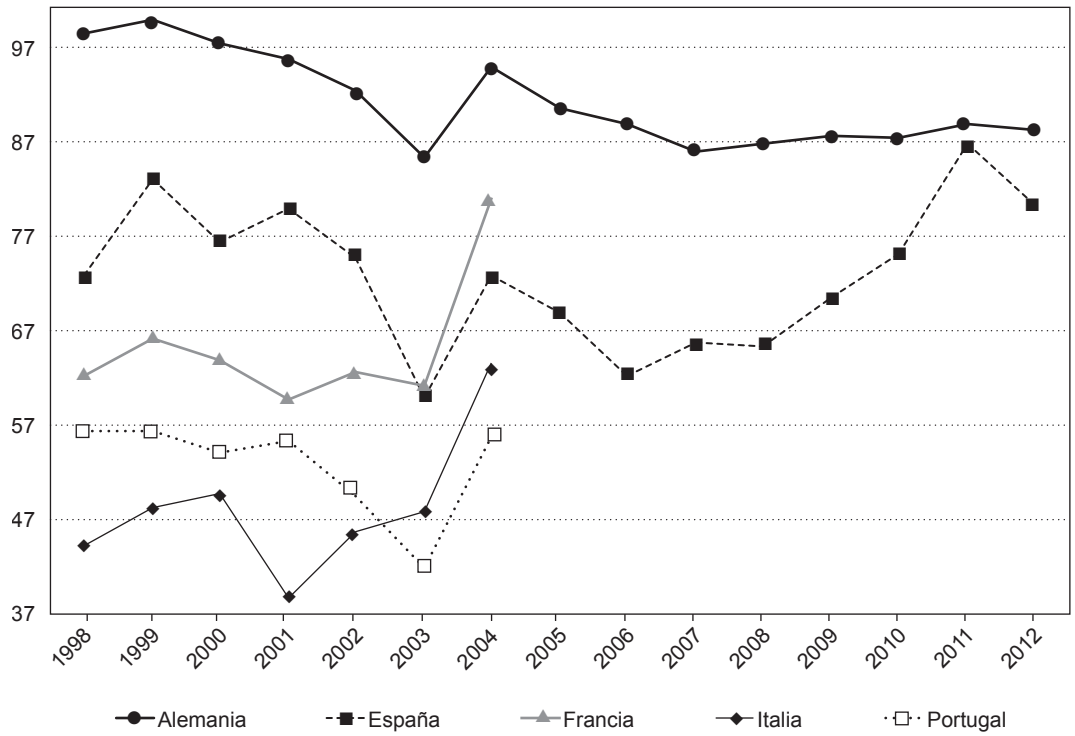
La creación de la nueva Comisión Nacional de Competencia, dotada de mayor independencia y recursos en la instrucción y resolución de los casos, la mejora de la Ley y de su aplicación en diversos ámbitos como el programa de clemencia, la aplicación de sanciones más motivadas y severas, y la mejor coordinación en la aplicación de la Ley con las autoridades autonómicas de competencia ha sido una excelente plataforma para la convergencia real en efectividad en la política de competencia respecto a los países que son referencia en este ámbito en Europa como son Alemania, Austria, Dinamarca y Finlandia.

La base de datos que ha facilitado la escuela de negocios IMD a los autores contiene información desde 1998 a 2011 para un panel de países, concretamente entre los 46 de 1998 y los 63 de 2012 (Gráfico 6).

El Cuadro 7 muestra los valores medios de la efectividad de la política de competencia por países, con-

GRÁFICO 6

EFECTIVIDAD DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA Y PAÍSES DE REFERENCIA



NOTAS: 100 = mejor país de cada año. Finlandia 2006, 2010 y 2011, Austria 2007 y Dinamarca 2008, 2009 y 2012.
FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos de la Executive Opinion Survey de la escuela de negocios. IMD.

siderando separadamente los valores para las parejas de países y años, así como la distinción entre aquellos en los que está en vigor un programa de clemencia, y en los que no lo está. La diferencia en el promedio es importante, en torno al 10 por 100.

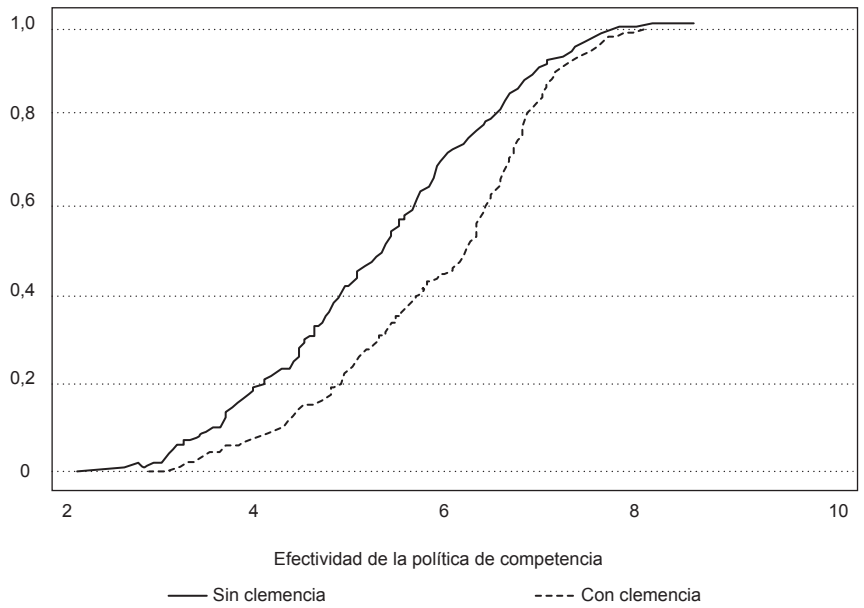
No obstante, los resultados en el Cuadro 7 no tienen en cuenta el posible sesgo de selección: la política de clemencia no se adopta de forma aleatoria como si estuviésemos en un ensayo clínico en el que se divide a los sujetos en el grupo de tratamiento y de control para estimar la efectividad de un nuevo fármaco.

Por este motivo, Borrell, Jiménez y García (2014) realizan un análisis de causalidad a partir tanto de la estimación en diferencias como de la metodología *matching* (o de emparejamiento), para controlar de esta forma los efectos simultáneos de variables como la renta per cápita, la entrada en la Unión Europea, etcétera, y minimizar así los sesgos incluidos en el análisis descriptivo.

Como ya indicamos en la introducción, los resultados finales del trabajo apuntan a que la efectividad de la competencia varió positivamente para la muestra analizada entre un 10 y un 21 por 100, lo que sus-

GRÁFICO 7

MEJORA EN LA EFECTIVIDAD DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA GRACIAS A LA INTRODUCCIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA



FUENTE: Elaboración propia a partir de BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA (2014).

tenta el éxito de esta medida en la promoción de la competencia.

El Gráfico 7 muestra cómo la efectividad de la política de competencia mejora para el conjunto de la distribución con la introducción de los programas de clemencia. La mejora de la efectividad es mayor para los países en el nivel medio o medio alto de efectividad, mientras que es menor o casi nulo para los países con niveles de efectividad muy bajos o ya muy altos antes de introducir la política de clemencia.

4. Conclusiones

El principio de que los ladrones no tienen honor está, como hemos visto, en la base del éxito de los programas de clemencia adoptados en numerosos países del mundo. Los programas de clemencia ofrecen precisamente incentivos a la colaboración con las autoridades de la competencia mediante la exoneración total o parcial de sanciones para aquellas empresas que, habiendo participado en un cártel, deciden aportar evidencia probatoria de los ilícitos administrativos o penales contra la libre competencia en los que han participado.

El proceso de adopción de los programas de clemencia en las leyes de competencia en un creciente número de jurisdicciones sigue una curva de difusión que muestra cómo los países son sensibles a la experiencia de modernización en las políticas públicas que se observan en los países vecinos.

Los buenos resultados de estos programas apuntan a mejoras de la efectividad percibida de la política de competencia por parte de los ejecutivos de empresas de entre el 10 y el 21 por 100. En el ámbito de la Unión Europea no se puede entender la actividad de persecución de los cárteles durante los últimos años sin hacer referencia a los programas de clemencia, que han aportado el 47 por 100 de los procedimientos sancionadores (art. 101 y 102 del TFUE) durante los últimos diez años.

En España no se han alcanzado estas cifras, siendo el número de casos de cártel aportados por el programa de clemencia del 20 por 100 de los procedimientos sancionadores (artículos 1, 2 y 3 LDC) para el período entre 2008 y 2013. Este dato comparativo indica que en el caso de España hay margen para ampliar la aplicación y difusión del programa de clemencia y, de esta manera, reforzar el papel de apoyo a la actividad de la CNC que desempeña este programa. Si se acierta en los cambios en este ámbito, y el resto de reformas institucionales en materia de la regulación y la defensa de la competencia que están en marcha no quiebran la línea de continua mejora conseguida en los últimos seis años, el programa de clemencia está llamado a ser la fuente principal de detección y sanción de cárteles en la España de la próxima década.

Referencias bibliográficas

[1] AUBERT, C.; KOVACIC, W. y REY, P. (2005): «The Impact of leniency Programs on Cartels». *International Journal of Industrial Organization*, 6, pp. 1241–1266.

[2] BORRELL, J.R. y JIMÉNEZ, J.L. (2008): «The Drivers of Antitrust Effectiveness». *Hacienda Pública Española – Revista de Economía Pública*, 185(2), pp. 69-88.

[3] BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L. y GARCÍA, C. (2014): «Evaluating Antitrust Leniency Programmes», *Journal of Competition Law & Economics*. 10(1), pp. 107-136.

[4] BRENNER, S. (2009): «An Empirical Study of The European Corporate Leniency Program». *International Journal of Industrial Organization*, 27(6), pp. 639-45.

[5] CHEN, J. y HARRINGTON Jr, J. E. (2007): «The Impact of the Corporate Leniency Program on cártel Formation and the cártel Price Path», en *The Political Economy of Antitrust*, V. Ghosal and J. Stennek, eds., Elsevier.

[6] DE, O. (2010): «Analysis of Cartel Duration: Evidence from EC Prosecuted Cartels». *International Journal of the Economics of Business*, 17, pp. 33-65.

[7] DUTZ, M.A. y HAYRI, A. (2000): «Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?» *World Bank Policy Research Working Paper*, 2320 and *CEPR Discussion Paper* No. 2249.

[8] FEESS, J. y WALZL, M. (2004): «Self-reporting in Optimal Law Enforcement when there are Criminal Teams». *Economica*, 71, pp. 333-348.

[9] GUTIÉRREZ, A. y GUERRA, A. (2011): «Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia por parte de la Comisión Nacional de la Competencia», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Nº. Extra 1, pp. 135-141.

[10] GUZMÁN, C. (2012): «El «programa de clemencia» en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica». *Working Paper IE Law School*, AJ8-188.

[11] HARRINGTON Jr, J.E. (2008): «Optimal Corporate Leniency Programs». *The Journal of Industrial Economics*, 56 (2), pp. 215-246.

[12] HINLOOPEN, J. y SOETEVENT, A.R. (2008): «Laboratory Evidence on the Effectiveness of Corporate Leniency Programs». *RAND Journal of Economics*, 39(2), pp. 607-616.

[13] IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P. y TIROLE, J. (2003): «The Economics of Tacit Collusion», *Final Report for DG Competition*, EC, IDEI, Toulouse.

[14] JIMÉNEZ, J.L. (2005): «Un análisis económico sobre la política de defensa de la competencia: aspectos microeconómicos, macroeconómicos e institucionales». *Tesis Doctoral*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Disponible en: http://hdl.handle.net/10553/2174

[15] MA, T.-C. (2010): «Competition Authority Independence, Antitrust Effectiveness, and Institutions». *International Review of Law Economics*, 30, pp. 226-235.

[16] MA, T.-C. (2011): «The Effect of Competition Law Enforcement on Economic Growth». *Journal of Competition Law and Economics*, 7, pp. 301-334.

[17] MA, T.-C. (2012): «Legal Tradition and Antitrust Effectiveness». *Empirical Economics*, 43 (3), pp. 1263-1297.

[18] MARCOS, F. (2006): «Do Developing Countries Need Competition Law and Policy?» Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=930562

[19] MARTÍN, E. y PELAYO, E. (2009): «Reflexiones tras un año de vigencia del programa español de clemencia», *Boletín Económico de ICE*, 2975, pp. 63-72.

[20] MARVAO, C. (2013): «Heterogeneity of Penalties and Private Information», *Mimeo*.

[21] MASKIN, E. (1977): «Nash Implementation and Welfare Optimality». *Mimeo*. MIT.

[22] MILLER, N. H. (2009): «Strategic Leniency and cártel Enforcement». *American Economic Review*, 99, pp. 750-768.

[23] MOTCHENKOVA, E. (2004): «The Effects of Leniency Programs on the Behavior of Firms Participating in Cartel Agreements». *Mimeo*.

[24] MOTTA, M. y POLO, M. (2003): «Leniency Programs and cártel Prosecution». *International Journal of Industrial Organization*, 21, pp. 347-379.

[25] PORTER, R. (2005): «Detecting Collusion». *Review of Industrial Organization*, 26, pp. 147-167.

[26] SPAGNOLO, G., (2004): «Divide et Impera: Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels (and organized crime)», *Mimeo*.

[27] STEPHAN, A. (2009): «An Empirical Assessment of the European Leniency Notice». *Journal of Competition Law and Economics*, 5(3), pp. 537-561.

[28] VIDAL, P. (2009): «Programas español y comunitario de clemencia», en *Los acuerdos horizontales entre empresas*, S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ JUAN (dir), Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.

[29] VOIGT, S. (2009): «The Effect of Competition Policy on Development: Cross-country Evidence Using four New Indicators». *Journal of Development Studies*, 45(8), pp. 1.225-1.248.

[30] WAKED, D.I. (2010): «Antitrust Enforcement in Developing Countries: Reasons for Enforcement & Non-enforcement Using Resource-based Evidence». 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Available at: http://ssrn.com/abstract=1638874

[31] ZHOU, J. (2011): «New Evidence on the Efficacy of Leniency». Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1932473

Juan Luis Jiménez González*
Jordi Perdiguero García**

INFORMACIÓN, PRESIÓN INSTITUCIONAL Y ESTRATEGIAS EMPRESARIALES: EL EFECTO LUNES EN EL MERCADO ESPAÑOL DE GASOLINA

La literatura empírica internacional y en España concluye que la competencia es reducida en el mercado minorista de gasolinas. Utilizando los precios diarios de todas las estaciones de servicio de España en el período 2009-2012, y sirviéndonos de la existencia de dos grupos de empresas diferenciadas, las estimaciones muestran no solo que los precios minoristas bajan artificialmente los lunes, sino que este efecto fue más intenso en el año 2012 y en los períodos en los que la posición en el ranking de precios era más «grave mediáticamente» para España. Estos resultados suponen otro marcador de colusión en el mercado.

Palabras clave: *gasolina, competencia, efecto lunes.*
Clasificación JEL: *L13, L59, L71.*

1. Introducción

Casi dos décadas después de la liberalización del sector de venta minorista de hidrocarburos en España, sus resultados apuntan a unos niveles de competencia muy reducidos. Así, tanto los informes y expedientes abiertos por las autoridades de competencia y reguladores sectoriales, como la literatura académica, sustentan tal afirmación[1].

Este bajo nivel de competencia se da no solo en el segmento minorista, sino en todos los niveles de la cadena de producción, como apuntó la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) en 2012. Por este motivo se puede inducir que el resultado en

* Departamento de Análisis Económico Aplicado. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
** Departament d'Economia Aplicada. Universitat Autònoma de Barcelona. GiM&IREA.
Los autores agradecen los comentarios recibidos de Gloria Alemán y de los participantes en las jornadas «Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España», organizadas por la Comisión Nacional de la Competencia (18 de julio de 2013). No obstante, cualquier error es de nuestra entera responsabilidad.

[1] Véase CNC (2012); CNE (2013) y expedientes sancionadores anteriores de la CNC. En el caso de la literatura académica, véase el resumen que presenta el apartado 2 del presente trabajo.

precios en este mercado está dirigido al alza por el elevado grado de concentración que las empresas, sobre todo mayoristas y que dirigen hacia el minorista, disfrutan en el mismo.

Un indicador más de este nivel de «no competencia» es el analizado en el presente trabajo. Durante los últimos años se han producido una serie de noticias relacionadas con el aumento y sostenimiento, aparentemente injustificado, de precios de venta minorista de hidrocarburos en España, sobre todo comparado relativamente con los datos de la Unión Europea. Algunas de esas noticias no solo mostraban la posición en el *ranking,* sino que ya en los últimos meses han señalado también la evolución positiva de los márgenes de las petroleras, a pesar de la caída en la demanda y la situación de crisis económica[2].

Así, dada la sensibilización pública en materia de precios de este input, principalmente en períodos de recesión, tras el informe antes citado de la CNC (2012) bajo encargo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, la posición que ocupaban los precios antes de impuestos de hidrocarburos en España en el *ranking* de la Comisión Europea se relajó, también, de forma aparentemente injustificada.

Dado que la Comisión, para crear el *Oil Bulletin*[3], obtiene los precios que conforman sus bases de datos todos los lunes, la Comisión Nacional de la Competencia[4] y la Comisión Nacional de la Energía (en adelante, CNE) han expedientado y analizado, respectivamente, a las petroleras por un posible comportamiento anticompetitivo, al entender que dichos precios de venta han sido manipulados a la baja el día de la obtención de estos por parte de la Comisión, y no por motivos económicos.

Aunque existen algunos trabajos que demuestran comportamientos cíclicos de precios en este tipo de mercados, basados implícitamente en la existencia de cierto nivel de competencia minorista (ACCC, 2007 y Foros y Steen, 2011), la literatura no presenta, hasta donde conocemos, ningún caso similar al aquí mostrado y que, de confirmarse, supondría una evidencia más de la inexistencia de competencia en este mercado.

En el presente artículo confirmamos lo que se ha venido a llamar el «efecto lunes». Para ello, utilizamos datos de todas las estaciones de servicio de España en el período enero de 2009 y octubre de 2012, y aplicando una aproximación econométrica demostramos que los precios efectivamente son más bajos en la España peninsular los lunes de cada semana en parte de este período, cuestión no explicada por otros factores y contrastada con el uso de dos grupos de control que se ven menos afectados por estas estadísticas comunitarias.

2. El mercado español de la gasolina: evolución y revisión de la literatura

El sector español de carburantes se caracteriza por su fuerte proceso de reestructuración, pasando de ser un monopolio público a su completa liberalización en menos de tres décadas. En la actualidad, todos los segmentos que conforman la industria (refino, transporte, distribución y comercialización minorista) se encuentran completamente liberalizados. Centrándonos en el segmento de distribución minorista, cabe señalar que este se encuentra completamente liberalizado, tanto en la entrada como en la fijación de precios por parte de los detallistas.

De forma paralela al proceso de liberalización del sector, se produjo el proceso de privatización, que culminó con la salida del sector público por completo y que configuró una industria muy concentrada en todos los segmentos[5]. La elevada concentración del segmento minorista, junto a la desregulación, hacen que la dudas sobre si los precios son acordes a un equilibrio competitivo sean cada vez más notorias, lo que

[2] El País, 17/05/2013. *Las petroleras aumentan en un 31 por 100 los márgenes sobre las gasolinas desde enero.*

[3] http://ec.europa.eu/energy/observatory/oil/bulletin_en.htm

[4] Véase nota de prensa de la CNC de fecha 29/05/2013.

[5] Para una revisión más profunda de ambos procesos véase PERDIGUERO y BORRELL (2007) y PERDIGUERO (2012).

ha provocado un aumento de los estudios realizados sobre el sector.

La literatura académica acerca del sector minorista de gasolinas es extensa alrededor del mundo[6]. En el caso de España, la evidencia también es notable. Así, tras la liberalización del sector en 1998, y como hemos indicado, los trabajos se han centrado básicamente, en estos años, en evaluar el nivel de competencia a nivel minorista en este país.

De esta forma, la competencia ha sido estudiada tanto en mercados regionales (Perdiguero y Jiménez, 2009 y Jiménez y Perdiguero, 2011), como a nivel nacional (Perdiguero, 2010). Además, se han establecido relaciones entre la rigidez de precios de estos mercados y la probabilidad de existencia de comportamientos monopolísticos (Jiménez y Perdiguero, 2012) o los efectos de las fusiones minoristas sobre precios (Jiménez y Perdiguero, 2014).

Todos estos trabajos concluyen en tres ideas principales: la primera es la necesidad de definir mercados geográficos locales relevantes (incluso menores al ámbito local, a pocos kilómetros alrededor de cada estación de servicio); la segunda es que solamente los competidores independientes y las estaciones de servicio abanderadas por hipermercados son capaces de disciplinar la competencia intermarca, permitiendo mayor variabilidad a los precios; y la última, y más importante, que la competencia minorista se aproxima más al resultado de colusión tácita que a cualquier otra estructura de mercado.

En el Cuadro 1 se describen las principales referencias existentes para el mercado español.

No obstante, hasta donde conocemos, no se había analizado para España la existencia de un comportamiento de precios diferente según el día de la semana. Las estructuras cíclicas de precios sí están recogidas en la literatura internacional, incluso para el mercado de gasolinas (véase Eckert, 2013). Así, basados en el trabajo de Maskin y Tirole (1998), en sectores con empresas que venden productos homogéneos, que tienen costes marginales idénticos y constantes a lo largo del tiempo, con un horizonte infinito de interacción entre las empresas, pueden darse dos equilibrios: que las empresas converjan precios al de monopolio; o un comportamiento cíclico de precios, más concretamente lo que se denominan «ciclos de Edgeworth».

En este tipo de ciclos se alterna la empresa que mueve el precio al alza y luego va cayendo este hasta el valor del coste marginal (y aumentando nuevamente). No obstante, existe una incipiente literatura que desmonta empíricamente esta teoría para este mercado, como los trabajos de Noel (2007) o el de Clark y Houde (2012), quienes relacionan comportamiento cíclico con resultados colusorios.

Hasta donde conocemos, el trabajo de Foros y Steen (2011) es el más relacionado con la idea del presente artículo. En él, los autores analizan el comportamiento diario de precios en Noruega, para una muestra de estaciones de servicio en el período noviembre 2003-marzo de 2006. Estos autores estudian no solo la evolución de precios intrasemana, sino también intradiaria.

En sus resultados observan cómo debido al alto grado de integración vertical, las grandes compañías son capaces de aumentar sistemáticamente los precios los lunes de cada semana, siendo ese día el punto de partida para el comportamiento cíclico. Además, muestran cómo a partir del mediodía de los lunes, las estaciones modifican sus precios iniciales hacia esos precios máximos recomendados, lo que es un indicador de comportamiento poco competitivo. Tal es así que gracias a una versión anterior de ese artículo[7], la Autoridad de Competencia de Noruega abrió expediente a las compañías para analizar este hecho (NCA, 2010).

Como adelantamos en la Introducción, la Comisión Nacional de la Energía publicó un informe en el que

[6] Véase ECKERT (2013) para un resumen acerca de las diferentes metodologías aplicadas al análisis de este sector.

[7] FOROS, O y STEEN, F. (2008). Gasoline prices jump on mondays: an outcome of aggressive competition?, CEPR DP6783.

CUADRO 1

LITERATURA EMPÍRICA SOBRE EL SECTOR EN ESPAÑA

Año	Autores	Metodología	Zona de análisis	Resultados
1999	CONTÍN, CORRELJÉ y HUERTA	Descriptiva	España peninsular	Abogaban por eliminar barreras para la generación de una competencia minorista efectiva.
2001	CONTÍN y HUERTA	Descriptiva	España peninsular	La situación de CLH es un impedimento para la generación de competencia en esta parte del mercado. Se convierte prácticamente en un activo esencial no replicable.
2008	BELLO y CAVERO	MCO	Navarra y nacional	El abanderamiento genera mayores precios de venta.
2009	PERDIGUERO y JIMÉNEZ	Variaciones conjeturales	Canarias	El nivel de competencia en las islas está muy próximo al monopolio.
2010	BELLO y CONTÍN	MCO	Muestra para la Península y Baleares	Las independientes son las únicas estaciones que incentivan la competencia. Las empresas con capacidad de refino establecen precios más altos.
2010	PERDIGUERO	Modelo dinámico	España	La interacción estratégica entre las empresas minoristas está muy próxima al resultado de colusión tácita.
2011	JIMÉNEZ y PERDIGUERO	Coste generalizado y ecuación de precios	Galicia	Según el coste generalizado, no tiene sentido localizar precios más bajos en estaciones de servicio. Según ecuación de precios, el radio máximo de atracción de las estaciones se sitúa en 17 minutos.
2012	JIMÉNEZ y PERDIGUERO	Filtro de varianza y ecuación de precios	Canarias	Demuestran que solo las independientes son capaces de disciplinar la competencia efectiva en el mercado minorista.
2012	CNC	Descriptiva	España	Reducido nivel de competencia en todos los eslabones de la cadena de producción, distribución y venta del sector.
2013	JIMÉNEZ y PERDIGUERO	MCO	España	Los precios minoristas de las EESS no vinculadas a hipermercados en la España peninsular son sistemáticamente más bajos los lunes, sin justificación económica alguna.
2014	JIMÉNEZ y PERDIGUERO	D-i-D y variación conjetural	Canarias	Analizan fusión DISA-SHELL. No tuvo efectos en los precios porque estos ya eran cercanos a los de monopolio.

FUENTE: Elaboración propia.

se profundizaba en el comportamiento de los precios según el día de la semana, aunque se centraba en las diferencias de precios en el período domingo-lunes-martes de cada semana.

La CNE analizó de forma univariante datos para el período 2007-2012, obteniendo varias conclusiones. La primera es que desde el punto de vista de la cotización del barril de crudo, no existe justificación para

bajar sistemáticamente los precios los lunes, sobre todo teniendo en cuenta que no hay negociación en los mercados internacionales los fines de semana. La segunda cuestión a destacar es que en más del 70 por 100 de los lunes de 2012 los precios bajaron (y en el 65 por 100 de los martes volvieron a subir).

La tercera es que las diferencias de precios del domingo al lunes han ido evolucionando negativamente, de forma más intensa en el segundo semestre de 2012 (sobre todo el último trimestre), en torno a –0,7 céntimos de euro por litro. La cuarta es que ese mismo diferencial, de lunes a martes, ha ido en aumento hasta alcanzar un valor medio de 0,6 céntimos de euro por litro. Y por último, la CNE confirma que existe independencia entre las bajadas de los precios los lunes y las subidas los martes, para los datos del segundo semestre de 2012. Por todo lo anterior, la CNE decidió abrir «(…) expediente informativo para determinar la causa del efecto lunes e identificar qué operadores pueden estar siendo responsables de las citadas actuaciones».

Partiendo de estas ideas descritas por la CNE, de las noticias acaecidas sobre todo en 2012 y del expediente abierto por la CNC, a continuación describimos la base de datos utilizada, la estrategia empírica y los resultados alcanzados para tratar de confirmar (o no) la existencia de los indicios planteados por los supervisores sectoriales y de competencia en España.

3. Datos

Los datos utilizados en la realización del presente trabajo han sido extraídos diariamente de la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio[8]. Así, la base contiene los datos diarios del precio de venta al público para la gasolina sin plomo 95 desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de octubre de 2012, superando en algunos casos los 5.000.000 de observaciones. Los datos van de lunes a viernes.

Como se explicita en la metodología del *Oil Bulletin*, la Comisión Europea recoge los datos para España, pero excluye a las Islas Canarias de la muestra por disponer de una fiscalidad diferente. Por este motivo, los datos de esta región nos servirán como primer grupo de control. La información ofrecida por el Ministerio nos permite igualmente distinguir qué gasolineras están situadas en las Islas Canarias, ya que tenemos la longitud y la latitud de cada una de las estaciones de servicio del mercado español.

Por último, de esta misma fuente disponemos de la marca de las gasolineras, lo que nos permite construir el segundo grupo de control: las gasolineras vinculadas a empresas de distribución alimenticia (Carrefour, Eroski, Bon Preu, Esclat, etcétera), del resto de gasolineras que operan en el mercado. Como Jiménez y Perdiguero (2012) explicitan, este tipo de empresas son las únicas que disciplinan la competencia y, por tanto, se puede esperar un comportamiento diferente del resto de estaciones abanderadas por alguna de las grandes mayoristas del mercado.

En el Cuadro 2 podemos observar los estadísticos descriptivos de la base de datos utilizada en las estimaciones posteriores.

Como se puede ver en el Cuadro 2, el único año para el que los lunes presenta una media de precios mayor al resto de la semana laboral es 2009. En el apartado siguiente analizaremos econométricamente si los precios menores del lunes, que se observan para los años 2010, 2011 y 2012, son estadísticamente significativos.

Respecto al elemento de presión institucional que desencadena el efecto analizado, el Gráfico 1 muestra la posición semanal que ocupa España en dicho Boletín Petrolero, estando ordenada la clasificación de mayor a menor precio de la gasolina. Se observa cómo hasta 2011 las posiciones alternaban en el intervalo 3º–13º, en tanto que esa variación se hace mucho más ostensible en 2012, donde en un primer trimestre llega a ser el segundo precio más caro de los 27, y pasa al puesto 24 en la segunda semana de noviembre del mismo año.

[8] http://geoportal.mityc.es/hidrocarburos/eess/

CUADRO 2

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS

	Media	Desviación típica	Mínimo	Máximo
Precio martes a viernes (2009)	1,0001	0,0947	0,507	1,223
Precio lunes (2009)	1,0015	0,0920	0,507	1,400
Precio martes a viernes (2010)	1,1520	0,0768	0,741	1,335
Precio lunes (2010)	1,1482	0,0778	0,740	1,330
Precio martes a viernes (2011)	1,3013	0,0816	0,865	1,465
Precio lunes (2011)	1,2986	0,0810	0,800	1,460
Precio martes a viernes (2012)	1,4146	0,0967	0,880	1,627
Precio lunes (2012)	1,4048	0,0955	0,880	1,634
Canarias	0,0482	0,2142	0	1
Hipermercados	0,0283	0,1657	0	1
Posición de España en el *ranking*	7,0303	3,0426	2	18

FUENTE: Elaboración propia.

Además, la CNC elaboró dos informes a lo largo de dicho año. El primero de ellos se publicó el 4 de julio, y fue realizado de *motu proprio* por la Comisión. En tanto que, tras las continuas noticias en prensa y «alarma social», el Ministerio de Industria, Energía y Turismo solicitó a la CNC la realización de un informe que describiese la situación de ese sector, en todos los eslabones de su cadena productiva. Dicho informe se publicó el 15 de octubre de 2012 y tuvo una amplia repercusión mediática, no solo *per se*, sino por la realización de una presentación y defensa en las V Jornadas Anuales de la Competencia, celebradas en Madrid en noviembre del mismo año[9].

A partir de ahí, aunque en realidad ya desde antes, la Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP) manifestó públicamente su disconformidad con los análisis realizados sobre el sector[10]. Si nos fijamos en el Gráfico 1, a partir de la publicación del primer informe, España siguió escalando puestos en la clasificación de precios de forma paulatina, pero no así en el segundo de los informes, donde pasó de estar en el puesto 9 en la segunda-tercera semana, al 18 y 22 en las dos posteriores.

Como el análisis anterior puede mostrar una relación casual entre los diferentes factores analizados, en el apartado 4 estableceremos una relación de causalidad entre precios y días de la semana, para tratar de justificar si existe tal comportamiento.

4. Aproximación empírica y resultados

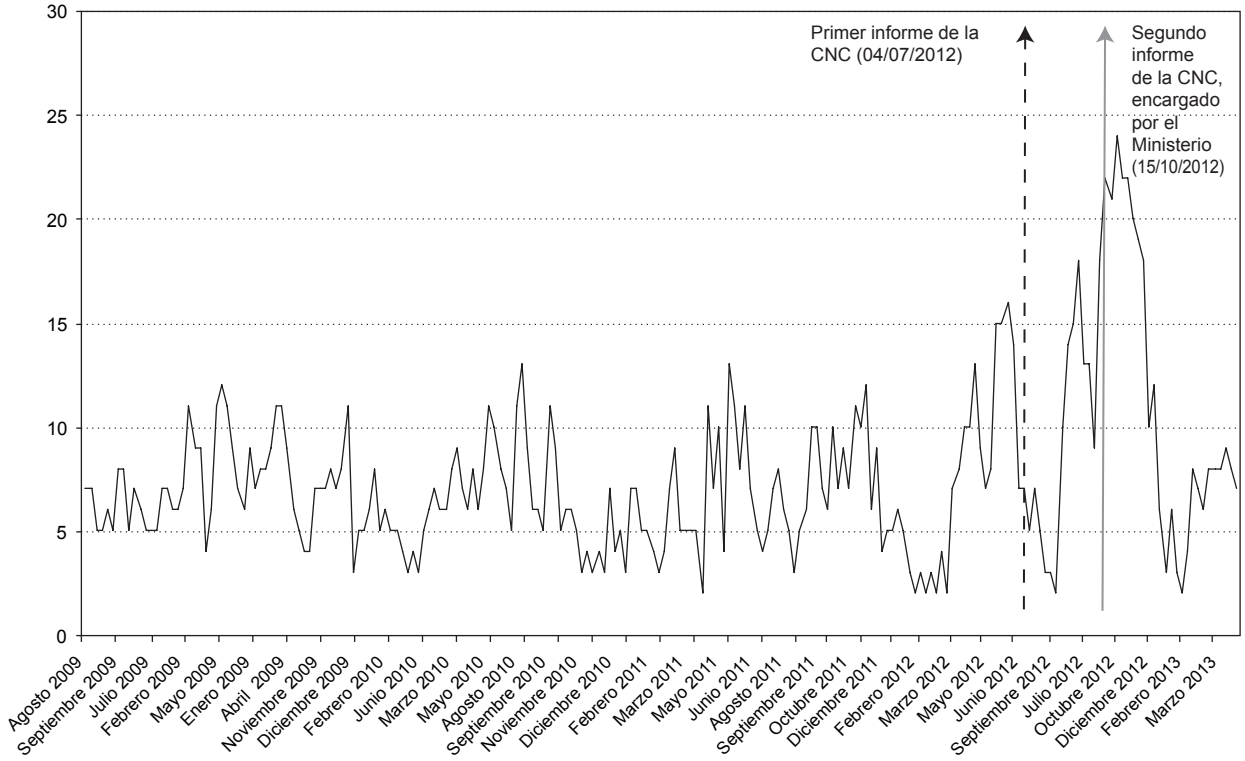
Con el objeto de determinar la existencia de un comportamiento de fijación de precios diferente según los días de la semana, realizamos una estimación, como después explicaremos, de la siguiente ecuación gene-

[9] Concretamente el 6 de noviembre. Para mayor información véase el enlace web siguiente: http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Actos/tabid/230/ContentID/551260/Default.aspx

[10] Ya desde 2011 la AOP, principal patronal del sector, criticaba a la CNC por estas cuestiones, al ser comparados los precios de venta de España con los de la UE. Véase para 2011: http://www.aop.es/actualidad/fichaNoticia/9522.aspx y para 2012 la siguiente noticia: http://www.aop.es/actualidad/fichaNoticia/9522.aspx

GRÁFICO 1

POSICIÓN DE ESPAÑA EN EL *OIL BULLETIN*



FUENTE: Oil Bulletin. Elaboración propia.

ral (ecuación [1]), aunque adaptada a cada una de las estrategias empíricas que tomaremos:

$$p_{it} = \beta_0 + \beta_1 Lunes_i + \beta_2 Martes_i + \beta_3 Miércoles_i + \\ + \beta_4 Jueves_i + \beta_5 Viernes_i + \varepsilon_{it} \qquad [1]$$

Donde p_{it} es el precio de venta al público de la gasolina 95 de la estación *i* en el día *t* y ε_{it} es el término de error. El resto de variables explicativas son binarias que toman valor 1 si el precio de la estación *i* está tomado ese día de la semana.

La estrategia empírica que hemos seguido se construye a partir de diversas estimaciones diferenciadas, lo que nos permite sustentar los resultados. De esta forma, realizamos las siguientes estimaciones:

a) Submuestras analizadas. Todas las estimaciones se realizan considerando cinco ámbitos distintos: toda España, solo estaciones de servicio (EESS) de la Península Ibérica, solo EESS de la Comunidad Autónoma de Canarias, solo EESS de la Península Ibérica que no sean supermercados (o hipermercados) y finalmente EESS de la Península Ibérica que pertenezcan a grandes cadenas de distribución comercial.

CUADRO 3

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A LA MEDIA DEL RESTO DE DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,2029***	1,2175***	0,9144***	1,2183***	1,1903***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Lunes.....	-0,0008***	-0,0008***	-0,0015**	-0,0009***	0,0022**
	(0,000)	(0,000)	(0,021)	(0,000)	(0,029)
Nº obs.	5.682.689	5.408.853	273.836	5.249.051	159.802
F Test	25,83***	22,34***	5,35**	27,09***	4,74**
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0207)	(0,0000)	(0,0294)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

b) Primera aproximación: el lunes como explicativa. Estimamos el precio de cada EESS utilizando como única explicativa (además de la constante y del término de error), la variable binaria correspondiente al lunes. Esta estimación nos dará información sobre si el lunes se fijan unos precios significativamente menores a la media del resto de la semana.

c) Segunda aproximación: todos los días laborables como explicativas. Similar al anterior, pero en este caso utilizando el lunes como referencia y poniendo el resto de días como explicativas. Esta aproximación nos mostrará evidencia empírica de si los lunes son el día más barato de la semana laboral comparada con cada uno de los días restantes, indicando que encajaría con la estrategia de precios del «efecto lunes».

d) Tercera aproximación: análisis por años. Repetimos la aproximación anterior pero una estimación para cada uno de los cuatro años considerados (2009 a 2012, ambos inclusive). En este caso lo que pretendemos es observar si el comportamiento es homogéneo a lo largo del tiempo o, por el contrario, es un fenómeno que se da únicamente en algunos períodos.

e) Cuarta aproximación: considerar el *top five*. Estimamos el comportamiento de precios según el día de la semana, pero diferenciando si España estaba entre los cinco países más caros de la UE o no en la semana anterior. Si las compañías realizan una estrategia del tipo «efecto lunes» esperaríamos que sobre todo lo realizaran cuando España ocupaba una posición elevada en el *ranking* europeo en la semana anterior, con la intención de descender puestos.

Todas las aproximaciones empíricas que se muestran a continuación tienen un formato de panel de datos, estimado a través de mínimos cuadrados ordinarios robustos a la posible existencia de heterocedasticidad, y con efectos fijos por gasolinera y día. Estos efectos fijos nos permiten controlar cualquier tipo de efecto particular que pueda tener cualquier gasolinera o que pudiera afectar a todas las gasolineras en un día concreto.

La primera aproximación empírica que hemos utilizado, como ya hemos indicado, es simplemente regresar el precio fijado por cada una de las gasolineras en cada uno de los días frente a una variable *dummy* que toma valor 1 si el día de la semana es lunes y 0 si es cualquier

otro día laborable de la semana. En el Cuadro 3 se pueden observar los resultados.

Como describimos anteriormente, la segunda columna del Cuadro 3 muestra los resultados para el conjunto de España, la tercera únicamente para las gasolineras situadas en la Península, la cuarta las situadas en las Islas Canarias, mientras que las columna 5 y 6 nos muestran los resultados para las gasolineras de la península que no están vinculadas a cadenas de alimentación y las que sí lo están, respectivamente.

El principal resultado de esta primera aproximación es que para todos los casos los lunes resultan más baratos que la media de los días laborables, menos para las gasolineras de los supermercados. Mientras que para las gasolineras no vinculadas a hipermercados en la Península los lunes son 0,1 céntimos más baratos que la media, para los hipermercados el precio de los lunes es 0,2 céntimos más caro. Por lo tanto, no parece que las gasolineras vinculadas a supermercados realicen una estrategia de precios compatible con el «efecto lunes». Sin embargo, esta aproximación no nos muestra evidencia de que exista tal efecto para el resto de estaciones de servicio, ya que comparamos el comportamiento del lunes con la media del resto de días laborables, pero es posible que otro día laborable sea igual o más barato que el lunes.

Por ello implementamos esta segunda aproximación, donde los precios fijados por cada una de las gasolineras, depende de cuatro variables binarias que toman el valor 1 si el día de la semana es martes, miércoles, jueves o viernes respectivamente, y 0 en caso contrario. La interpretación de los coeficientes de estas variables *dummy* debe realizarse en función de la variable *dummy* no introducida en el modelo, en nuestro caso el día lunes. Por lo tanto, lo que nos indicarán los coeficientes de estas variables es si cada uno de los días laborables de la semana es más barato o más caro que el lunes.

Lo que esperaríamos encontrar si existe «efecto lunes» es que todos los días laborables de la semana presenten precios superiores al lunes, mientras que si algún día de la semana el precio es igual o inferior al lunes podríamos descartar tal existencia. Los resultados de esta segunda aproximación se pueden observar en el Cuadro 4.

Los resultados econométricos muestran cómo con la base más global (toda España o toda la Península) podemos descartar que exista «efecto lunes» en el global de los 4 años. Para todos los casos podemos observar cómo el viernes presenta unos precios entre 0,45 y 0,88 céntimos más baratos que el lunes. Sin embargo, dada la amplitud temporal de la base, eso no significa que en períodos concretos de tiempo no se haya producido este tipo de estrategia por parte de los agentes del mercado.

Para poder comprobar si este efecto medio es diferente para cada uno de los cuatro años incluidos en la muestra, se ha realizado esta misma aproximación separada para cada uno de los años. Los resultados se presentan en los distintos Cuadros 5 mostrados a continuación.

En el Cuadro 5A se puede ver cómo no existe ningún patrón que sea compatible con el «efecto lunes», lo que nos permite descartar que en el año 2009 existiera este tipo de comportamiento. Ello supone una demostración más de que este comportamiento no responde a una cuestión económica, de estructura de costes o similar, dado que temporalmente hemos podido contrastar la no existencia del mismo.

Los resultados para los otros tres años sí que muestran un comportamiento compatible con la existencia del «efecto lunes». Para el año 2010 (Cuadro 5B), las gasolineras situadas en la Península y no vinculadas a los hipermercados fijan un precio durante el resto de días laborables significativamente más elevados que el lunes. Esa diferencia de precios es muy reducida, alrededor de 0,2 céntimos de euro. Por lo tanto, aunque en 2010 el patrón de precios para las gasolineras de la Península no vinculadas a hipermercados es compatible con el efecto lunes, la escasa diferencia entre los precios fijados el lunes y el resto de la semana hace que si existe, fue muy limitado.

El resultado para el año 2011 no es excesivamente diferente al de 2010. Las estimaciones muestran un pa-

CUADRO 4

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,1992***	1,2139***	0,9105***	1,2146***	1,1896***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Martes	0,0048***	0,0046***	0,0098***	0,0046***	0,0028**
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,022)
Miércoles	0,0058***	0,0058***	0,0056***	0,0059***	0,0032**
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,010)
Jueves	0,0099***	0,0100***	0,0075***	0,0101***	0,0066***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Viernes	**-0,0046*** **	**-0,0045*** **	**-0,0069*** **	**-0,0044*** **	**-0,0088*** **
	(0,000)	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**
Nº obs.	5.682.689	5.408.853	273.836	5.249.051	159.802
F Test	1471,11***	1378,13***	130,50***	1343,70***	38,50***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

trón de precios compatible con el «efecto lunes», pero con una magnitud igualmente reducida. Del Cuadro 5C se desprende que las gasolineras de la Península no vinculadas a cadenas de alimentación fijan precios significativamente más elevados durante el resto de días laborables, siempre si lo comparamos con el precio de los lunes. La magnitud de esta diferencia se sitúa entre los 0,17 y los 0,37 céntimos de euro. Al igual que en el 2010, si bien el patrón es compatible con el «efecto lunes», su magnitud no parece muy elevada.

Muy diferentes son los resultados para el año 2012, donde no solo se cumple dicho patrón de precios compatible con el «efecto lunes», sino que la magnitud del incremento de precios es como mínimo de 0,6 céntimos para todos los días, en el caso de las gasolineras peninsulares no vinculadas a cadenas de alimentación[11]. Este resultado coincide con los resultados obtenidos por la CNE (2013) donde también se observaba cómo los precios el martes subían en 0,6 céntimos respecto a los precios fijados los lunes.

Además podemos observar que en el resto de estaciones de servicio que conforman el mercado español, el patrón necesario para el «efecto lunes» ni tan siquiera existe. En el grupo de control que suponen las Islas Canarias, los precios fijados los viernes no son significativamente diferentes de los fijados el lunes; mientras que las gasolineras de la Península que están vinculadas a las cadenas de distribución alimentaria fijan los miércoles unos precios no significativamente diferentes a los fijados los lunes.

Por lo tanto, parece que en el año 2012 las gasolineras situadas en la Península y no vinculadas a las

[11] Estos resultados no son compatibles con la existencia de un «Edgeworth cycle» en los precios como se señala en el artículo de MASKIN y TIROLE (1988). Para que existieran este tipo de ciclos, ya que el lunes es el día más barato, el martes debería ser el día más caro, mientras que miércoles, jueves y viernes deberían presentar precios cada vez más bajos pero superiores al lunes. Sin embargo, los coeficientes observados en los cuadros anteriores no encajan en esta idea.

CUADRO 5A

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA (Año 2009)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,0014*** (0,000)	1,0135*** (0,000)	0,7451*** (0,000)	1,0145*** (0,000)	0,9804*** (0,000)
Martes	0,0012*** (0,000)	0,0013*** (0,000)	**-0,0004 (0,524)**	0,0014*** (0,000)	**-0,0002 (0,854)**
Miércoles	**-0,0007*** (0,000)**	**-0,0006*** (0,001)**	**-0,0027*** (0,000)**	**-0,0005*** (0,005)**	**-0,0031*** (0,006)**
Jueves	**-0,0037*** (0,000)**	**-0,0037*** (0,000)**	**-0,0036*** (0,000)**	**-0,0036*** (0,000)**	**-0,0031*** (0,000)**
Viernes	**-0,0017*** (0,000)**	**-0,0015*** (0,000)**	**-0,0047*** (0,000)**	**-0,0014*** (0,000)**	**-0,0053*** (0,000)**
Nº obs.	1.359.402	1.297.992	61.410	1.260.444	37.548
F Test	194,94*** (0,0000)	186,01*** (0,0000)	16,63*** (0,0000)	175,66*** (0,0000)	13,31*** (0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 5B

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA (Año 2010)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,1495*** (0,000)	1,164*** (0,000)	0,8648*** (0,000)	1,1650*** (0,000)	1,1360*** (0,000)
Martes	0,0021*** (0,000)	0,0021*** (0,000)	0,0022*** (0,000)	0,0021*** (0,000)	**0,0017*** (0,001)**
Miércoles	0,0016*** (0,000)	0,0015*** (0,000)	0,0034*** (0,000)	0,0015*** (0,000)	**0,0004 (0,426)**
Jueves	0,0025*** (0,000)	0,0025*** (0,000)	0,0014*** (0,000)	0,0026*** (0,000)	**0,0003 (0,594)**
Viernes	0,0032*** (0,000)	0,0033*** (0,000)	0,0007*** (0,000)	0,0034*** (0,000)	**-0,0003 (0,567)**
Nº obs.	1.811.540	1.723.136	88.404	1.672.019	51.117
F Test	409,81*** (0,0000)	413,33*** (0,0000)	34,52*** (0,0000)	427,67*** (0,0000)	4,12*** (0,0024)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 5C

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA (Año 2011)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,2987***	1,3147***	0,9860***	1,3154***	1,2938***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Martes	0,0032***	0,0020***	0,0257***	0,0021***	**-0,0007**
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	**(0,185)**
Miércoles	0,0021***	0,0021***	0,0020**	0,0022***	**-0,0011****
	(0,000)	(0,000)	(0,022)	(0,000)	**(0,033)**
Jueves	0,0035***	0,0036***	0,0028***	0,0037***	**-0,0013****
	(0,000)	(0,000)	(0,002)	(0,000)	**(0,011)**
Viernes	0,0014***	0,0015***	**-0,0011**	0,0017***	**-0,0038*****
	(0,000)	(0,000)	**(0,241)**	(0,000)	**(0,000)**
Nº obs.	1.421.214	1.351.814	69.400	1.311.679	40.135
F Test	473,60***	441,64***	324,19***	463,27***	14,98***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 5D

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA (Enero a octubre de 2012)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,4048***	1,4219***	1,0803***	1,4226***	1,4022***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,0000)
Martes	0,0057***	0,0058***	0,0050***	0,0059***	0,0019*
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,053)
Miércoles	0,0057***	0,0057***	0,0045***	0,0059***	**0,0010**
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	**(0,325)**
Jueves	0,0192***	0,0197***	0,0099***	0,0198***	0,0147***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Viernes	0,0063***	0,0066***	**-0,0005**	0,0067***	0,0041***
	(0,000)	(0,000)	**(0,534)**	(0,000)	(0,000)
Nº obs.	1.090.533	1.035.911	54.622	1.004.909	31.002
F Test	4160,18***	4147,91***	71,68***	4079,23***	81,00***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 6A

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (2009)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	0,9695***	0,9810***	0,7177***	0,9818***	0,9523***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Martes	0,0126***	0,0127***	0,0109***	0,0127***	0,0127***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Miércoles	**-0,0036*** **	**-0,0036*** **	**-0,0023**	**-0,0036*** **	**-0,0056** **
	(0,000)	**(0,000)**	**(0,162)**	**(0,000)**	**(0,049)**
Jueves	0,0016***	0,0014***	0,0055***	0,0015***	**-0,0012**
	(0,000)	(0,002)	(0,000)	(0,001)	**(0,638)**
Viernes	0,0065***	0,0064***	0,0087***	0,0065***	**0,0030**
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	**(0,267)**
Nº obs.	274.163	262.230	11.933	254.741	7.489
F Test	390,30***	371,60***	24,33***	359,67***	12,61***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

cadenas de distribución alimenticia, realizaron una estrategia de precios compatible con el «efecto lunes». Además, esta estrategia no parece que tenga relación con aspectos relacionados con la marca (ya que en las Islas Canarias operan las mismas marcas y no se observa este comportamiento) ni con aspectos de la demanda en la Península (las gasolineras de cadenas de alimentación operan en el mismo mercado e igualmente no presentan dicho comportamiento).

Si existe el «efecto lunes», tal y como la evidencia empírica presentada anteriormente nos indica, cabría esperar que este comportamiento fuera mayor en las semanas posteriores a una posición más alta en la clasificación de España en el *Oil Bulletin*. Si lo que pretenden las empresas españolas realizando una estrategia de precios como la demostrada anteriormente es no ocupar un puesto tan elevado en el *ranking* europeo, este «efecto lunes» debería ser mayor justo después de que España se sitúe entre los países más caros de la Unión Europea.

Por ello, nuestra última estrategia ha consistido en dividir la estimación en dos grupos: por un lado las semanas donde la semana anterior a ella, España estaba situada entre los cinco países más caros del *Oil Bulletin*, tomando como referencia los precios antes de impuestos. Y por otro lado, cuando la semana anterior ocupaba un puesto más retrasado. Si, efectivamente, existe el «efecto lunes» como estrategia para maquillar la posición de España en el *Oil Bulletin*, deberíamos esperar que el «efecto lunes» fuera más significativo en el primer caso. Los resultados los podemos ver en los Cuadros 6A a 6H.

Como se observa en los Cuadros 6A y 6B en 2009 no existe «efecto lunes» en el mercado de carburantes español. Para el año 2010 (Cuadros 6C y 6D) tampoco hay una evidencia empírica robusta que apoye la

CUADRO 6B

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA *NO* ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (2009).

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,0096***	1,0219***	0,7519***	1,0229***	0,9877***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Martes	**-0,0017*** **	**-0,0016*** **	**-0,0032*** **	**-0,0016*** **	**-0,0036*** **
	(0,000)	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,005)**
Miércoles	**-0,0021*** **	**-0,0020*** **	**-0,0044*** **	**-0,0019*** **	**-0,0044*** **
	(0,000)	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**
Jueves	**-0,0050*** **	**-0,0049*** **	**-0,0058*** **	**-0,0048*** **	**-0,0082*** **
	(0,000)	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**
Viernes	**-0,0030*** **	**-0,0028*** **	**-0,0076*** **	**-0,0027*** **	**-0,0069*** **
	(0,000)	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**
Nº obs.	1.085.239	1.035.762	49.477	1.005.703	30.059
F Test	164,51***	150,80***	28,23***	140,79***	12,52***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 6C

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (2010).

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,1494***	1,1646***	0,8545***	1,1654***	1,1353***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Martes	0,0020***	0,0017***	0,0070***	0,0017***	**0,0017**
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	**(0,105)**
Miércoles	**-0,0007*** **	**-0,0012*** **	0,0071***	**-0,0011*** **	**-0,0016**
	(0,000)	**(0,000)**	(0,000)	**(0,000)**	**(0,123)**
Jueves	0,0035***	0,0032***	0,0095***	0,0032***	0,0020*
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,051)
Viernes	0,0055***	0,0053***	0,0095***	0,0054***	0,0030***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,004)
Nº obs.	719.345	684.270	35.075	663.989	20.281
F Test	508,23***	475,16***	102,87***	471,65***	6,56***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 6D

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA *NO* ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (2010)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,1496*** (0,000)	1,1639*** (0,000)	0,8698*** (0,000)	1,1648*** (0,000)	1,1363*** (0,000)
Martes	0,0022*** (0,000)	0,0022*** (0,000)	0,0010*** (0,007)	0,0023*** (0,000)	0,0019*** (0,001)
Miércoles	0,0033*** (0,000)	0,0033*** (0,000)	0,0031*** (0,000)	0,0033*** (0,000)	0,0020*** (0,000)
Jueves	0,0018*** (0,000)	0,0020*** (0,000)	**-0,0022***** **(0,000)**	0,0021*** (0,000)	**-0,0008** **(0,164)**
Viernes	0,0014*** (0,000)	0,0016*** (0,000)	**-0,0031***** **(0,000)**	0,0018*** (0,000)	**-0,0027***** **(0,000)**
Nº obs.	1.092.195	1.038.866	53.329	1.008.030	30.836
F Test	357,81*** (0,0000)	344,13*** (0,0000)	72,16*** (0,0000)	343,97*** (0,0000)	19,51*** (0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 6E

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (2011)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,3064*** (0,000)	1,3229*** (0,000)	0,9828*** (0,000)	1,3235*** (0,000)	1,3005*** (0,000)
Martes	0,0057*** (0,000)	0,0027*** (0,000)	0,0635*** (0,000)	0,0028*** (0,000)	**0,0005** **(0,600)**
Miércoles	0,0069*** (0,000)	0,0068*** (0,000)	0,0088*** (0,000)	0,0069*** (0,000)	0,0021** (0,032)
Jueves	0,0049*** (0,000)	0,0046*** (0,000)	0,0105*** (0,000)	0,0047*** (0,000)	**-0,0007** **(0,508)**
Viernes	0,0019*** (0,000)	0,0018*** (0,000)	0,0046** (0,044)	0,0020*** (0,000)	**-0,0041***** **(0,000)**
Nº obs.	551.803	525.163	26.640	509.625	15.538
F Test	452,09*** (0,0000)	511,69*** (0,0000)	303,83*** (0,0000)	516,38*** (0,0000)	9,66*** (0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 6F

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA *NO* ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (2011)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,2937***	1,3095***	0,9881***	1,3101***	1,2894***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Martes	0,0009***	0,0010***	**-0,0009****	0,0011***	**-0,0020*****
	(0,000)	(0,000)	**(0,018)**	(0,000)	**(0,000)**
Miércoles	**-0,0005*****	**-0,0004*****	**-0,0022*****	**-0,0003*****	**-0,0027*****
	(0,000)	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**	**(0,000)**
Jueves	0,0031***	0,0034***	**-0,0019*****	0,0036***	**-0,0013****
	(0,000)	(0,000)	**(0,000)**	(0,000)	**(0,015)**
Viernes	0,0013***	0,0016***	**-0,0046*****	0,0018***	**-0,0035*****
	(0,000)	(0,000)	**(0,000)**	(0,000)	**(0,000)**
Nº obs.	869.411	826.651	42.760	802.054	24.597
F Test	532,37***	573,59***	43,46***	593,99***	12,34***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 6G

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (ENERO A OCTUBRE DE 2012).

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,4210***	1,4396***	1,0683***	1,4402***	1,4196***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Martes	0,0047***	0,0048***	0,0033***	0,0049***	**0,0007**
	(0,000)	(0,000)	(0,001)	(0,000)	**(0,668)**
Miércoles	0,0016***	0,0019***	**-0,0036*****	0,0021***	**-0,0041*****
	(0,000)	(0,000)	**(0,000)**	(0,000)	**(0,009)**
Jueves	0,0221***	0,0223***	0,0187***	0,0225***	0,0173***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Viernes	0,0096***	0,0096***	0,0099***	0,0096***	0,0075***
	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)	(0,000)
Nº obs.	442.021	419.928	22.093	407.432	12.496
F Test	2761,49***	2601,82***	180,14***	2541,22***	65,82***
	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)	(0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

CUADRO 6H

EFECTO DEL LUNES RESPECTO A CADA UNO DE LOS DÍAS LABORABLES DE LA SEMANA, SI ESPAÑA *NO* ESTABA ENTRE LOS CINCO PAÍSES MÁS CAROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA LA SEMANA ANTERIOR (ENERO A OCTUBRE DE 2012)

	España	Península	Islas Canarias	Península no supermercados	Península supermercados
Constante	1,3936*** (0,000)	1,4097*** (0,000)	1,0887*** (0,000)	1,4103*** (0,000)	1,3903*** (0,000)
Martes	0,0077*** (0,000)	0,0079*** (0,000)	0,0050*** (0,000)	0,0080*** (0,000)	0,0042*** (0,001)
Miércoles	0,0102*** (0,000)	0,0104*** (0,000)	0,0073*** (0,000)	0,0105*** (0,000)	0,0062*** (0,000)
Jueves	0,0149*** (0,000)	0,0155*** (0,000)	0,0042*** (0,000)	0,0156*** (0,000)	0,0107*** (0,000)
Viernes	0,0014*** (0,000)	0,0019*** (0,000)	**-0,0075*** (0,000)**	0,0019*** (0,000)	**-0,0010 (0,464)**
Nº obs.	648.512	615.983	32.529	597.477	18.506
F Test	1923,44*** (0,0000)	1929,35*** (0,0000)	57,20*** (0,0000)	1911,38*** (0,0000)	27,80*** (0,0000)

NOTAS: P-values entre paréntesis. * 10 por 100, ** 5 por 100 y *** 1 por 100.
FUENTE: Elaboración propia.

existencia de «efecto lunes», con alguna excepción. De nuevo, si existe para este año, sería muy limitado.

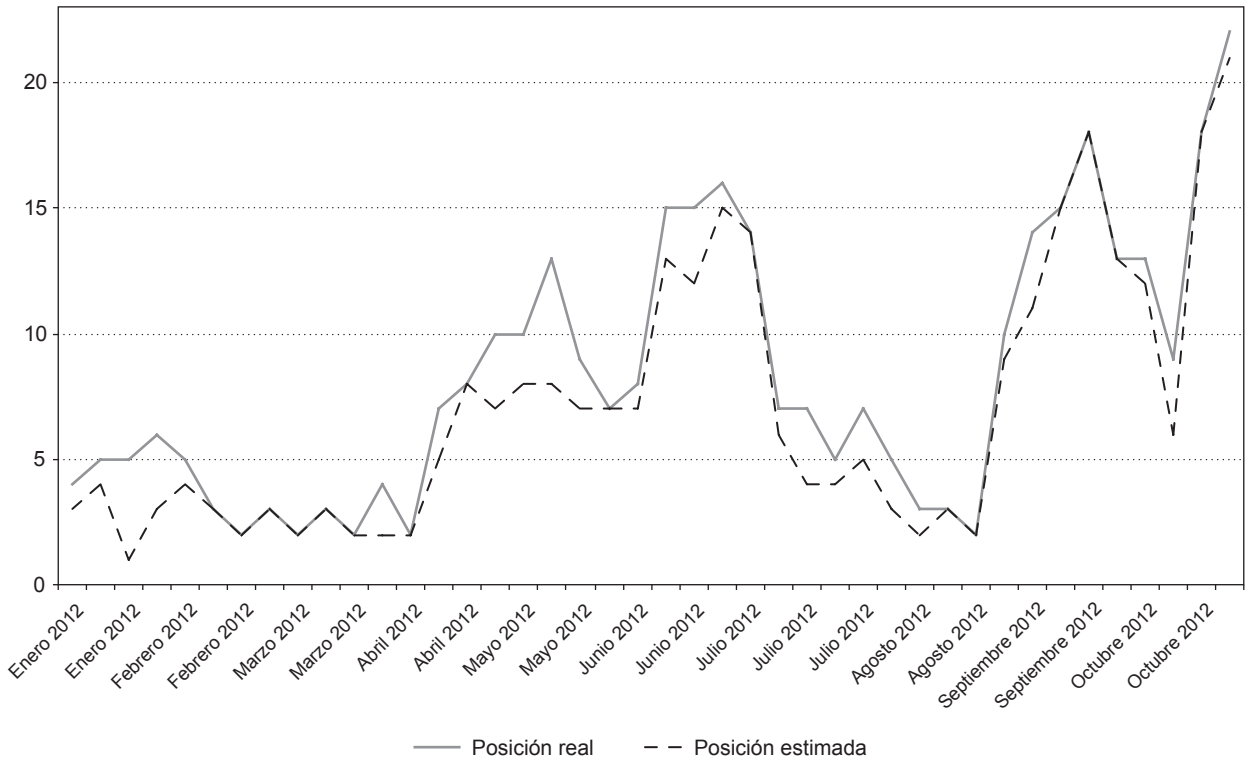
El resultado de 2011 nos señala una estrategia de precios acorde al «efecto lunes» para las semanas donde España había ocupado uno de los cinco puestos más elevados del *Oil Bulletin* la semana anterior. Para ese mismo año, las semanas en las que en la anterior semana España había ocupado un puesto igual o inferior al sexto, no se observa una estrategia de precios compatible con el «efecto lunes». Sin embargo, al igual que en las estimaciones mostradas anteriormente para este mismo año, los coeficientes son relativamente reducidos.

Los resultados más claros se obtienen para el año 2012. Tanto para un grupo como para el otro, las gasolineras peninsulares no vinculadas a supermercados tienen una estrategia de precios compatible con el «efecto lunes» y con unos coeficientes más elevados. Para las semanas después de una posición elevada de España en el *ranking*, los precios fijados el lunes son entre 0,2 y 2,25 céntimos más baratos. De media son 0,98 céntimos más baratos. Para el grupo de semanas donde España en la anterior estaba en el sexto puesto o más retrasada, el patrón se mantiene y los precios son 0,9 céntimos más bajos que la media de la semana. Por lo tanto, parece que sobre todo en 2012 hay una estrategia de precios compatible con el «efecto lunes» por parte de las gasolineras peninsulares no vinculadas a las cadenas de alimentación.

En un último paso hemos querido mostrar cómo podría ser la situación contrafactual de España en el *ranking* si el lunes se hubiera fijado un precio igual al siguiente día más barato. Los resultados se observan en el Gráfico 2, donde se ve la posición real de España (línea contínua) y la posición que hubiese tenido si los precios hubiesen sido 0,6 céntimos de euro más caros (línea discontinua), que es lo que nos señala la aproximación más conservadora de las presentadas con anterioridad para 2012 (Cuadro 5D). Además 0,6 céntimos es el valor que

GRÁFICO 2

POSICIÓN REAL Y ESTIMADA DE ESPAÑA EN EL OIL BULLETIN (AÑO 2012)



FUENTE: Oil Bulletin. Elaboración propia.

calcula la CNE (2013) que suben los precios los martes en comparación al nivel establecido los lunes.

Salvo en determinadas semanas (concretamente en 18 de las 49 consideradas) en las que no haya habido variación, en la mayoría de ellas se hubiera situado en una posición más alta en el *ranking*. El valor medio del diferencial de posiciones es de 1,2.

5. Conclusiones

A pesar de la liberalización del sector de venta minorista de hidrocarburos en España, tanto la literatura empírica como los recientes informes de los organismos reguladores sectoriales y los de la competencia, apuntan no solo a graves problemas en el grado de competencia a nivel minorista, sino también en todos los eslabones de la cadena productiva.

Centrándonos en el nivel minorista, y en el resultado más evidente del mismo (el precio final), la conclusión es similar. Tal es así que España ha aparecido en el Boletín Petrolero de la Comisión Europea entre los países con precios antes de impuestos más elevados de toda la Unión Europea de los 27. Este hecho ha sido varias veces denunciado, incluso desde la propia

CNC en 2011, pero ha sido más intensa la difusión mediática en el segundo semestre de 2012.

Dado que la Comisión Europea recoge los datos de precios finales los lunes de cada semana, hay indicios sobre una manipulación de precios minoristas ese día de la semana, de forma no justificada económicamente, para alterar las estadísticas europeas y conseguir de esa forma reducir el impacto mediático de la noticia.

En el presente trabajo confirmamos la existencia de ese llamado «efecto lunes». Para ello hemos conformado una base de datos con los precios diarios de todas las estaciones de servicio de España (más de 8.000), de lunes a viernes, de enero de 2009 a octubre de 2012. Con estos datos realizamos un análisis de mínimos cuadrados ordinarios robustos a la posible existencia de heterocedasticidad, y con efectos fijos por gasolinera y día, para determinar qué día de la semana tiene precios más bajos (si es que existía tal patrón).

Utilizando dos grupos de control diferentes, uno no afectado por las estadísticas de la Comisión Europea (las estaciones de servicio de Canarias) y otro por mostrar mayores niveles de competencia (estaciones de servicio de hipermercados y grandes cadenas comerciales), llegamos a varias conclusiones: la primera es que, sistemáticamente, los lunes de cada semana tienen precios más bajos en las estaciones de servicio de la España peninsular que no pertenecen a hipermercados. La segunda es que este comportamiento es más acusado en 2012 que en años anteriores (en 2009 no es estadísticamente significativo).

La tercera conclusión es que esta hipótesis de análisis no se confirma ni en las estaciones de servicio de Canarias, ni en las que pertenecen a grandes cadenas comerciales. Ello, unido al dato de la inexistencia temporal (en 2009 no hubo) del efecto, confirma aún más este comportamiento de manipulación de precios.

Por último, el «efecto lunes» es más evidente cuando España se sitúa en valores altos del *ranking* del *Oil Bulletin* y, por tanto, más susceptible de ser objeto de noticia acerca de los precios en el país.

Por tanto, se demuestra la existencia de un indicador más de este nivel de «no-competencia» obtenido en otro tipo de estudios, resultado aún más gravoso (si cabe) por la situación de crisis económica que sufre España, a pesar de la cual las petroleras han conseguido aumentar el margen de beneficios un 30 por 100 en el primer trimestre de 2013[12].

Referencias bibliográficas

[1] ACCC (2007): «Petrol Prices and Australian Consumers, Report of the ACCC Inquiry into the Price of Unleaded Petrol». Diciembre.

[2] BELLO, A. y CAVERO, S. (2008): «The Spanish Retail Petroleum Market: New Patterns of Competition Since the Liberalization of the Industry». *Energy Policy* 36, pp. 612-26.

[3] BELLO, A. y CONTÍN, I. (2010): «Influencia de los factores de localización en la fijación de los precios de los carburantes de automoción en España», *Cuadernos Económicos del ICE*, 79, pp. 45-67.

[4] CLARK, R. y HOUDE, J.F. (2012): «Collusion with Asymmetric Retailers: Evidence From a Gasoline Price-Fixing Case». *Working paper*.

[5] COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2012): Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España.

[6] COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA (2013): Informe sobre el efecto del día de la semana en la determinación de los precios de los carburantes (período 2007-2012).

[7] CONTÍN, I. ; CORRELJÉ, A. y HUERTA, E. (1999): «The Spanish Gasoline Market: From Ceiling Reg-ulation to Open Market Pricing», *The Energy Journal*, vol. 20(4), pp. 1-13.

[8] CONTÍN, I. y HUERTA, E.(2001): «Infraestructuras de red en la industria petrolera española». *Ekonomiaz*, 46, pp. 76-91.

[9] ECKERT, A. (2013): «Empirical Studies of Gasoline Retailing: a Guide to the Literature». *Journal of Economic Surveys*, 27(1), pp. 140-166.

[10] FOROS, O y STEEN, F. (2011): «Vertical Control and Price Cycles in Gasoline Retailing», *Institute for research in Economics and Business administration*, Bergen.

[11] IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P. y TIROLE, J. (2003): «The Economics of Tacit Collusion». *Final report for DG Competition*, European Commission.

[12] *El País*, 17 de mayo de 2013 «Las petroleras aumentan un 31 por 100 los márgenes sobre las gasolinas desde enero»

[12] JIMÉNEZ, J.L. y PERDIGUERO, J. (2011): «Does Accessibility Affect Retail Prices? An Empirical Application», *Networks and Spatial Economics*, 11(3), pp. 677-699.

[13] JIMÉNEZ, J.L. y PERDIGUERO, J. (2012): «Does Rigidity of Prices Hide Collusion?», *Review of Industrial Organization*, 41, pp. 223-248.

[14] JIMÉNEZ, J.L. y PERDIGUERO, J. (2013): «One More Lie: The «Monday Effect» in the Spanish Retail Petrol Market». *Mimeo*.

[15] JIMÉNEZ, J.L. y PERDIGUERO, J. (2014): «Mergers and Difference-in-difference Estimator: Why Firms Do not Increase Prices?» *European Journal of Law and Economics*, forthcoming.

[16] MASKIN, E. y TIROLE, J. (1988): «A Theory of Dynamic Oligopoly, II: Price Competition, Kinked Demand Curves, and Edgeworth Cycles». *Econometrica*, 56, pp. 571-599.

[17] NOEL, M.D. (2007): «Edgeworth Price Cycles: Evidence from the Toronto Retail Gasoline Market». *Journal of Industrial Economics*, 55, pp. 69-92.

[18] NORWEGIAN COMPETITION AUTHORITY (2010): «Det Norske Drivstoffmarkedet». Available at www.kt.no.

[19] PERDIGUERO, J. (2010): «Dynamic Pricing in the Spanish Gasoline Market: A Tacit Collusion Equilibrium». *Energy Policy*, 38, pp. 1931-1937.

[20] PERDIGUERO, J. (2012): «Tres décadas de reformas en el mercado español de gasolinas: historia de un fracaso anunciado». *Papeles de Economía Española*, 134, pp. 143-157.

[21] PERDIGUERO, J. y BORRELL, J.R. (2007): «La difícil conducción de la competencia por el sector de gasolinas en España». *Economía Industrial*, 365, pp. 113-125.

[22] PERDIGUERO, J. y JIMÉNEZ, J.L. (2009): «¿Competencia o colusión en el mercado de gasolina? Una aproximación a través del parámetro de conducta», *Revista de Economía Aplicada*, 50, pp. 27-45.

Julia Ortega Bernardo*

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA A LOS GOBIERNOS Y ADMINISTRACIONES LOCALES Y SUS EXCEPCIONES AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL

En este estudio, que toma como referencia básica el material empírico que proporcionan las Resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia dictadas en los últimos cinco años, se delimita el alcance con el que se aplican las normas de la competencia a la actividad de los Gobiernos y Administraciones locales y se dilucida que las mismas no se aplican exclusivamente a la actividad empresarial local sino también a la que comporta ejercicio de poder público. Asimismo se analizan los requisitos jurídico-formales y materiales que han de concurrir para que la actividad local quede exenta de la aplicación de dichas normas.

Palabras clave: *Gobiernos y Administraciones locales, aplicación de las normas de defensa de la competencia, autoridades de defensa de la competencia, restricciones de la competencia, potestades administrativas, ejercicio de poder público, Derecho europeo de la competencia, conductas exentas de la aplicación de las normas de la competencia, servicio público local, iniciativa económica local, ordenanzas locales.*
Clasificación JEL: *K21.*

1. Introducción

El principio de libertad de competencia que se deriva del artículo 38 de la Constitución española (en adelante CE)[1], en la medida en que se articula a través de medios de intervención global o transversal sobre el mercado —como las normas de defensa de la competencia—, se proyecta sobre la actuación de las Administraciones públicas y obliga a eliminar otros medios de intervención pública, que pudieran ir dirigidos a implantar determinados obstáculos injustificados al mer-

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta investigación se cerró provisionalmente el 15.6.2013 (definitivamente el 1.04.2014). Ha sido elaborada en el marco del Proyecto «Desarrollo del Mercado interior a través de los Gobiernos locales», referencia: DER2012-34855 del VI Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental (convocatoria 2012) del Ministerio de Economía y Competitividad.

[1] Así en ARROYO JIMÉNEZ, L. (2004): *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 141; CINDONCHA MARTÍN (2006): *Libertad de empresa*, Madrid, Civitas, p. 374. Esta misma idea en la STC 1986/1988, de 1 de julio.

cado, tanto con respecto al principio de igualdad de condiciones en el ejercicio de las actividades económicas, como en relación al principio de libre circulación[2]. Aun así, la garantía de la libre competencia no es un principio absoluto, y puede resultar limitado al ponderarse con la consecución de otros fines y valores de interés general protegidos jurídico-constitucionalmente. Por ello es necesario admitir las restricciones a la competencia que pudieran imponerse por ley o derivarse de una regulación legal. Consecuentemente se acepta que las normas de la competencia no se apliquen en todos los casos a la actividad de los Entes locales, tanto a la de carácter material como a la de naturaleza jurídica[3] a condición de que tales restricciones se deriven de la aplicación de una ley, es decir, encuentren amparo legal. Así se prevé expresamente en el art. 4 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC[4]).

A pesar de lo expuesto, hay que partir del dato jurídico (*ex* art. 4.2 LDC *a sensu contrario)* de que las normas de la competencia se aplican, *prima facie,* a la actividad con incidencia económica que desarrollan las Entidades locales, tanto a la actividad empresarial realizada directa o indirectamente por ellas, como a la que los Gobiernos locales inducen a desarrollar y a la que, con este fin, despliegan ellos mismos en el ejercicio de sus poderes públicos, normativos y ejecutivos[5]. En estas páginas se tratará de dar cuenta de ello y de analizar el alcance e intensidad con el que se verifica dicha aplicación.

En relación a la primera premisa (aplicación a la actividad económica) no parece que pueda plantearse ninguna duda al respecto si se atiende al Derecho primario europeo (actual art.106.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE) y a la jurisprudencia comunitaria[6], en la que se declara que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación. Este amplio entendimiento del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia ha sido tomado asimismo expresamente en consideración por la jurisprudencia española[7] y se ha elevado a categoría legal con la Disposición adicional 4.1 LDC. Para el Derecho de Defensa de la Competencia, lo relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente perjudicial o restrictivo de la compe-

[2] SORIANO GARCÍA (1998): *Derecho público de la competencia.* Madrid, Marcial Pons, p. 241.

[3] Sobre su distinción GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH (2001): *et al. Acto y procedimiento administrativo,* Madrid, Marcial Pons, p. 22.

[4] Bajo la vigencia de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, (en adelante LDC 1989), la excepción solo era aplicable con respecto a las normas legales que ordenaban la realización de conductas colusorias, mientras que con la vigente LDC también se aplica a las conductas abusivas y desleales comprendidas en los artículos 2 y 3 LDC. No es la única excepción que se prevé a la aplicación de las normas de Derecho de la competencia, también se produce su inaplicación cuando se trata de conductas de escasa importancia, que se determinan conforme a los criterios adoptados reglamentariamente (art. 5 LDC), o cuando se produce una decisión singular de exención adoptada por la CNC con base en el art. 6 LDC.

[5] Con esta tesis lo cierto es que se matiza en parte la concepción que se ha mantenido tradicionalmente y que sostiene, entre otros, CASES PALLARES (2010): «Regulación y competencia. Límites y conexiones». en *Derecho de la regulación económica*, *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Dir. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1, Madrid, Iustel, pp. 440-462*,* conforme a la cual no cabe fiscalizar la actuación administrativa, desde la perspectiva de las normas de la competencia, si se está en supuestos en los que la Administración actúa como poder regulador, en los que efectivamente —y esto no se puede discutir— el control pleno de la decisión primaria tanto de su contenido material como del cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

[6] Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, apartado 21, de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06. Vinculada con esta jurisprudencia se halla aquella otra que declara el sometimiento de las empresas públicas a las normas de competencia y las obligaciones de los Estados al respecto: Sentencias de 3 de octubre de 1985, asunto 311/84, CBEM/CLT e IPB; de 17 de mayo de 1994, asunto c-18/93, Corsica ferries/Corpo dei Piloti del Porto di Genova, y 10 de diciembre de 1991, asunto c-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrieli.

[7] Esta tesis ha sido recientemente sostenida por el Tribunal Supremo, («el ejercicio de funciones públicas no exime a la Administración Pública de su sometimiento a la legislación de la competencia»), en el FJ 5 y en el FJ 6 de la STS de 14 de junio de 2013, recurso de casación núm. 3282/2010, promovido por el Ayuntamiento de Mallorca. Así, entre otras anteriores, SSTS de 4 de noviembre de 2008 (recurso 5837/2005), SSTS 19 de junio de 2.007, rec. 9.449/2.004 y 26 de abril de 2010, rec. 3359/2007, asimismo las Sentencias de la Audiencia Nacional 30 de septiembre de 2010, rec 815/2009, y 18 de febrero de 2009, rec. º 327/2006, Ambulancias Orense, y de 11 de noviembre de 2003, rec. 839/2000.

tencia en el mercado[8]. Tanto la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)[9], como, en mayor medida, los órganos y organismos administrativos autonómicos de defensa de la competencia, allí donde se han creado[10], al ejercer funciones consultivas, de control y sanción de las prácticas restrictivas de la concurrencia entre empresarios fiscalizan la actividad de los ayuntamientos, toda vez que pueden incurrir en alguna de las conductas prohibidas por las normas de la competencia.

Es cierto que siempre se podría argumentar en contra de la efectiva aplicación de las normas de la competencia a las Entidades locales en el sentido de que se podría pensar que las conductas anticompetitivas que se desarrollan a nivel local no pueden ocasionar perjuicios significativos a la competencia, debido a su menor importancia económica[11]. Sin embargo, a estas alturas no se pone en duda, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que las ventajas económicas que los Gobiernos locales confieren a sus empresas o a ciertas empresas privadas pueden tener incidencia en los intercambios comerciales entre Estados[12]. Por ello, les resulta también de aplicación, en principio y salvo prueba en contrario, el régimen jurídico de las ayudas públicas previsto en el TFUE, tal y como puso de manifiesto la histórica Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, STJCE de 24 de julio de 2003, C-280/00, en el asunto *Altmark Trans*, en el que se analizaba la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las subvenciones otorgadas a empresas privadas que prestaban un servicio de cercanías de transporte urbano de pasajeros[13]. De esta manera se parte de la premisa que las subvenciones o cualquier tipo de ayuda pública a los servicios públicos locales pueden tener incidencia en los intercambios comerciales entre Estados —apartado 69 de la STJCE de 24 de julio de 2003, asunto *Altmark Trans:* «la cuantía de la ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros»—.

Si esto es así, a nivel comunitario, con mayor motivo en el ámbito interno. La actuación de las Entidades locales puede producir distorsiones a la competencia en el ámbito nacional y autonómico. En el ejercicio de sus funciones los órganos de defensa de la competencia, la CNC y los órganos autonómicos, pueden sancionar a las organizaciones jurídico-públicas locales, por incurrir en

[8] Como se extrae asimismo de las propias resoluciones de los órganos de la competencia: *Resolución de 13 de octubre de 2011 del Tribunal Valenciano de Defensa de la Competencia, Informe de la Autoridad Catalana de la Competencia (Ref. OB 4/2009),* Observaciones relativas a la gestión de los gastos para desplazamientos en taxi a cargo del servicio catalán de salud, y en las *Resoluciones de 4 de junio de 2009 de la CNC (expte. 2779.07),* Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar *y de 14 de abril de 2009 de la CNC —expte. 639/08—* sobre supuestas conductas realizadas por el Consejo de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud (SESCAM) de dicha Comunidad Autónoma, en la que se pone de manifiesto que la regla general de prohibición de restricciones al Derecho de la competencia —se hace referencia concretamente a las prácticas colusorias— se aplica incluso en el «el ejercicio de otras potestades administrativas», es decir, no solo cuando la Administración actúa como operador económico sino también cuando ejerce poder regulador.

[9] Hay que advertir que en virtud de la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) en su Disposición adicional primera.

[10] En la actualidad, la gran mayoría de las CCAA han asumido y ejercen funciones en materia de competencia, conforme a lo previsto en la propia Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias en este sector. Sobre esta cuestión puede consultarse el *Informe de la CNC sobre la aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia 2008-2012.*

[11] En este sentido se pronunció desacertadamente la STS de 14 de febrero de 2007, RJ. 1523, siguiendo a la STS de 26 de junio de 2006, que reproduce las afirmaciones de la sentencia de instancia, STSJ de Valencia de 23 de mayo de 2004.

[12] Apartado 69 de la STJCE de 24 de julio de 2003, (C-280/00), en el asunto Atlmark Trans. Sobre esta sentencia *Vid.* ORTEGA BERNARDO (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración pública*, núm. 169, pp. 55-98.

[13] En este caso se sostuvo que tales subvenciones no constituían ayudas de Estado desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, no porque resultase ser una cuestión de dimensiones locales, sino porque no se trataba en puridad de ventajas. Se las consideró como compensación suficiente en contraprestación a las obligaciones de servicio público impuestas a estas empresas. Con esta sentencia se estableció una doctrina estable en relación con los requisitos (apartados 83-89) que han de satisfacer las compensaciones «económicas» a las obligaciones de servicio público para que las mismas no sean consideradas como ayudas de Estado.

prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia, ya actúen como operadores económicos, ya ejerzan poder público. Esto último se produce en aquellos supuestos en los que el control de los órganos de defensa de la competencia se verifica cuando las Entidades locales despliegan sus poderes normativos y ejecutivos. Con ello se activa un control administrativo de legalidad sobre el ejercicio de poder público[14], aunque las autoridades (órganos y organismos) de la competencia no resulten competentes para inaplicar (aunque, sobre esto quepan ciertas dudas[15]) ni ciertamente para anular los actos administrativos o las normas infralegales dictadas por las Entidades locales. Este indiciario control de legalidad de la actuación municipal se ha reforzado en gran medida, ya que los órganos de la competencia están legitimados, a partir de la LDC de 2007, para impugnar actos administrativos y ordenanzas locales, cuando aprecien que establecen restricciones a la competencia sin que la ley les ampare para ello. Esta legitimación se reconoce tanto a la CNC (en el derogado art.12.3 LDC, actual art. 5.4 LCNMC), como a los órganos autonómicos, —a estos últimos (art. 13.2 LDC) en relación con los «actos de las Administraciones públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos a Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley»—.

2. La aplicación del Derecho de la Competencia a las Entidades locales cuando actúan como operadores económicos

Los Gobiernos y Administraciones locales pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado en competencia con las empresas privadas[16], aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica (art. 128.2 CE primera frase), y conforme a lo previsto en la propia legislación básica estatal de régimen local (de acuerdo con el vigente art. 86.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en adelante LRBRL[17]). Ahora bien, como se ha expuesto desde un

[14] En este sentido REBOLLO PUIG (2003): «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. D. Sebastián Martín-Retortillo,* Civitas, Madrid, pp. 735-739, afirma que el procedimiento de infracción ante el TDC era, bajo la vigencia de la LDC 1989, un cauce adecuado, aunque con un apoyo debilísimo y fácilmente discutible, para destruir la presunción de legalidad por falta de fundamento legal y a los solos efectos de apreciar la inexistencia de una causa de justificación que excluyera la aplicación de las normas de la competencia, y por tanto, el ejercicio de sus facultados de sanción y de imposición de cesación de las conductas restrictivas, lo que desde luego no excluiría al mismo tiempo acudir a los mecanismos ordinarios de eliminación de los actos y reglamentos, esto es, a su exclusivo control judicial.

[15] Al respecto se ha producido cierta polémica. Por su parte, VICIANO PASTOR (1995): *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 526, afirmó que el TDC, en cuanto órgano administrativo, debería inaplicar el reglamento que considerara ilegal. Por el contrario, BAÑO LEÓN (1996): *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la* competencia, McGraw-Hill, p. 86: «El TDC, como órgano administrativo, aunque dotado de cierta independencia, no puede inaplicar los reglamentos que, como cualquier otra norma jurídica, deben ser observados y cumplidos por la Administración». Frente a la opinión del anterior, considera que todo ello no impide que el TDC ejerza sus competencias sobre el presupuesto de apreciar la ilegalidad de esos reglamentos y actos administrativos, lo que rompe la regla general de presunción de legalidad y validez de los reglamentos y actos administrativos (art. 18.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común) frente a otros órganos administrativos; REBOLLO PUIG (2003): Reglamentos y actos administrativos…*op. cit.* pp. 737, quien también abogó en su momento por una reforma legislativa que regulase con más claridad y determinación este control de legalidad que se atribuía al órgano nacional de defensa de la competencia.

[16] Este tipo de actividad local tiene una importancia constatable en algunos municipios. Pone ejemplos ESPINOSA GARCÍA, J. (2011) «Servicios públicos locales y competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J. *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Madrid, Thomson Reuters.

[17] Con la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), por la que se modifica la LRBRL, la iniciativa de los municipios en la actividad económica, susceptible de ejercicio al amparo del art. 128.2 de la CE, resulta visiblemente recortada. Con la introducción de nuevos requerimientos en el art. 86.1 LRBRL el legislador trata de adecuarse al principio constitucional de estabilidad presupuestaria, previsto en el art. 135 CE, y atender, con el fin de valorar su oportunidad, a las razones económicas de interés general y a la afectación de los intereses privados de esa misma índole —que no se reputan expresamente como prevalentes—. En este sentido, se han eliminado otros condicionamientos a la misma que se habían barajado como posibles en los sucesivos borradores de la reforma (tales como que dicha iniciativa pública se supeditara a la prestación de los servicios mínimos con arreglo al coste estándar de ellos fijado por el Estado). Es posible que en la eliminación de estas condiciones adicionales haya tenido que ver que cada vez resulte más visible la concepción de que la iniciativa empresarial de las Entidades locales se integra en el contenido protegido por la garantía

principio, la actuación estrictamente empresarial de la Administración[18] no puede restringir, *prima facie* (art. 106.1 TFUE) el juego de la libre competencia del mercado. De otra forma, les resultarán de aplicación las normas de defensa de la competencia, que se dirigirán a reprimir estas conductas contrarias. A continuación se exponen dos sectores concretos en los que la actividad empresarial de las Entidades locales ha incurrido, ilegalmente, en estas restricciones.

El supuesto de los servicios funerarios

En el sector de los servicios funerarios se ha constatado por diferentes vías la ausencia en algunos casos de libre competencia empresarial, a pesar de que se trate de una actividad liberalizada a partir del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Con esta norma se suprimió la consideración de los servicios funerarios como monopolio legal reservado al sector público (así lo declaraba el art. 86.3 LRBRL en cumplimiento de la reserva de ley ordenada por el art. 128.2 CE) y se permitió la entrada de otros prestadores de servicios privados sin limitación de número, bajo un régimen de autorización administrativa municipal. De este modo es relevante el respeto a las reglas de la competencia, tanto por parte de los Gobiernos municipales, en la regulación de estos servicios y en el otorgamiento y vigilancia de las concesiones sobre el servicio de cementerios, como por parte de las empresas privadas concesionarias de los mismos.

Los problemas se han puesto de manifiesto con motivo de los diferentes expedientes de infracción que se han abierto y resuelto en este ámbito[19], y asimismo han sido detectados con carácter general por varios de los informes emitidos por las autoridades de defensa de la competencia, concretamente por la CNC y por la Autoridad catalana competente en la materia[20], expresamente referidos este sector: la existencia de un marco legal profuso, disperso y complejo que contiene una diversidad de requisitos de acceso a la actividad que además varían sustancialmente de unas Comunidades Autónomas a otras, incluso entre distintos municipios de una misma Comunidad; que dicha normativa sigue manteniendo un buen número de limitaciones a la competencia, no en todos los casos justificadas ni proporcionadas, con exigencias que desvirtúan la pretendida liberalización del sector; por último, y como consecuencia directa de lo anterior, se constata que sigue habiendo muchas situaciones de dominio del mercado protagonizadas por empresas en las que mayoritariamente intervienen los municipios.

Para ilustrar el tipo de problemas que se plantean en este ámbito puede citarse el caso del que conoce la Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009 (expte. 650/08), en relación con las empresas funerarias que desarrollan su actividad en la Comunidad Autónoma de Baleares y la intervención en este sector del Ayuntamiento de Mallorca[21]. En este supuesto se imputó al

constitucional de la autonomía local (art. 137 CE). De hecho, en esta línea se ha pronunciado el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* en su Dictamen 8/2014, de 27 de febrero (FJ 14), sobre la LRSAL —que resulta preceptivo en esta Comunidad con anterioridad a la eventual interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la misma, conforme se dispone en el art. 76.3 Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, del Estatuto de Cataluña—.

[18] No declarada servicio público y siempre sujeta, sin embargo, al interés público, como se puso de manifiesto en la conocida STS de 10 de octubre de 1989 (ar. 7352), sobre un caso de iniciativa privada económica del Ayuntamiento de Barcelona.

[19] Exclusivamente dictadas por la CNC pueden citarse los siguientes: *Expediente 650/08 Funerarias Baleares, expediente 495/00 Velatorios Madrid, expediente 502/00 Funerarias Madrid 3, expediente 613/06 Servicios Funerarios La Gomera*.

[20] El *Informe de 25 de mayo de 2011 emitido* —al amparo del art. 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia— *por la CNC ref. IPN 55/2011,* y, por otro, del *Informe de 27 de noviembre de 2011 de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia* —realizado de acuerdo con los artículos 2.4 y 8.1.b) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia *Ref.: OB 10/2011*—. Los dos informes versan *sobre la reforma de la legislación en materia de servicios funerarios* que debía aprobarse en cumplimiento de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

[21] La impugnación de esta Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009 (expt. 650/08), fue resuelta por las Sentencias de la Audiencia

Ayuntamiento de Mallorca, propietario del capital íntegro de una empresa funeraria, y a dicha mercantil la infracción de la prohibición de abuso de la posición dominante —regulada en el art. 6 LDC (1989)—.

Asimismo es el caso de la Resolución del órgano Catalán de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 2009 (expte. 13/2009). En este supuesto se fiscaliza la prestación por parte del Ayuntamiento de Solsona de la actividad de servicios funerarios y, ante la prueba de la comisión de una conducta infractora de la legislación de Defensa de la competencia que perjudicaba a una empresa privada, el procedimiento sancionador incoado se termina convencionalmente al amparo del art. 52 LD. En este supuesto las prácticas anticompetitivas se han realizado con el ejercicio de poder público por parte del Ayuntamiento: queda claramente acreditado que el municipio en cuestión había impuesto por medio de una Ordenanza municipal ciertas exacciones fiscales a las que estaban exclusivamente sometidas las empresas privadas que desarrollaban estos servicios en competencia con la empresa funeraria municipal. Además en la página web institucional del Ayuntamiento solo se hacía publicidad de la empresa dependiente del municipio. Asimismo, quedó constancia de que se había impedido el acceso a dicha página web a la empresa competidora. Constatado el incumplimiento, el Ayuntamiento de Solsona se compromete a abrir el uso del tanatorio municipal a las funerarias privadas, regulando el acceso en condiciones «regladas y no discriminatorias», y a imponer al pago de unas tarifas razonables y no discriminatorias[22].

Igualmente es muy ilustrativa de los problemas en este sector la Resolución del Consello Galego da Competencia (CGC) de 10 de julio de 2012 (Resolución R 1/2012- Tanatorio de Valga) en la que se declara que la concesionaria de los servicios de ese tanatorio municipal ha infringido el art. 2.2 c) LDC (modalidad de abuso de posición dominante) al haber denegado injustificadamente el acceso a las salas de dicho tanatorio a las empresas de la competencia[23].

La actividad económica de transporte fluvial

De cierto interés también resulta ser la aplicación de las normas de la competencia a la actividad económica de transporte fluvial desarrollada por las organizaciones locales. Sobre este tipo de prestación se dicta la Resolución de 2 de febrero de 2009, expte. R 7/2008, del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, en la que se fiscaliza el ejercicio directo por parte de la Diputación Provincial de Lugo de la actividad de transporte fluvial de viajeros con embarcaciones de su propiedad por la «Ruta de los embalses». En este caso se denuncia a la Administración local porque en la explotación directa de los servicios aplicó durante dos anualidades precio por debajo del coste, lo que podría comportar la realización de actos de competencia desleal en perjuicio de otra empresa privada competidora en ese ámbito.

En un primer momento lo que se intenta dilucidar es si la actuación de la Diputación se realiza en el ámbito de sus propias prerrogativas y al amparo de la ley. Se cita para ello el art. 109.1 Ley 5/1997, de 22 de

Nacional de 31 de marzo de 2010, en sendos recursos (núm. 154/2009 y núm. 144/2009), interpuestos respectivamente por el Ayuntamiento y la empresa funeraria municipal, que a su vez recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo, que ha dictado las SSTS de 14 de junio de 2013, *recurso de casación núm. 3282/2010*, y *recurso de casación 3568/2013*, que desestiman los dos.

[22] Posteriormente sobre este asunto se dicta la *Resolución de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia de 25 de febrero de 2013* en la que se impone una sanción al Ayuntamiento de Solsona, por incumplimiento de la referida *Resolución de esta misma Autoridad de 30 de septiembre de de 2010*, de terminación convencional del expediente nº 13/2009. Con respecto a este mismo asunto se ha adoptado después la *Resolución de 24 de julio de 2013*, en la que se acuerda dar por finalizada la vigilancia del cumplimiento de otra Resolución anterior de 17 de julio de 2012, al comprobarse que el Ayuntamiento en cuestión había finalmente cumplido con todas las obligaciones en ella dispuestas.

[23] A este tipo de conducta también se refiere *el Consejo de la Competencia de Andalucía,* en su *Resolución de 27 de septiembre de 2012, S/12/2012.* En esta resolución queda acreditado que Tanatorios de Huelva ha abusado de su posición dominante al exigir distintos precios por el mismo servicio de alquiler de salas de velatorio, dependiendo de la empresa funeraria.

julio, de Administración local de Galicia, relativo a las competencias propias de las Diputaciones provinciales, que recoge, entre ellas, en su apartado d): «En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia». Asimismo se toman en consideración otras previsiones legales, en concreto el art. 36.1.d) LRBRL que también les atribuye «la cooperación en el fomento y desarrollo económico y social». En este punto considera el Tribunal que cabe admitir el argumento de la Diputación que sostiene que los servicios de transporte fluvial tienen por objetivo «impulsar y promover el desarrollo de las zonas ribereñas de los embalses». Sin embargo, el Tribunal gallego considera que él no es competente para resolver esta cuestión competencial, sino que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pese a lo anterior, y en contradicción con la última afirmación, el órgano autonómico pasa a enjuiciar la actividad de la Diputación y finalmente termina por considerar que se trata de una actividad económica a la que resulta de aplicación general la LDC.

En este orden de cosas, el Tribunal se plantea sucesivas infracciones de la legislación de defensa de la competencia por parte de la Diputación Provincial de Lugo. Para ello comienza valorando si tal conducta infringe alguno de los artículos de la LCD (1989), y si tiene capacidad para distorsionar gravemente las condiciones de competencia y afectar al interés público. Tiene en cuenta para ello que la conducta denunciada es esencialmente la supuesta venta por debajo del coste realizada durante varias anualidades (2002-2003). Se plantea que se haya tratado de una venta a pérdida, y si se realiza con la intención de eliminar a los posibles competidores al imposibilitarles la entrada en el mercado para ofrecer el servicio de transporte fluvial —lo que se conoce en el lenguaje jurídico-mercantil como doctrina de los precios predatorios (art. 7, en conexión con el art. 17 LDC, en su antigua versión)— ,o si concurre una conducta desleal derivada de la violación de normas o competencia desleal derivada de la cláusula general o residual del antiguo art. 5 LCD. Pues bien, en el análisis que se realiza se pone de manifiesto la dificultad práctica que resulta de aplicar estas normas (de defensa de la competencia) a las Administraciones públicas. Expresamente afirma el TDC gallego, siguiendo en esto al antiguo órgano nacional (TDC): «La dificultad proviene de que el test de recuperación de costes —probabilidad de recuperación de los costes derivados de la estrategia predatoria una vez eliminado el competidor o competidores actuales o potenciales— resulta de imposible aplicación a la actividad económica de la Administración Pública, dado que no existe razón para que la misma actúe de modo que el beneficio se incremente en el futuro».

3. La aplicación de las normas de la competencia a las Entidades locales cuando actúan como poder público

En determinadas actividades en las que se ejerce poder público

A) En la actividad convencional de la Administración

Concretamente en el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2010, Jur 149796, se conoce de un supuesto en el que se enjuicia una Resolución de la CNC por la que se sanciona a un Ayuntamiento que está actuando como poder regulador y no en ejercicio de una actividad de empresa. Concretamente la actividad objeto de sanción consistía en la suscripción por parte del Ayuntamiento de Peralta (Navarra) de un Convenio con la Asociación de Industriales Feriantes de Navarra (AIFNA), con la finalidad de evitar la competencia entre las industrias feriales y similares durante las fiestas locales del Municipio en el transcurso de varias anualidades. La CNC declaró la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por los arts. 1 y 6 LDC, en la medida que se considera además que la AIFNA incurría en abuso de posición de dominio. A juicio del Tribunal la asociación recurrente resultaba concesiona-

ria en exclusiva de la gestión y explotación del recinto ferial y tenía autonomía para adjudicar los terrenos a los industriales feriantes con arreglo a su propia normativa interna. Los hechos tuvieron lugar en la medida que se sustituyó el ejercicio de las competencias municipales de adjudicación directa de las licencias de las instalaciones para «atracciones y puestos de venta ambulante» durante las fiestas, por la adjudicación de la totalidad de instalaciones del recinto ferial por parte de AIFNA. Esta sustitución se llevó a cabo en virtud de convenios de colaboración celebrados entre el Ayuntamiento y la citada asociación. Tales notas conformaban una posición de dominio en el mercado relevante, que es el de las actividades feriales. En este caso, lo que resulta especialmente interesante es que quien ha creado la posición dominante, y tolerado la conducta abusiva, ha sido el propio Ayuntamiento —como pone de manifiesto que al final resulte sancionado al quedar acreditado que incurre en conductas colusorias—.

También se aprecia infracción de las normas de la competencia por parte de la actividad convencional desarrollada por los municipios el caso de la Resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2011 en la que, con base en el artículo 52 LDC, se acuerda la terminación convencional del procedimiento sancionador del Expte. S/235/10, que tiene por objeto la fiscalización de los convenios firmados durante el año 2009 entre la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y los Consejos Superiores de Colegios de arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros industriales e ingenieros técnicos industriales. Por medio de dicha resolución las partes de los convenios se comprometen a su rescisión y a abstenerse de firmar nuevos convenios que reproduzcan un contenido similar o análogo, así como a la difusión de estos hechos. En los citados convenios firmados por la FEMP con los distintos Colegios Profesionales se regulaba la prestación por parte de éstos de una serie de servicios consistentes en la verificación normativa y documental que se realiza e incorpora en la tramitación de las licencias municipales. Aunque la CNC reconoce que los Ayuntamientos pueden negociar y firmar acuerdos de colaboración con estas entidades al amparo de la disposición adicional 5ª de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (en adelante LCP), entienden que esta cobertura legal no puede ser utilizada como argumento por las partes para vulnerar los preceptos establecidos en la legislación de defensa de la competencia, concretamente el art. 1 LDC. En este sentido la CNC considera que este precepto se ha infringido en la medida en que los visados o certificados creados o establecidos por los mencionados convenios no se encuentran en todos los casos amparados por la reserva colegial que se regula en el art. 2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, aprobado con base en el artículo 13 LCP, en el que se determina en la actualidad los trabajos profesionales que obligatoriamente deben obtener el visado colegial, como excepción a la libertad de elección del cliente[24].

B) En la actividad local de policía de acceso y control de actividades económicas

En el sector de los servicios funerarios, además de la gestión de la infraestructura que sirve de base para su prestación, es igualmente importante que el municipio ejerza sus funciones de inspección y control con el fin de garantizar la competencia empresarial. Así se deriva de la resolución anteriormente citada, *supra* en el subapartado: El supuesto de los servicios funerarios, de 10 de julio de 2012 (Resolución R 1/2012–Tanatorio de Valga). En este caso se considera reprobable la conducta de un Ayuntamiento, el cual no solo se abstuvo de adoptar medida alguna ante las reiteradas quejas motivadas por la conducta de la entidad concesionaria de la infraestructura sino que, antes al contrario, en todo momento defendió el derecho de ésta

[24] Similitudes con el caso anterior presenta la *Resolución de la CNC de 16 de noviembre de 2012, SANC 05/2011 Convenio Ayuntamientos* (Móstoles, Madrid y San Sebastián de los Reyes) */Colegio de Arquitectos*.

a explotar la concesión en régimen de exclusiva, impidiendo el acceso a otros operadores al tanatorio de titularidad municipal.

C) En la actividad de publicidad (de información administrativa al público)

Un tercer tipo de supuestos en los que se denuncia la actividad municipal, ante un órgano de defensa de la competencia, y se constata asimismo que el Ayuntamiento no ha actuado como operador económico, es el relativo a la realización de actuaciones publicitarias municipales. De uno de estos casos conoce la Resolución de 20 de septiembre de 2010, expte. S/0236/10, Ayuntamiento de Calviá. La conducta denunciada consistía en que el Ayuntamiento estaba distorsionando la competencia en el mercado de la aplicación privada de tratamientos contra la procesionaria del pino, al fomentar que los particulares contrataran el servicio con una empresa determinada, que, a su vez, había resultado previamente adjudicataria del concurso convocado por el mismo Ayuntamiento para realizar los servicios de desratización, desinfección y desinsectación. Se ofrecía a los particulares, mediante anuncio en la web oficial municipal, que aquellos vecinos que decidiesen contar con el servicio de la empresa señalada por el Ayuntamiento tendrían un «precio de bajo» coste y los servicios serían supervisados por técnicos del Ayuntamiento. Se añadía además que «si a pesar» de esta oferta los vecinos decidían contratar con otra empresa distinta, si bien estaban en su derecho, el Ayuntamiento no supervisaría los trabajos realizados. En este caso el expediente finaliza con la decisión de la Comisión de no incoar procedimiento administrativo sancionador, pues se concluye que el Ayuntamiento no ha actuado como operador económico y su conducta no es enjuiciable en virtud de la legislación de la competencia, aunque expresamente se reconoce que su actuación ha podido provocar efectos anticompetitivos. Esta solución contrasta con la que se formula en el caso de la actuación del Ayuntamiento de Solsona en el ámbito de los servicios funerarios, Resolución del Órgano Catalán de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 2009 (expte. 13/2009), a la que ya se ha hecho referencia también *supra* en el subapartado: El supuesto de los servicios funerarios, en la que sí se entra en el fondo del asunto y se declara, con los efectos consecuentes, que hay infracción de las normas de la competencia por una conducta similar de información administrativa al público, que en este caso iba asociada además con un ejercicio de la potestad normativa municipal contrario al principio de libre competencia.

Cuando se ejerce poder normativo a través de la aprobación de Ordenanzas locales

Como se ha puesto de manifiesto los Ayuntamientos también afectan a la libre competencia y pueden inducir a prácticas contrarias a las normas de la competencia en el ejercicio de su poder normativo. En relación con los servicios funerarios lo pone de relieve la Resolución adoptada en 2012 por el órgano andaluz (Resolución de 27 de septiembre de 2012, S/12/2012) cuando declara «La intervención regulatoria pública tanto de las administraciones central y autonómica como de la administración local constituye una de las más importantes barreras a la entrada (…) En este orden de consideraciones el papel regulador de las corporaciones locales en materia de ordenamiento urbanístico puede resultar determinante en lo que respecta a la localización de las distintas actividades y, particularmente, en lo que a la construcción de tanatorios se refiere, reforzando con ello el poder de mercado de las empresas que ya disponen de instalaciones propias de tanatorios».

En relación con la regulación local de los servicios funerarios lo mismo se deriva de la Resolución de la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia, expediente n.º V-13/2009, de 17 de julio de 2012, en la

que se procede a determinar[25] si el Ayuntamiento de Solsona ha cumplido o no las obligaciones anteriormente impuestas por esta Autoridad en una Resolución fechada a 30 de diciembre de 2010 (reseñada *supra* en el subapartado mencionado). A la vista de la información recabada, se considera que el Ayuntamiento de Solsona ha dado cumplimiento a la mayor parte de las obligaciones impuestas en relación con su potestad de Ordenanza, —ha procedido a revisar el texto de la Ordenanza número 16, relativa a la Tasa por la prestación de servicios de cementerio, conducción de cadáveres y otros servicios funerarios de carácter local, eliminando ciertos conceptos que la Autoridad autonómica consideró anticompetitivos y ha retirado de la página web las referencias a la funeraria municipal—.

En este ámbito resulta asimismo de interés la Resolución de 20 de mayo de 2010 (expte. 22/2010) del órgano competente en materia de defensa de la competencia de Cataluña, en la que se pone fin a un expediente en el que se denuncian prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC y por conductas contrarias a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y sus leyes de transposición por parte del Ayuntamiento de Naut Aran. La denuncia se basa en que los requisitos exigidos en la Ordenanza vulneran el artículo 1.1.d) de la LDC en relación con el artículo 4.2 de la LDC. En concreto, la Ordenanza analizada introduce significativas restricciones a la competencia no justificadas bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, en el régimen de intervención administrativa que establece. Estas restricciones se concretan en la imposición para los profesores, escuelas de esquí y clubes deportivos de licencia municipal previa y de determinados requisitos, como tener la residencia o el domicilio fiscal en algún municipio de la Vall d'Aran o de otras limitaciones y condiciones adicionales a las ya previstas en la legislación catalana del deporte[26]. La Resolución parte, siguiendo la jurisprudencia, de la plena aplicación a la Administración pública de la normativa de defensa de la competencia cuando ejerce funciones públicas sometidas a Derecho administrativo. Aun así, a diferencia de las Resoluciones anteriores relativas al Ayuntamiento de Solsona, la autoridad competente considera que al haber actuado el Ayuntamiento en ejercicio de una potestad reglamentaria atribuida legalmente, como es la aprobación de la Ordenanza —y no como operador económico— en el sentido de la disposición adicional 4ª de la LDC, no corresponde incoar un procedimiento sancionador, sin perjuicio de que al mismo tiempo emita, en ejercicio de sus funciones de fomento y de promoción de la competencia[27], un informe en el que declare que la Ordenanza resulta restrictiva de la competencia.

4. Excepciones a la aplicación de las normas de la competencia a las Entidades locales

Requisitos jurídico-materiales y formales que han de cumplir las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia

El Derecho de la competencia pretende fundamentalmente garantizar la libre concurrencia empresarial. Este objetivo ha de cohonestarse con la satisfacción, en ocasiones, de otros fines de interés general. Por ello las normas de Derecho de la competencia pueden exceptuarse. Lo admite el Derecho de la UE (art. 106.2 TFUE) y lo recoge la propia legislación española (art. 4 LDC)[28]. Los requisitos para ello son de índole material,

[25] Conforme a lo previsto en el art. 41 LDC y el art. 10.2.a) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia.

[26] Ley catalana 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte y el Decreto 56/2003, de 20 de febrero, por el que se regulan las actividades físico-deportivas en el medio natural.

[27] Art. 2.4 de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia.

[28] El objetivo del art. 4 de la LDC, afirma MARCOS FERNÁNDEZ (2008): «art. 4: Conductas exentas por ley», en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J.M. y GUTIÉRREZ, A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cívitas, p. 26, es cohonestar la política de competencia con otras políticas, normas e intervenciones públicas que en su ejecución o consecución práctica causan o provocan

por exigencias del Derecho de la UE; y jurídico-formal, pues, conforme al Derecho español (art. 4 LDC), se exige una norma con rango de ley.

A) La necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de la competencia y las garantías que ha de satisfacer el acto jurídico que dispone la excepción

Frente a la estricta aplicación del Derecho de la competencia caben excepciones derivadas de la misión de interés general que se cumple con el desarrollo de determinadas actividades de servicio *ex* art. 106.2 TFUE[29]. El Derecho de la Unión Europea exige que tales excepciones respondan a un interés general justificado (que se concretará, desde la perspectiva del Derecho español, en la promoción y salvaguardia de otros derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales relevantes), y que tales excepciones resulten para ello imprescindibles y, por tanto, necesarias y proporcionadas con respecto al fin justificativo de las mismas. (En este sentido puede seguirse la evolución de las SSTJCE de 19 de mayo de 1993, Corbeau, asunto C-320/91, de 19 de junio de 1997, asunto T-260/94, Air Inter y de 21 de septiembre de 1999, Albany, asunto C-67/96). En aplicación del Derecho comunitario, y bajo ciertas condiciones, se permite la existencia de servicios económicos de interés general, también en el caso de los locales, en los que se admitan excepciones a las reglas de la competencia. Así, conforme a la doctrina jurisprudencial comunitaria, resulta posible aceptar tales restricciones a la competencia, utilizando como parámetros de enjuiciamiento las razones de interés general que pueden servir como justificación. Asimismo, el Derecho de la UE establece límites sobre la forma de determinación y la cuantía en la que pueden establecerse estas restricciones al Derecho de la competencia, (jurisprudencia derivada del as. *Altmark Trans*), a fin de garantizar la seguridad jurídica y de que las distorsiones a la competencia resulten estrictamente justificadas (también desde un punto de vista económico). Señaladamente se admite una financiación extra y pública de las actividades consideradas como servicio económico de interés general cuando sirven de compensación económica a las obligaciones inherentes a la prestación de dicho servicio público y siempre que no resulten excesivas (al respecto, lo expuesto *supra* en la Introducción).

En el Derecho español hay una remisión al Derecho de la UE en este sentido, que cumple una función meramente aclaratoria. Concretamente en el art. 4 LDC, primer inciso se dispone que «sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia»[30]. La contradicción con el Derecho de la UE solo se producirá si tales restricciones no están justificadas conforme a los parámetros sustantivos que se derivan del art. 106.2 TFUE (antiguo art. 90.2 TCE).

incidental e ineludiblemente prácticas o resultados anticompetitivos en la conducta de los agentes económicos.

[29] Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia solo pueden regularse e implantarse para supuestos de actividades empresariales que puedan ser consideradas, aunque no sea imprescindible su declaración expresa, como servicios de interés económico general (regulados en los artículos 14 y 106.2 TFUE, y Protocolo n° 26 anejo al TFUE). En el TFUE se prevé que las empresas que prestan servicios esenciales para los ciudadanos desde el punto de vista de la garantía de la cohesión social y territorial, deben, por principio, cumplir las normas del Tratado, y, por tanto, las propias de la libre concurrencia empresarial, que comprende tanto el respeto a la libertad de establecimiento (arts. 49 y ss. TFUE) y libre prestación de servicios (arts. 56 y ss. TFUE), como de las normas de la competencia (art. 101-106 TFUE) y ayudas públicas (art. 107-109 TFUE), salvo que la aplicación de las mismas impida el cumplimiento de la misión específica de interés general que tengan encomendadas (art. 106.2 TFUE).

[30] Aunque puede interpretarse que esta referencia al Derecho europeo no sea más que aclaratoria, su significado no puede solo traducirse en que la aplicación de una ley nacional que ordene la realización de conductas restrictivas de la competencia puede considerarse contraria al Derecho primario de la UE si tales conductas afectan al comercio entre los Estados miembros, La doctrina mercantil lo había interpretado en ese sentido: ARPIO SANTACRUZ. (2009): «Las restricciones de la competencia que tienen su origen en la actividad normativa de los poderes públicos», en BENEYTO, J. y MAILLO, J. (Dir.), ESPER, M. (Coord.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Bosch, Barcelona. p. 405, porque incluso que se afecte al comercio europeo puede estar justificado.

B) Tipo de acto jurídico que dispone la excepción y comprobación de su adecuación

Qué tipo de acto jurídico dispone la excepción es una cuestión que naturalmente ha de determinarse atendiendo al ordenamiento jurídico interno. Desde el punto de vista del Derecho interno, es necesario que esta excepción se derive de una ley conforme al art. 4 LDC. ¿Qué leyes en nuestro ordenamiento prevén estas excepciones o de que leyes pueden derivarse este tipo de excepciones con respecto a la actividad económica de las Entidades locales? La excepción a las normas de Derecho de la competencia puede configurarse a través de diferentes modalidades. Aquella que consiste en el otorgamiento de derechos de exclusiva (establecimiento de monopolios) para la prestación de ciertos servicios económicos está sometida no solo a la reserva de ley, que con carácter general y para todo tipo de excepciones exige el citado art. 4 LDC, sino a una expresa reserva de ley, en virtud del mandato jurídico-constitucional contenido en el art. 128.2 CE (esta última posibilidad en el ámbito local se ha activado a nivel general en el art. 86.3 LRBRL, y también a nivel sectorial, a través de legislación autonómica).

Las demás modalidades que pueden presentar las excepciones al Derecho de la competencia, como puede ser la asignación de determinadas ventajas económicas, (no reputadas como ayudas estatales conforme al Derecho de la Unión Europea) a operadores que prestan servicios públicos en forma de compensación por la prestación de servicios económicos de interés general, también han de derivarse expresamente de una ley conforme a lo dispuesto en el art. 4 LDC.

La cuestión que se plantea, es si la simple declaración legal de una actividad económica como servicio público municipal basta para entender cumplida esta reserva de ley y sirve, por tanto, como suficiente cobertura legal, aunque no se configure expresamente como excepción a las reglas de la competencia. Veremos tres ejemplos que ilustran esta cuestión y ponen de manifiesto cuál es la práctica jurídico-normativa en nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de pasar a ello, es preciso de nuevo subrayar que las exigencias materiales que se traducen en que las excepciones a las normas de la competencia estén justificadas en fines de interés general y resulten indispensables, proceden, en primer lugar, como se ha expuesto, del Derecho primario de la UE y de la interpretación que de las mismas ha realizado la jurisprudencia comunitaria. La realidad es que en Derecho interno primariamente resultan aplicadas por el legislador que adopta la decisión[31], con mayor o menor densidad regulativa, cuando regula las posibles excepciones a las normas de la competencia con respecto a determinadas actividades económicas y empresariales que se desarrollan a nivel local por motivos de interés general. El único órgano administrativo encargado de verificar la justificación de las mismas y de pronunciarse valorativamente sobre ellas (aunque sin efectos vinculantes) es la CNC, en virtud del art. 26.c) LDC (derogado y sustituido en este punto por el art. 5.2 LCNMC) que le asigna la realización de informes sobre la actuación del sector público y, en general, la actuación como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos[32].

[31] Como es de sobra conocido, el control de las leyes es un control posterior de constitucionalidad que solo compete al TC (art. 161.a) CE), dejando a un lado la hipotética, pero posible, intervención del TJUE en caso de que ésta fuera recabada (bien por la vía de la cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE, bien por medio de una denuncia contra España y el consiguiente recurso de incumplimiento, arts. 258-260 TFUE). El problema que se plantea es que el canon del control de las leyes viene dado, fundamentalmente, por la interpretación que a la excepción del art. 106.2 TFUE ha elaborado la jurisprudencia de este Tribunal, lo que, en principio, no resulta un parámetro de enjuiciamiento para el TC.

[32] De hecho, con motivo de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, de servicios, y las modificaciones operadas en diferentes sectores, la CNC se ha venido pronunciando sobre la legislación sectorial reguladora de los servicios funerarios. Asimismo, con vistas a la reforma de la LRBRL, la CNC se pronunció sobre la necesidad de que se suprimiera el monopolio de lonjas y mercados centrales (*Informe de 9 de enero de 2013 sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino*).

Ejemplos de actividades económicas susceptibles de ser prestadas por las Entidades locales en las que se admiten excepciones a las normas de la competencia por resultar configuradas como servicios públicos

A) El supuesto de los servicios deportivos

En relación con estos servicios se pronuncia la STS de 14 de febrero de 2007, (Secc. 4ª, Sala de lo Cont.-Admvo.), RJ. 1523, que sigue la doctrina sentada por la STS de 20 de junio de 2006 (Secc. 4ª, Sala de lo Cont.-Admvo.) sobre un asunto muy similar: en ambos casos se trata de sendos recursos de casación interpuestos por la Asociación Provincial de Centros Deportivos Privados de Castellón (Aprodeport) contra las correspondientes desestimaciones por parte del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de los recursos interpuestos contra la denegación presunta por parte del Ayuntamiento de Burriana y de Villareal, respectivamente, de la solicitud de cese de explotación de los servicios ofertados en instalaciones deportivas —bajo la modalidad de clases de *aeróbic* e instalaciones de *fitness*— por parte de los citados municipios, salvo excepciones basadas en razones de justicia social[33].

Esta jurisprudencia, que sigue el sentido de las diversas resoluciones emitidas sobre esta cuestión por el antiguo TDC[34], es un claro ejemplo de la necesidad de clarificación en la distinción conceptual entre los servicios públicos locales y la iniciativa económica municipal. Se trata en estos casos de actividades de competencia municipal susceptibles de ser prestadas en concurrencia con los particulares, en relación a las cuales se trata de dilucidar si un Ayuntamiento, por razones de interés general —fomento del deporte—, puede establecer unos precios que no cubran el coste de la actividad, aunque esto pueda suponer un perjuicio económico para las empresas que concurren en el sector y ofrecen estos servicios a precios de mercado. La única justificación de que puedan fijarse estos precios «políticos» radica en este especial interés general que reviste la prestación de actividades deportivas —vinculadas a la educación cívica y sanitaria de la población—, como pone de manifiesto que el desarrollo de esta actividad haya sido atribuido legalmente como competencia a los Entes locales en calidad de servicio público —en los vigentes arts. 25.2.*l)* y 26.1.*c)* LRBRL y correspondientes de la Ley 4/1993 de la Comunidad Valenciana del Deporte—. La declaración legal de una actividad como servicio local lleva aparejada que su prestación puede ofrecerse a un precio inferior al de mercado, pues, a juicio de los Tribunales —de instancia y, posteriormente, el Supremo—, ello encuentra cobertura jurídica suficiente en el entonces vigente artículo 45.2 Ley 39/1988, de Haciendas locales. Estos casos constituyen un claro ejemplo de que el servicio público que se presta en concurrencia no se ha de desarrollar siempre con respeto absoluto a las reglas de la competencia, que sí resultarían, en todo caso, de aplicación si se tratara de una actividad propia de la iniciativa económica municipal.

La nueva redacción del art. 86.3 LRBRL incluye seguramente por ello, junto a las supresión del servicio de calefacción y del de mataderos, la eliminación de la posibilidad de implantar el monopolio de mercados y lonjas. De esta manera se modifica el ámbito objetivo de la reserva de servicios esenciales que, en aplicación del art. 128.2 CE, la LRBRL establece (en el vigente art. 86.3 LRBRL se enumeran ahora tan solo los servicios de abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros). Asimismo, entre las razones que cabe aducir en contra de la reserva, podrían también aludirse a las que se encuentran en un *Informe emitido por la Autoridad Catalana de la Competencia de 16 de julio de 2012 – titulado Consideraciones generales relativas a una consulta planteada por un ayuntamiento de la provincia de Barcelona sobre los mercados municipales (CO 49/2012)*.

[33] Un análisis de estas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en ORTEGA BERNARDO (2006): «Competencias, servicios públicos…*op. cit»*.

[34] (R 477/01, Centros Deportivos Almazora; R 493/01, Centros Deportivos Castellón; R 554/03, Centros Deportivos Almazora 2; R 572/03, Servicios Deportivos Logroño; R 529/03, Centros Deportivos Castellón; R 625/04, Centros Deportivos Castellón; R 653/04, Deportes Alva; R 648/05, Centros Deportivos Benicarlí, y R 673/05, Deportes Valladolid).

B) En el caso de los servicios educativos que consisten en la impartición de clases de inglés

Otra excepción a las reglas de la competencia tiene lugar con el servicio municipal de «impartición de cursos de inglés a cargo de un Ayuntamiento», declarada por Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), en Resolución del 20 de febrero de 2009, (Exp. 18/2008, del SGDC), en relación con el Ayuntamiento de Ferrol. Esta Entidad local fue denunciada por otros potenciales competidores en el mercado de academias de idiomas, imputándole presuntas prácticas restrictivas de la competencia, en la medida que los cursos se impartían gratis por una empresa privada contratada por el Ayuntamiento a estos efectos. Las razones expuestas por los denunciantes para sostener que se trataba de una práctica restrictiva de la competencia se centraban en argumentar que la impartición de cursos era una actividad empresarial, como ponía de manifiesto el dato de que fuera prestada por una empresa privada, y que su oferta se realizara de modo general sin tener en cuenta los niveles de renta de la población a la que iba destinada y a precios inferiores a los de mercado. El Tribunal autonómico archivó la denuncia y resolvió que no había lugar a la incoación de un expediente administrativo sancionador. Consideró que razones de interés público —el fomento del aprendizaje del inglés entre los escolares del término municipal— justificaban la realización de esta actividad por parte del Ayuntamiento en régimen de excepción a las reglas de la competencia. Se trataría del ejercicio de competencias en materia de educación y cultura, amparado en los artículos 28 LRBRL[35] y art. 86.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia. Por este motivo resultaría admisible, desde una perspectiva jurídica, incluso su prestación gratuita. En este punto, la gratuidad se fundamentaría además, como se ha expuesto, en la Ley de Haciendas Locales (en el vigente art. 44 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 4 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en adelante LHL) que permite ofertar los servicios públicos a un precio inferior a su coste real (precios políticos).

Posteriormente ha conocido del asunto la STSJ de Galicia de 29 de febrero de 2012, (JUR/2012/104636). De esta sentencia, que confirma los razonamientos del órgano autonómico de defensa de la competencia[36], se deriva lo mismo: que la citada actividad no es susceptible de sanción porque no infringe el Derecho de la competencia, en la medida que se trata de una actividad exenta conforme al art. 4 LD.

C) La actividad de exhibición de películas al público

Otro de los supuestos en los que no se acredita la infracción del Derecho de la competencia aunque la conducta sea efectivamente restrictiva de la competencia, porque se entiende, aunque sea implícitamente, que se trata de actividades de competencia municipal o de servicio público a las que cabe no aplicar las reglas de la competencia es el caso que fiscaliza la Resolución de 3 de junio de 2010 del órgano administrativo catalán de defensa de la competencia (expte. 11/2009, Ayuntamiento de Barcelona, exhibición gratuita de películas). En este supuesto el Ayuntamiento presta un servicio económico, realiza una actividad de distribución de cine, concretamente la de exhibición gratuita de películas en salas dentro de los 12 primeros meses posteriores a su estreno. El caso comienza con la denuncia formulada por el Gremio de Empresarios de Cines de Cataluña contra el Ayuntamiento de Barcelona (y una empresa privada concesionaria)

[35] Derogado por la LRSAL, aunque se sigue permitiendo que los Ayuntamientos asuman competencias «complementarias», como las que disponía este artículo, si cumplen con las condiciones establecidas en el nuevo art. 7.4 LRBRL.

[36] Para llegar a esta conclusión, el Tribunal, siguiendo al TS, las SSTS de 27 de octubre de 2005, RJ 7613, y de 4 de noviembre de 2008, RJ 338, afirma que las Administraciones públicas se someten, *prima facie,* plenamente al Derecho de la competencia también cuando actúan como tales.

por la realización de supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 3 de la LDC y consistentes en una conducta colusoria y en una conducta de falseamiento de la libre competencia por actos desleales al efectuar la proyección gratuita de cuatro películas los meses de verano.

Al considerar la Autoridad catalana que se trata de una conducta unilateral y no de un acuerdo o práctica concertada, se examina si la conducta en cuestión podría ser calificada como un acto de competencia desleal tipificado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, que afectase al interés público e infringir así el artículo 3 de la LDC. En este sentido se baraja incluso la posibilidad de que efectivamente el Ayuntamiento de Barcelona hubiera infringido el artículo 15.4 de la Ley 55/2007, del cine, al haber proyectado de manera gratuita una serie de películas de una antigüedad inferior a los 12 meses desde su estreno en salas de exhibición. Constatado este dato, los órganos que investigan el caso consideran que, sin embargo, no se concede una ventaja competitiva ni significativa al Ayuntamiento de Barcelona dado que es «un agente que no está inmerso en la dinámica competitiva del mercado (*sic*), ni que tampoco está presente la intención de eliminar un competidor o grupos de competidores del mercado, por lo que no puede calificarse como un acto de competencia desleal». Así las cosas, excluida la finalidad concurrencial de la conducta, se excluye la infracción por competencia desleal.

Lo decisivo del asunto, a efectos de la inaplicación de las normas de la competencia, es que se considere que la actividad fiscalizada se encuentra integrada dentro de las competencias municipales y que no quepa reputarla como iniciativa económica pública. En concreto se entiende que la actividad —que resulta en todo caso imputable al Ayuntamiento de Barcelona, a quien, según el órgano administrativo que conoce del caso, corresponde la titularidad de la competencia— se desarrolla en el ámbito de las actividades e instalaciones culturales y de ocupación del tiempo de ocio, de acuerdo con el artículo 66.3 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, y que se concreta, de acuerdo con los artículos 58.3, 59 y 113.1 de la Carta Municipal de Barcelona —aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre—, en proporcionar ofertas culturales de interés para los ciudadanos y la promoción de iniciativas culturales en los distritos y en los barrios. Asimismo, se cita el art. 25.2 m) LRBRL, que permite atribuir competencias a los municipios en materia de cultura[37].

5. Conclusiones y valoración final

A) En el ejercicio de sus funciones los órganos de defensa de la competencia, la CNC y los órganos autonómicos pueden sancionar a las organizaciones jurídico-públicas locales, por incurrir en prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia, bien cuando actúen como operadores económicos, bien cuando ejerzan poder público, en la medida en que se produzcan restricciones a la libre competencia y las mismas no se encuentren amparadas en una ley. Las posibles restricciones a la competencia que puedan establecerse mediante convenios y normas de desarrollo de rango inferior a ley deben interpretarse como infracciones de las normas de la competencia si carecen del amparo legal a los efectos del artículo 4 de la LDC. La menor importancia económica de las conductas anticompetitivas que se desarrollan a nivel local no implica en todo caso que no se puedan ocasionar perjuicios significativos a la libre competencia.

B) La función de fiscalización que ejercen los órganos que controlan la competencia no se aplica solo al ejercicio de actividades de índole económica emprendidas por la Administración sino que se extiende al ejercicio del poder público por parte de las organiza-

[37] A la misma solución, y por las mismas razones y argumentos se habría llegado en la *Resolución de 8 de abril de 2010*, en un expediente (el 10/09) abierto contra el Ayuntamiento de Badalona, por denuncia del mismo Gremio de Empresarios de Cine de Cataluña. En este caso se trataba de la proyección gratuita de cinco películas.

ciones jurídico-públicas. Abarca así también el control del poder regulador del que disponen las organizaciones locales en la medida en que a través del mismo se dispone o fija el marco y el ámbito en el que despliegan sus empresas tanto los particulares como las propias Administraciones, y en la medida, por tanto, en que por medio del mismo se deben crear y promover las condiciones adecuadas para que las actividades económicas se desarrollen en un espacio de mercado abierto, regido por el principio de libre competencia.

C) En el proceso de aplicación de las normas de defensa de la competencia se pone de manifiesto la dificultad práctica que resulta de aplicar estas normas a las Administraciones públicas, porque en ella se tienen en cuenta intenciones subjetivas o presunciones legales que no cabe, en principio, predicar de los sujetos jurídico-públicos, que no cuentan con autonomía de la voluntad —así ocurre, por ejemplo, en el caso de la supuesta aplicación de la legislación de competencia desleal para verificar la utilización de precios predatorios (en el supuesto de la actividad de transporte fluvial) o para apreciar una finalidad concurrencial (en el caso de la actividad de exhibición gratuita de películas de cine)—. Por ello la aplicación a las organizaciones jurídico-públicas del Derecho de la competencia no puede fijarse en estos elementos de valoración sino que debe anclarse en la existencia o no de un interés preponderante con base jurídico-constitucional y legal suficiente que justifique y, en el caso concreto, compense la restricción u obstáculo que se produce sobre la libre competencia.

D) De la praxis jurídico-administrativa se desprende que las resoluciones de los órganos de defensa de la competencia tienen efectos directivos en las decisiones que adoptan las Entidades locales, justamente porque su incumplimiento comporta una serie de consecuencias desfavorables; sobre todo, porque a partir de la LDC (2007), los órganos y organizaciones pueden impugnar actos y disposiciones reglamentarias por las que se establezcan restricciones de la competencia sin fundamento legal suficiente.

E) A causa de ese control de legalidad, que se ejerce inicial o indiciariamente sobre la actividad de las Entidades locales utilizando como parámetro las normas de defensa de la competencia, las autoridades de la competencia pueden llegar claramente a dirigir y condicionar la actividad jurídica local, pues promueven e incluso «ordenan» la modificación de determinadas normas locales, conduciendo a la derogación de parte de las mismas, y podrían conducir, análogamente, a la revocación o revisión de oficio de los actos administrativos, realizados por parte de las propias Administraciones que los hubieran dictado. Con todo, es cierto que los órganos de la competencia con base en la LDC solo pueden declarar prohibida la conducta, pueden dictar órdenes de cesación o de remoción de sus efectos, y/o pueden sancionar a las Entidades locales cuando resultan infractoras, pero no pueden actuar directamente y anular un reglamento o un acto administrativo, por lo que, sin intervención de la propia Administración autora del acto o disposición o de la respectiva instancia judicial, la norma o el acto podrían mantenerse y generar nuevas conductas anticompetitivas.

F) De las resoluciones de los órganos autonómicos de la competencia se desprende una cierta inseguridad y falta de uniformidad a la hora de fiscalizar la actividad de las Entidades locales cuando ejercen poder público. En algunos casos la infracción de las normas de la competencia por medio de Ordenanzas locales o de la actividad de información administrativa al público es fiscalizada, corregida y sancionada; en otros, sin embargo, aunque se informe de ello, no se controla con tanta intensidad.

G) Se exige una base legal para que resulten admisibles las restricciones a la competencia que cabe derivar de la actuación de las Administraciones locales, o porque incurren materialmente en ellas, ya porque las inducen en el ejercicio de su poder público, ya sea porque jurídico-formalmente las imponen en ejercicio de su poder normativo o estrictamente administrativo. El amparo de norma legal que exige el

Derecho de la competencia no se identifica, evidentemente, con el que fundamenta, conforme al principio de legalidad, el ejercicio de la actividad y de los poderes administrativos, sino con el que justifica las restricciones a la libre competencia en fines de interés general que se consideran preponderantes. El Derecho de la competencia español impone unos requisitos jurídico-formales a las posibles restricciones a la competencia que se establezcan en el ámbito local, y que los condicionamientos jurídico-materiales son producto del Derecho de la Unión Europea y derivan de la jurisprudencia del TJUE en aplicación del art. 106.2 TFUE.

H) Todo parece apuntar a que en nuestro Derecho la declaración de servicio público local (incluso la declaración de una materia como de competencia local) sirve como cobertura legal en tanto que la misma se puede vincular al establecimiento de ciertas restricciones a la competencia. En la medida que esto es así, podría entenderse que la declaración de servicio público lleva aparejada, por ejemplo, la posibilidad de que se satisfagan precios inferiores a los establecidos por el mercado. Se deriva del art. 44.2 LHL.

I) En este marco el monopolio que, con respecto a determinados servicios autoriza el art. 86.3 LRBRL es un tipo de modalidad restrictiva de la competencia, que exclusivamente puede implantarse en relación a las actividades que se enumeran en el mismo, y sobre aquellas otras que se declaren previamente en virtud de una ley estatal (sectorial) o autonómica, en cumplimiento de la reserva de ley constitucional prevista en el art. 128.2 CE.

J) Desde la perspectiva del Derecho de la competencia resulta de especial trascendencia que la ley establezca la calificación jurídico-administrativa de la actividad local como de servicio público o competencia municipal propia de contenido prestacional, por cuanto con ello cabría entender que se trata de una actividad susceptible de ser excluida de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia, frente a su consideración como mera iniciativa pública local en la economía, lo que significaría y se traduciría en una plena aplicación de las mismas.

K) De las resoluciones dictadas al respecto por los órganos administrativos encargados de la aplicación del Derecho de la competencia se extrae que la cobertura general que proporciona la regulación legal contenida en la legislación de régimen local, estatal y autonómica permite eximir de la aplicación de las normas de defensa a cualquier tipo de actividad relacionada con la prestación de servicios públicos locales, con independencia de la intensidad con la que el interés público esté presente en su desenvolvimiento o interese este servicio a las empresas competidoras existentes en el mercado. La práctica jurídico-normativa pone de manifiesto que la exigencia de ley para excepcionar la aplicación del Derecho de la Competencia se ha interpretado de forma laxa, lo que también se puede asociar al dato de que hasta hace poco (hasta la reforma en la LRBRL introducida por la LRSAL) ha existido un entendimiento abierto, generoso y flexible de las competencias que podían asumir en su ámbito de intereses las Entidades locales y de los servicios públicos que correspondía prestar a los municipios.

Referencias bibliográficas

[1] ARPIO SANTACRUZ, J. (2009): «Las restricciones de la competencia que tienen su origen en la actividad normativa de los poderes públicos», en BENEYTO, J. ; MAILLO, J. (dir.) y ESPER, M. (coord.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia,* Barcelona, Bosch.

[2] ARROYO JIMÉNEZ L., (2004): *Libertad de empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

[3] CASES PALLARES, L. (2010): «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en *Derecho de la regulación económica*, *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Dir. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1, Madrid, Iustel.

[4] CINDONCHA MARTÍN, A. (2006): *Libertad de empresa*, Madrid, Civitas.

[5] COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2008): «La tutela judicial de la defensa de la competencia» en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.* La Ley, Madrid.

[6] ESPINOSA GARCÍA, J. (2011): «Servicios públicos locales y competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J. *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters, Madrid.

[7] GALLEGO ANABITARTE; A. MENÉNDEZ REXACH, A. *et al.* (2001): *Acto y procedimiento administrativo,* Marcial Pons, Madrid.

[8] GUILLÉN CARAMÉS, J. (2011): «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia». GUILLÉN CARAMÉS, J. (dir). *Derecho de la competencia y regulación en la Actividad de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters, Madrid.

[9] MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2008): «artículo 4: Conductas exentas por ley», en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J.M. y GUTIÉRREZ, A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cívitas.

[10] ORTEGA BERNARDO, J. (2006): «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración pública*, núm. 169, pp. 55-98.

[11] REBOLLO PUIG, M. (2003): «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico, Libro homenaje al Prof. D. Sebastián Martín-Retortillo,* Civitas, Madrid.

[12] SORIANO GARCÍA, J.E. (1998): *Derecho público de la competencia.* Marcial Pons, Madrid.

[13] VICIANO PASTOR, J. (1995): *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Patricia Pérez Fernández*

LA IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO —*COMPLIANCE PROGRAMMES*— EN LAS POLÍTICAS SANCIONADORAS DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

El conocimiento de las conductas ilícitas se dificulta en el ámbito del Derecho de la Competencia, al no establecerse las conductas ilícitas de forma concreta o taxativa como ocurre, por ejemplo, en la normativa penal, sino a través de cláusulas más generales. Este hecho, junto con la obligación legal relativa a que las empresas tienen que cumplir la normativa de defensa de la competencia, otorga a los programas de cumplimiento en esta materia una gran relevancia, máxime cuando a través del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, se introduce un principio genérico de exención legal en la normativa procesal de defensa de la competencia. La cuestión que se plantea en la práctica es si las autoridades de competencia deberían reducir el importe de la multa en los supuestos en que algún miembro de una empresa hubiese vulnerado la normativa de defensa de la competencia, a pesar de tener implementado un programa de cumplimiento en esta materia a nivel corporativo.

Palabras clave: *Derecho de la Competencia, programas de cumplimiento, responsabilidad de personas jurídicas, programas de clemencia, importe de las multas.*
Clasificación JEL: *K14, K21, K40, K42.*

* Universidad de Castilla-La Mancha e Instituto Max-Planck.

Este artículo fue escrito siendo becaria del Instituto Max-Planck de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia en Múnich, Alemania. Una versión previa del mismo fue seleccionada por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el marco del *call for papers* publicado con motivo del 50 aniversario de la normativa de defensa de la competencia en España y expuesto en público el 18 de julio de 2013 en la sede de la CNC en Madrid. La autora desea manifestar su expreso agradecimiento por los comentarios recibidos a una versión previa de este trabajo por la profesora María Ángeles Alcalá Díaz (catedrática acreditada de Derecho Mercantil, Universidad de Castilla-la Mancha) y por los profesores Francisco Marcos Fernández (professor of Law, IE University) y Adán Nieto Martín (catedrático de Derecho Penal, Universidad de Castilla-la Mancha).

1. Introducción

Los programas de cumplimiento, conocidos por su denominación anglosajona *compliance programmes*, han adquirido en la práctica empresarial cierta importancia en el sector normativo de la defensa de la competencia. Como tal se entienden las medidas adoptadas en el seno de una empresa o grupo de empresas, con el fin de informar e instruir a los miembros de la misma (directivos y trabajadores) sobre las conductas anticompetitivas pro-

hibidas, así como para evitar la vulneración de dichas prohibiciones. En términos generales, su función es la de controlar y vigilar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia. Este tipo de programas han ganado en importancia debido a la introducción, a través del artículo 1 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, de un principio general de exención legal, en contraposición con el anteriormente vigente principio de autorización previa, por el que era necesario una declaración administrativa de la Comisión Europea o bien una norma *ad hoc* (Reglamentos de exención por categorías) que declarara la licitud de un determinado comportamiento empresarial. En este sentido, los artículos 4.I y 5.I del Reglamento 17/1962 establecían un sistema de control centralizado preceptivo, por el que los acuerdos susceptibles de limitar y/o afectar al comercio intracomunitario debían ser notificados a la Comisión si se pretendían beneficiar de una exención. La supresión de este sistema, como consecuencia de la aplicabilidad del Reglamento 1/2003 a partir del 1 de mayo de 2004, atribuye a las empresas la responsabilidad de informarse acerca de las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la vulneración de la normativa de defensa de la competencia.

Este tipo de programas adquieren una importancia destacada teniendo en cuenta que la vulneración de la normativa de defensa de la competencia puede tener importantes consecuencias jurídicas y económicas para los infractores. Así lo demuestra la evolución de las sanciones pecuniarias impuestas y su cuantía, que ha ido creciendo: entre los años 2000 y 2010 se multaron cárteles en Estados Unidos y en la Unión Europea por una cuantía superior a 4,6 billones de dólalares y 13 billones de euros, respectivamente. Durante este período se impusieron asimismo en Estados Unidos penas privativas de libertad a más de 200 ejecutivos que habían participado en cárteles, con penas que de media llegaban a los tres años. En esta misma línea, en España, la Comisión Nacional de la Competencia impuso durante el bienio 2011-2012 multas por un importe superior a 242.000.000 de euros, siendo el 68 por 100 multas derivadas de cárteles (más de 180.000.000 de euros)[1]. Estos datos muestran que no es un hecho baladí que las empresas inviertan tiempo y dinero en intentar evitar ilícitos anticompetitivos, considerando los efectos que se derivan de dichos comportamientos.

Teniendo en cuenta las prioridades que parecen tener estas autoridades a la hora de sancionar los acuerdos colusorios entre competidores (*hard core cartels*), cabe preguntarse por la razón de la creciente importancia mundial que ha adquirido precisamente esta lucha frente a los cárteles, junto con las elevadas multas, no han logrado un mayor efecto disuasorio a la hora de evitar nuevos cárteles. La respuesta económica a este surgimiento de nuevos cárteles se encuentra en que, salvo en los supuestos en que sean descubiertos y sancionados de forma severa con el fin de privar al infractor de las ganancias ilegalmente obtenidas, este tipo de infracciones benefician a las empresas, aumentando las ganancias o reduciendo las pérdidas. Lo cierto es que en la práctica resulta muy difícil predecir la probabilidad de detección de este tipo de acuerdos —secretos— por parte de las autoridades de competencia. En consecuencia, se plantea la cuestión relativa a las medidas adicionales que se podrían implementar para evitar el surgimiento de nuevos cárteles, teniendo en cuenta que conllevan generalmente las mencionadas importantes ganancias para las empresas que han participado en los mismos, perjudicando al mismo tiempo a los consumidores.

Dentro de estas posibles medidas adicionales se sitúan los programas de cumplimiento (*compliance programmes*) en materia de defensa de la competencia. Un programa de cumplimiento fuerte en materia de defensa de la competencia puede resultar clave para evitar comportamientos anticompetitivos, siempre que

[1] Datos obtenidos de la Memoria de Actividades 2011-2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, disponible en www.cncompetencia.es (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

sea configurado teniendo en cuenta las características específicas de la empresa, como el tamaño, sector en que opera, y siempre que, obviamente, se cumplan. Además, el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no constituye únicamente una obligación legal, sino que puede tener un impacto positivo en la imagen que tenga una determinada empresa frente a los consumidores o adquirentes de los bienes o servicios que la misma ofrece, resultando ser, en la práctica, una ventaja competitiva reputacional frente a otras empresas que no hubiesen implementado un programa de estas características.

Cabe plantearse si la implementación de estos programas debería tenerse en cuenta para reducir (o incluso suprimir) la multa derivada de un cártel en aquellas empresas que hubieran adoptado un programa de estas características en el caso de haber vulnerado —a pesar de dicho programa— el Derecho de la Competencia. Igualmente se podría cuestionar si estos programas únicamente han de valorarse en aquellos supuestos en los que las empresas tuviesen implementado un programa de cumplimiento con anterioridad a la comisión del ilícito anticompetitivo o lo hagan con posterioridad. Estas cuestiones se abordarán en el contexto de los amplios debates que han ido surgiendo sobre el particular.

En este artículo se analizan las aportaciones realizadas a estas cuestiones desde una perspectiva europea, tanto por la Comisión como por los tribunales comunitarios, así como en las políticas sancionadoras en materia de defensa de la competencia de algunos Estados miembros. Se aborda, asimismo, en dicho análisis la relevancia que se le ha otorgado a los programas de cumplimiento en el ámbito penal. Se concluye, desde un punto de vista de política legislativa y con el fin de coadyuvar a la promoción de la defensa de la libre competencia en España, que resulta conveniente considerar un programa de cumplimiento preexistente a la hora de calcular el importe de la multa que, en su caso, se imponga como consecuencia de un comportamiento anticompetitivo.

2. La irrelevancia para la Comisión Europea y los tribunales comunitarios de los programas de cumplimiento en materia de Defensa de la Competencia en el cálculo del importe de las multas

Comisión Europea

La Comisión Europea no ha tenido en cuenta los *compliance programmes* preexistentes en el momento en que aprecia que se ha cometido el ilícito anticompetitivo para reducir en su caso la multa a imponer[2]. Este proceder, sin embargo, supone un cambio de criterio, ya que la Comisión sí tuvo en cuenta en siete decisiones, dictadas durante el período entre 1982 y 1992, que las empresas afectadas hubieran incorporado en su estructura un programa de cumplimiento después de iniciar la Comisión sus investigaciones a la hora de fijar el importe de la multa. La diferencia clave se encuentra, por tanto, y según las decisiones de la Comisión Europea, en el momento en que la empresa hubiese adoptado el programa de cumplimiento, teniendo en cuenta que la Comisión sí valoró de forma positiva la preocupación de las empresas por evitar ilícitos anticompetitivos, una vez que se habían iniciado las investigaciones *ex officio.*

De acuerdo con la postura actual de la Comisión Europea, los esfuerzos y medios preventivos de las empresas con el fin de evitar vulneraciones de la normativa de defensa de la competencia no deben ser valorados ni positiva ni negativamente en relación a la posible multa que se pueda derivar del ilícito anticompetitivo causado por algún directivo o empleado de la empresa. Además de señalarlo claramente en el folleto y a través de las declaraciones citadas del Comisario responsable en materia de competencia, también en

[2] Así lo ha afirmado la Comisión Europea en el folleto que publicó el 24 de noviembre de 2011, titulado «Compliance matters- What Companies Can Do Better to Respect EU Competition Rules», disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/ (en español, vid. sobre todo pp. 18 y 19, última consulta: 25 de septiembre de 2013).

decisiones recientes la Comisión ha dejado clara su postura de acoger con agrado la implementación de este tipo de programas de cumplimiento, recordando, sin embargo, también su deber de sancionar la conducta ilícita con independencia de este hecho[3].

En conclusión puede afirmarse que la Comisión no tiene en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento en materia de competencia como factor decisivo a la hora de fijar la cuantía de una multa que se derive, en su caso, de un comportamiento anticompetitivo. La Comisión ha enumerado algunas características que considera de importancia para que un programa de cumplimiento resulte exitoso en la práctica. Entre ellas se incluye la definición de una estrategia clara, adaptada a las características del mercado y a la actividad ejercitada por una determinada empresa; una evaluación general y específica (para cada empresa) de riesgos; un reconocimiento oficial de la política de cumplir la normativa de defensa de la competencia por los directivos y los trabajadores de la empresa; continuas actualizaciones y cursos de formación en esta materia, así como controles o auditorías relativas al cumplimiento efectivo.

El resultado final de la política seguida por la Comisión coincidirá en la mayoría de los casos con la opinión defendida por la División Antitrust del US Department of Justice, quien aplica las US Sentencing Guidelines a la hora de fijar la cuantía de las multas. En estas *Guidelines* se prevé que la cuantía de las multas a las empresas podrá ser reducida si la empresa tenía implementado, con anterioridad al hecho ilícito por tanto, un «*compliance programme* efectivo». Esta reducción sin embargo no será aplicable si el «personal de alto nivel» o el personal con una «autoridad sustancial» dentro de la empresa han sido partícipes de la conducta anticompetitiva. En la práctica es muy probable que esto ocurra, ya que las categorías mencionadas incluyen a aquellos individuos que puedan actuar de forma más o menos discrecional dentro de la empresa, es decir, aquellos que tengan capacidad para firmar contratos importantes o para fijar los precios[4].

Tribunales comunitarios

Siguiendo la opinión de la Comisión Europea, en un primer momento el Tribunal General aceptó que los programas de cumplimiento beneficiaran a las empresas afectadas reduciendo el importe de la multa a la que tenían que hacer frente una vez probada la vulneración de la normativa de defensa de la competencia[5]. Sin embargo, a raíz de cambiar la Comisión de opinión y defender que los esfuerzos de la empresa por evitar los ilícitos anticompetitivos a través de programas de cumplimiento no deben considerarse en el importe de la multa, el Tribunal comunitario se ha sumado a esta doctrina en sus Sentencias más recientes[6]. En esta línea, el Tribunal General añade que el hecho de que con anterioridad la Comisión

[3] Vid. en este sentido las Decisiones de la Comisión de 18 de julio de 2001, caso *Graphite electrodes,* (2002) L 100/1, apartado 194, afirmando que «The Commission welcomes the fact that after the cartel investigations UCAR conducted an internal investigation and set up a compliance programme. This initiative however cannot dispense the Commission from its duty to sanction the very serious infringement of competition rules that UCAR committed in the past». En sentido similar se ha pronunciado en sus Decisiones de 31 de mayo de 2006, caso *Methacrylates*, (2006) L 322/20, apartado 19 y de 21 de febrero de 2007, caso *PO vs. Elevators and escalators* [C (2007) 512 final] COMP/E-1/38.823, apartado 754.

[4] Vid. el Capítulo octavo, titulado «Sentencing of Organizations», del *Guidelines Manual* de la *United States Sentencing Commission* de 2012, disponible en http://www.ussc.gov/Guidelines/2012_Guidelines/index.cfm (última consulta: 25 de septiembre de 2013). Vid. especialmente el § 8A 1.2, donde se explica qué sujetos habrán de incluirse en el «High-level Personnel of the Organization» y como «Substantial Authority Personnel». Vid. también el § 8C 2.5, donde se explica qué se entenderá por «Effective Compliance and Ethics Program». El Capítulo octavo del *Guidelines Manual* está disponible en http://www.ussc.gov/Guidelines/2012_Guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013). Vid. también el discurso pronunciado por KOLASKY, W. J.: «Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective», el 12 de julio de 2002 en San Francisco. El discurso está disponible en http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[5] En los supuestos, recordemos, en los que la empresa había implementado un *compliance programme* con posterioridad al inicio de las investigaciones por parte de la Comisión. Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 1994, caso *Parker Pen,* asunto T-77/92, apartado 93.

[6] Vid. Sentencias del Tribunal General de 11 de diciembre de 2003, caso *Strintzis Lines* SA, asunto T-65/99, apartado 29; la de 9 de julio de 2003, caso *Midland*, asunto T-224/00, apartado 280; la de 26 de abril de 2007, caso *Bolloré*, asuntos acumulados T-109/02 y otros, apartado 653. Vid. también la Sentencia de 8 de julio de 2008, caso *BPB*, asuntos acumulados T-50/03 y otros, apartado 423.

Europea hubiese considerado en algunos supuestos la implementación de programas de cumplimiento como atenuantes no implica que esté obligada a proceder del mismo modo en todos los supuestos[7].

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aludido a la irrelevancia de los *compliance programmes* en relación a las posibles multas a imponer a las empresas, confirmando la opinión del Tribunal General relativa a que este tipo de programas no cambian la realidad de la infracción y no ha de significar en la práctica que la Comisión los tenga en cuenta como circunstancias atenuantes[8].

3. Críticas a la irrelevancia actual en el poder ejecutivo y judicial comunitario

Posible vulneración del principio de culpabilidad

La práctica descrita de la Comisión Europea y de los Tribunales comunitarios, de acuerdo con la que una empresa ha de responder por el ilícito anticompetitivo de igual forma, con independencia de que haya implementado con anterioridad a la conducta ilícita un programa de cumplimiento, podría vulnerar el principio de culpabilidad previsto en el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003[9]. Partiendo de este régimen de responsabilidad «automática», ni la Comisión Europea, ni los Tribunales comunitarios entran a valorar si la empresa en cuestión ha incumplido la normativa de defensa de la competencia de forma deliberada o por negligencia, vulnerando así el artículo 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, así como el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos preceptos resultan aplicables a las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos, teniendo en cuenta que, como ha confirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estas sanciones poseen una naturaleza jurídico-penal[10] y que, aunque pueden ser impuestas por una autoridad administrativa, en su caso han de ser revisadas por un tribunal independiente, que además está dotado de jurisdicción plena[11]. Las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos se rigen, por tanto, por el principio de responsabilidad personal, diferenciándose esencialmen-

[7] Vid. Sentencia del TG de 9 de julio de 2003, caso *Midland,* asunto T-224/00, apartado 280.

[8] Vid. en este sentido la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, caso Dansk Rørindustri y otros, asuntos acumulados C-189/02 y otros, apartado 373 y ss, en el que afirma literalmente que «en efecto, el Tribunal de Primera Instancia no cometió error de Derecho alguno al estimar en el citado apartado de dicha sentencia que, aunque era sin duda importante que LR A/S hubiera tomado medidas para impedir que los miembros de su personal cometieran en el futuro nuevas infracciones del Derecho comunitario de la competencia, este hecho en nada cambiaba la realidad de la infracción que había quedado probada en el caso de autos. El Tribunal de Primera Instancia actuó legítimamente al concluir que tal circunstancia no constituía, en sí, una circunstancia atenuante que obligase a la Comisión a reducir el importe de la multa a dicha recurrente». Sin embargo hay que afirmar también, frente a estas aparentemente claras e inamovibles posturas de los tribunales comunitarios, que la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Juliane Kokott ha afirmado que la cuestión relativa a si el TJUE podrá tener en cuenta los *compliance programmes* que hubiese implementado una empresa matriz y considerar por tanto que ha intentado evitar la posible conducta anticompetitiva de la filial y que no por poseer el 100 por 100 debe ser considerada responsable del hecho ilícito es una cuestión «aún incierta». Vid. KOKOTT, J. y DITTERT, D. (2012): «Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte» en Wirtschaft und Wettbewerb, nº 7, pp. 670-683, p. 678.

[9] El principio de culpabilidad se contiene en el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003 señalando este precepto claramente que «Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: (…)» Vid. en este mismo sentido GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T. (2013): «Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften» en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen,* nº 1, pp. 1-40, p. 4 y THOMAS, S. (2011): «Der Schutz des Wettbewerbs in Europa- welcher Zweck heiligt die Mittel?» en *Juristenzeitung*, pp. 485-495, p. 483.

[10] Así también lo ha señalado el Abogado General (AG) Sr. Yves Bot en el apartado 49 de sus Conclusiones en el Asunto C-352/09 P, caso *Thyssen Krupp Nirosta GmbH vs. Comisión Europea*, presentadas el 26 de octubre de 2010. En el apartado 161, al no compartir el planteamiento de la Comisión, el AG afirma más concretamente que «la Comisión vulnera el principio de responsabilidad personal y su corolario, el principio de personalización de las penas y de las sanciones, en el que se basa la imputabilidad de las prácticas colusorias ilícitas». Además, recuerda el AG que estos principios «constituyen garantías fundamentales del Derecho punitivo». El principio de responsabilidad personal prevé que solo se es responsable de los actos propios, mientras que el principio de personalización de las penas significa que solo se puede imponer una pena al culpable.

[11] *Vid*. la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, arrêt Strasbourg, en el asunto *Affaire A. Menarini Diagnostics s.r.l.* contra Italia (requète n. 43509/98), apartado 44. La Sentencia está disponible en http://es.scribd.com/doc/67594593/ECHR-Diagnostics (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

te de las obligaciones en el ámbito del Derecho Privado, y conlleva que en el cálculo de las multas se deban de tener en cuenta factores como el volumen de negocios de la empresa que es sancionada, la posible concurrencia de atenuantes o agravantes, así como, especialmente, la gravedad del comportamiento ilícito, de acuerdo con el artículo 23.3 del Reglamento 1/2003[12]. En conclusión, ni la Comisión ni los Tribunales comunitarios valoran si en un supuesto determinado concurren los presupuestos subjetivos de culpa o negligencia, sino que únicamente tienen en cuenta la concurrencia de un comportamiento anticompetitivo.

La incompatibilidad con un fortalecimiento de la función preventiva o disuasoria del Derecho de la Competencia: la posible disfunción entre los programas de clemencia y los *compliance programmes* a la hora de incentivar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia

Una de las funciones esenciales de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos es la prevención o disuasión de futuras conductas que puedan vulnerar la normativa de defensa de la competencia. Al no tener en cuenta los *compliance programmes* para el cálculo del importe de la multa de la empresa infractora no se cumple, de manera totalmente satisfactoria, con su función preventiva. Es decir, para optimizar la función disuasoria, tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios deberían replantearse su política de rechazo con el fin de crear mayores incentivos para evitar nuevas conductas anticompetitivas, ya que a través de la implementación de un programa de estas características en el seno de una empresa se consigue que todos los miembros de la misma tengan conocimiento acerca de las conductas prohibidas. El hecho de no tener en cuenta los programas de cumplimiento de cara a la imposición de la multa desincentiva la implementación de un programa de estas características en el seno de una empresa y lanza, a su vez, un mensaje contradictorio con lo que ocurre *de lege lata* en la normativa penal[13].

En este sentido, en relación a si estos programas deben ser tenidos en cuenta a la hora de sancionar un comportamiento anticompetitivo y —en su caso— en qué medida, hay dos puntos de partida.

En primer lugar se ha defendido que la imposición de una multa administrativa como consecuencia del ilícito anticompetitivo puede ser excluida, siempre y cuando esta vulneración de la normativa de defensa de la competencia se hubiese derivado a su vez de la violación del programa de cumplimiento, considerando por tanto que la empresa o, mejor dicho, el equipo directivo o la persona encargada de vigilar el cumplimiento no son imputables[14]. En otros casos se ha mantenido que en la valoración de la conducta y, por tanto, en el cálculo del importe de la multa, se podrían valorar los programas de cumplimiento de forma positiva como circunstancia atenuante. La primera interpretación es difícil de sostener, puesto que equivaldría a afirmar que por haber invertido dinero y medios en diseñar e incorporar en el seno de la empresa un programa de cumplimiento bien estructurado y efectivo la empresa queda exenta de pagar cualquier multa y no podrá ser sancionada, por muy grave que hubiese resultado su conducta, en atención a las restricciones a la libre competencia que se derivan de la misma y los daños y perjuicios causados[15]. La segunda opción es, en cambio, la vía intermedia entre la exención total de la multa y la ausencia de cualquier respuesta por parte de la autoridad competente y es la mejor opción para incentivar que las empresas adopten *compliance programmes* en materia de competencia, fomentando

[12] Vid. en relación con la aplicación del principio de culpabilidad a las empresas, extensamente, NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Madrid, pp. 115 y ss.

[13] Vid. *Infra* IV. 1.

[14] Vid. en este sentido KASTEN, B.: «Kartellrechtscompliance»… *op. cit.,* p. 132.

[15] De acuerdo con esta primera interpretación nos tendríamos que olvidar, por tanto, de la función punitiva que tienen las multas en materia de competencia y esto es difícilmente aceptable en la práctica, ya que lo cierto es que se ha falseado o restringido la libre competencia.

y favoreciendo así un entorno competitivo en los distintos sectores económicos.

La valoración de los programas de cumplimiento puede influir en el adecuado funcionamiento de los programas de clemencia. De no tener en cuenta este tipo de programas como atenuante, tal y como sucede en la actualidad, se puede generar en la práctica una situación de tensión en relación con los programas de clemencia[16], a los que también podrán acudir las empresas que, de forma deliberada o por negligencia, hubiesen participado en un cártel. Parece, al menos, que podría existir una valoración contradictoria si se prevé *de lege lata* la posibilidad de una reducción o incluso exención de la multa para aquellas empresas que vulneran la normativa y *a posteriori* acuden a la autoridad administrativa haciendo uso de un programa de clemencia, pero no para aquellas que *a priori* han invertido una cantidad importante de dinero y medios en la prevención de comportamientos anticompetitivos[17]. Además hay que tener en cuenta que las solicitudes de clemencia, que en la práctica resultan exitosas, presuponen que la empresa le ha trasladado a la autoridad de competencia información destacada relativa a la participación en el cártel. Las empresas que incorporan un programa de cumplimiento advierten periódicamente[18] a sus trabajadores acerca de las consecuencias jurídicas graves que se derivan de la participación en un cártel. Esto podría significar una importante desventaja en relación al aprovechamiento de los programas de clemencia para la empresa, ya que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, en el que los particulares también se pueden ver beneficiados por un programa de clemencia, los trabajadores de la empresa que hubiesen participado en la conducta anticompetitiva podrían hacer uso a título individual de dichos programas, al estar mejor informados —a través de los programas de cumplimiento— de las consecuencias jurídicas de su comportamiento. En el caso de que fuese un miembro del equipo directivo el que hubiese participado en la conducta anticompetitiva podría contrarrestarse este efecto teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para sancionar a las personas físicas que integran los órganos directivos de una empresa[19].

Parece contradictorio premiar el hecho de acudir a un programa de clemencia pudiendo llegar a eximir a la empresa por completo de tener que hacer frente a una multa por su comportamiento anticompetitivo[20] y ni siquiera contemplar la posibilidad de meramente reducir la cuantía de la multa de una empresa que, a pesar de hacer todo lo posible por evitar la participación de sus trabajadores en un cártel, se ve envuelta en un cártel a través del comportamiento ilícito de alguno de dichos trabajadores. De este modo se podría desincentivar de forma importante cualquier esfuerzo por parte del equipo directivo por evitar que los miembros de su empresa participen en una conducta anticompetitiva. Además, un programa de cumplimiento activo y efectivo significa en la práctica que todos los miembros de la empresa tienen —en teoría— conocimiento de las conductas prohibidas y de sus correspondientes consecuencias jurídicas, de acuerdo con el Derecho comunitario y el español de de-

[16] Vid. también DREHER, M. (2004): «Kartellrechtscompliance. Voraussetzungen und Rechtsfolgen unternehmens-oder verbandsinterner Maβnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts» en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht,* nº 1, pp. 75-106, p. 88.

[17] Esto resulta únicamente de aplicación en los supuestos de programas de cumplimiento bien estructurados y efectivamente seguidos en la práctica y en los que no ha intervenido ningún miembro del equipo directivo en el comportamiento ilícito, ya que en este supuesto el programa de cumplimiento ha fallado claramente.

[18] No se puede olvidar que el seguimiento regular y la actualización de un programa de estas características resulta esencial.

[19] Hasta ahora la CNC ha hecho uso en una única ocasión de este artículo que permite la imposición de multas de hasta 60.000 euros a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de las empresas o asociaciones responsables de las conductas anticompetitivas, imponiendo el 28 de septiembre de 2012 una multa personal de 50.000 euros a D. Joan Gaspart Solves, Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE, por unas declaraciones realizadas el 19 de enero de 2011, en las que puso de manifiesto la necesidad de subir los precios de los hoteles en España en el año 2011. La declaración fue reiterada el 26 de enero de 2011, en el marco de una entrevista en la que cuantificaba el incremento de precios recomendado en un 6-7 por 100.

[20] Vid. en este sentido KASTEN, B.: «Kartellrechtscompliance»… *op. cit.,* p. 137.

fensa de la competencia, y se elimina casi por completo la posibilidad de que se vulnere la normativa de defensa de la competencia «por negligencia». Es decir, la empresa infractora que hubiese implementado un programa de cumplimiento no podría argumentar que la infracción se cometió por negligencia y, en consecuencia, no se podría beneficiar de una atenuante expresamente mencionada en las Directrices para el cálculo de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos publicadas por la Comisión Europea[21]. Los esfuerzos por evitar y prevenir las conductas anticompetitivas convertirían cualquier posible infracción (en caso de que fallara el programa de cumplimiento) en «deliberada» y, en conclusión, harían que el hecho de haberse preocupado por elaborar dicho programa se convierta en una desventaja para la empresa. Este hecho puede desincentivar la adopción de programas de cumplimiento en esta materia y que el equipo directivo de una empresa se preocupe de promover el respeto de las normas de libre competencia en el seno de la misma[22]. De ahí que parezca más conveniente, con el fin precisamente de promover el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, contemplar la existencia de programas de cumplimiento como atenuantes a la hora de calcular la cuantía de la multa, para así impulsar la puesta en marcha, por parte del equipo directivo de la empresa, de medidas efectivas destinadas a garantizar dicho cumplimiento normativo. La única excepción a dicha consideración como atenuante se observaría en el supuesto en que la conducta anticompetitiva hubiese sido llevada a cabo por algún representante legal o miembro del equipo directivo de la empresa o de la asociación de empresas, ya que se trata de los responsables que deciden sobre la implementación de un programa de estas características en el seno de la empresa. Por tanto, se estarían contradiciendo si implementan por una parte un programa para evitar los comportamientos anticompetitivos por parte de los demás miembros y trabajadores de la empresa y, por otra, vulneran ellos mismos la normativa participando en un acuerdo colusorio, y en este caso no parece justo que se puedan beneficiar de una atenuante en el importe de la multa.

4. Los programas de cumplimiento en otros sectores del ordenamiento jurídico y en algunas normativas de defensa de la competencia nacionales

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En especial, medidas anticorrupción

En los últimos años se ha observado el desarrollo de medidas que tienen en cuenta la adopción de programas de cumplimiento a la hora de castigar penalmente una conducta. Estas medidas se han implantado en diversos ordenamientos jurídicos que prevén un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas[23], en especial, en relación con las medidas anticorrupción.

Como primer ejemplo cabe citar la normativa contra los sobornos promulgada en 2010 en Reino Unido (*UK Bribery Act* 2010)[24], que prevé la posibilidad de que las empresas se defiendan de acusaciones de corrupción si con anterioridad al hecho delictivo poseían procedimientos o mecanismos adecuados para evitar dichos sobornos [sección 7 (2) de la Ley]. Con el fin de que las empresas que puedan verse sancionadas no tengan que valorar ellas mismas qué se puede entender como «procedimientos» o «medidas adecuadas» para evitar que sus trabajadores sean sobornados, señala la Sección

[21] Vid. Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento 1/2003, del 1 de septiembre de 2006 (2006/ C 210/ 02), apartado B 29. Disponibles en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:ES:PDF (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[22] En relación a la importancia que tienen los *compliance programmes* para promover una ética empresarial de cumplimiento de la normativa vid. NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Madrid, pp. 215 y ss.

[23] En estos ordenamientos jurídicos cabe una sanción penal tanto para los individuos que han realizado un comportamiento delictivo como para las empresas en sí. Vid. ampliamente en NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas… op. cit.*

[24] El texto de la *Bribery Act* de 2010 está disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

9 (1) de la misma Ley que el *Secretary of State* deberá publicar orientaciones relativas a qué tipo de medidas cabe incluir como adecuadas para evitar sobornos y que, en consecuencia, puedan ser consideradas como circunstancias atenuantes de la sanción penal[25]. En este marco, el Ministerio de Justicia ha publicado una guía destacando seis principios preventivos básicos que las empresas han de observar si quieren beneficiarse de la mencionada atenuante y que hacen referencia a factores como *proportionate procedures, top-level commitment, risk assessment, due diligence, communication (including training) monitoring and review.*

También la normativa italiana en este ámbito prevé medidas para incentivar la adopción de programas de cumplimiento preventivos, teniéndolos en cuenta a la hora de determinar la sanción penal. En este sentido señala el artículo 5 del Decreto Legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001[26], la responsabilidad de las empresas por determinados delitos cometidos por sus equipos directivos, representantes o un miembro de la empresa que debía ser vigilado por el directivo[27] (especialmente en supuestos de corrupción, pero también resulta aplicable a otros delitos societarios), siempre y cuando el comportamiento delictivo se hubiese producido en interés de la empresa o para su propio beneficio (*nel suo interesse o a suo vantaggio*)[28]. A continuación se prevé no obstante la posibilidad de eximir la responsabilidad penal de la empresa, si logra probar que, en el momento de tener lugar la conducta ilícita, la empresa había incorporado y seguido un programa de cumplimiento (*modelli di organizzazione*) en esta materia[29]. Para eximir de dicha responsabilidad penal a la empresa, el Decreto legislativo enumera con detalle las distintas exigencias, diferenciando entre si el sujeto activo del hecho delictivo ha sido un miembro del equipo directivo o tenía un puesto de responsabilidad (artículo 6) o si se trata de un incumplimiento en la vigilancia con respecto a personal subordinado de la empresa (artículo 7). En ambos supuestos la empresa ha de probar que su programa de cumplimiento era esencialmente adecuado para prevenir los comportamientos delictivos que posteriormente tuvieron lugar[30]. En el supuesto de los miembros de la empresa que sean directivos o que tengan otro puesto de responsabilidad en el seno de la empresa, prevé además el artículo 6.1 c) del Decreto Legislativo nº 231 que se deberá probar también que el delito ha tenido lugar por «evadir fraudulentamente» el programa de cumplimiento.

En Estados Unidos tanto la Securities and Exchange Commission (SEC) como el Ministerio de Justicia tienen en cuenta la existencia y eficacia de *compliance programmes* a la hora de aplicar la normativa federal anticorrupción (U. S. Foreign Corrupt Practices Act, FCPA[31]). En este caso reconocen ambas autoridades que el hecho de que en la práctica tenga lugar un comportamiento delictivo no ha de significar automáticamente que carezcan de relevancia los esfuerzos preventivos en relación a la responsabilidad penal de la empresa. Existen ya supuestos de aplicación efectiva de estos principios enunciados por las autoridades estadounidenses, como por ejemplo en el caso de la entidad financiera Morgan Stanley, que ha estado envuelta en un proceso por eva-

[25] La Section 9 (1) señala literalmente que «the Secretary of State must publish guidance about procedures that relevant commercial organisations can put in place to prevent persons associated with them from bribing as mentioned in section 7(1)».

[26] El Decreto legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001, está disponible en http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[27] Este precepto resulta aplicable especialmente en supuestos de corrupción, pero también en relación a otros delitos societarios. Sobre la determinación de la responsabilidad de la empresa en la normativa italiana y los delitos en los que este Decreto legislativo resulta aplicable vid. NIETO, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas…* op. cit., pp. 194-199 y PERA, A. y PISANELLI, G. C. (2013): «Prevention of Antitrust Violations: Which Role for Compliance Programmes?» en *European Competition Law Review,* nº 5, Vol. 34, pp. 267-273, p. 272.

[28] El artículo 5.2 del Decreto legislativo nº 231 advierte que la empresa no deberá responder cuando el directivo o representante hubiese actuado exclusivamente en interés propio o de terceros.

[29] El artículo 6.3 del Decreto legislativo nº 231 prevé además la posibilidad de que las empresas adopten programas de cumplimiento basados en los códigos de conducta elaborados por asociaciones y que han sido aprobados también por el Ministerio de Justicia u otros Ministerios competentes.

[30] Vid. los artículos 6.1. a) y 7.2 del Decreto Legislativo nº 231.

[31] El texto de la Ley está disponible en http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/ (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

dir los controles internos establecidos en la FCPA y que fue eximida de responsabilidad penal a nivel corporativo. En este caso se tuvo en cuenta que Morgan Stanley había incorporado un sólido programa de cumplimiento, con controles internos que «razonablemente hacían pensar que sus empleados no sobornaban a funcionarios del Gobierno»[32]. La evasión de los controles internos establecidos en la FCPA se imputó a Garth Peterson, que había sido director ejecutivo de la entidad en China, además de vulnerar las medidas anticorrupción previstas en la Investment Advisors Act de 1940[33].

Estos ejemplos muestran que las empresas pueden eximirse de responsabilidad si han obrado con un mínimo de diligencia, incorporando y ejecutando efectivamente *compliance programmes* que además se configuren de tal forma que puedan —en teoría— evitar con la mayor probabilidad posible incumplimientos de la normativa. Esto no significa que los sujetos que tienen una cierta responsabilidad dentro de la empresa queden asimismo eximidos de su responsabilidad personal, si han actuado de forma fraudulenta a la hora de incumplir los programas de cumplimiento, controles internos y la normativa. Esta separación de la esfera de responsabilidad personal y corporativa es igualmente aplicable en el Derecho de la Competencia sancionador, en consonancia con los ejemplos mencionados en la normativa penal.

En España, el Proyecto de Reforma del Código Penal, aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013, da un paso decidido en esta dirección, estableciendo en sus artículos 31.2 y 31.4 bis como posible *eximente* de responsabilidad penal de la persona jurídica el hecho de haber implantado un «sistema eficaz de supervisión y control de prevención de delitos». Con tal fin, el Proyecto de Reforma del Código Penal determina en su artículo 31.5 bis las características mínimas que deben de presentar los *compliance programmes* en materia penal para que pueda ser aplicada esta exención de responsabilidad penal[34]. Es obvia la necesidad de aclarar cuáles son los elementos esenciales que han

[32] Vid. el procedimiento llevado a cabo por la Criminal Division del U. S. Department of Justice frente a Morgan Stanley. En el comunicado de prensa, publicado el 25 de abril de 2012, afirma el Ministerio de Justicia que «(…) After considering all the available facts and circumstances, including that Morgan Stanley constructed and maintained a system of internal controls, which provided reasonable assurances that its employees were not bribing government officials, the Department of Justice declined to bring any enforcement action against Morgan Stanley related to Peterson's conduct. The company voluntarily disclosed this matter and has cooperated throughout the department's investigation. The Securities and Exchange Commission today announced civil charges and a settlement with Peterson». Peterson había sido director ejecutivo de Morgan Stanley en China. El comunicado de prensa está disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[33] Un resumen de este caso está disponible en http://www.cov.com/files/Publication/0a670c16-ecb2-4c62-b58d-6da407e6adec/Presentation/PublicationAttachment/fb53cf8d-6162-4849-a12b-75d9e36078b5/Former_Morgan_Stanley_Managing_Director_Pleads_Guilt.pdf (última consulta: 27 de septiembre de 2013).

[34] Vid. sobre los elementos del denominado «modelo de organización» (programa de cumplimiento) en el Proyecto de reforma del Código Penal y propuestas de mejora del mismo vid. NIETO MARTÍN, A.: 2014 «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno» en *Diario La Ley,* 11 de febrero (en prensa). En la actual redacción del Código penal, el apartado cuarto del artículo 31 bis del Código Penal (artículo que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) prevé una enumeración tasada de circunstancias atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas. En este caso resulta de interés la cuarta circunstancia atenuante, que hace referencia al hecho de haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, a través de sus representantes legales y antes del comienzo del juicio oral, «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, interpreta esta circunstancia atenuante de la siguiente manera: «Exige de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar y, en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación». La Circular 1/2011 está disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=FG_Multimedia_FA&cid=1247140262302&pagename=PFiscal%2FFG_Multimedia_FA%2FFGE_fckDescarga (última consulta: 25 de septiembre de 2013). El apartado tercero del artículo 31 bis del CP señala además que «la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, (…) no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (…)». En el concepto de «debido control» cabría incluir, como uno de los mecanismos posibles, los *compliance programmes*. Por tanto, si ha sido implementado un programa de estas características, entonces sí cabe modificar la responsabilidad penal de la empresa en cuestión.

de conformar un programa de cumplimiento[35] para poder llegar al extremo de eximir de responsabilidad penal a la empresa infractora. Pero si ésta es la tendencia que puede seguir la normativa penal española, parece que plantearse la posibilidad de una atenuante en el Derecho de la Competencia no resulta fuera de lugar.

La previsión de los programas de cumplimiento como atenuantes en las normativas de defensa de la competencia en Reino Unido, Francia, Suiza y Alemania

Junto al ámbito penal, también en relación con los ordenamientos jurídicos nacionales de defensa de la competencia existen ejemplos en los que se posibilita que las autoridades responsables en materia de competencia tengan en cuenta la existencia de *compliance programmes ex ante* de cara a la fijación del importe de la multa.

En este sentido, en Reino Unido la Office of Fair Trading (OFT) ha afirmado en reiteradas ocasiones que la existencia de *compliance programmes* será valorada positivamente, con una exención de hasta el 10 por 100 de la multa que se imponga finalmente a la empresa que ha vulnerado la normativa de defensa de la competencia. La reducción de la multa será posible si la empresa logra probar que «se han tomado medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de la normativa»[36]. La OFT advierte que el «punto de partida» a la hora de considerar la existencia de *compliance programmes* será neutral y que la «mera existencia» de programas de esta naturaleza no será tenida en cuenta como circunstancia atenuante. Es evidente que hay que valorar caso por caso, pero los compromisos de cara al cumplimiento de la normativa implementados desde el equipo directivo hasta los trabajadores de la empresa, junto con las medidas apropiadas relativas a la identificación, evaluación y mitigación de los riesgos, así como la actualización de estas medidas, pueden ser ciertamente considerados como una circunstancia atenuante a la hora de determinar el importe de la multa, en el supuesto de que el *compliance programme* hubiese fallado y se hubiera producido en la práctica un ilícito anticompetitivo. La empresa tendrá que demostrar que las medidas que se habían adoptado eran adecuadas teniendo en cuenta el tamaño de la empresa infractora y los riesgos que suponía para la libre competencia. La empresa infractora también tendrá que probar la adecuación de las medidas que había adoptado con el fin de actualizar el *compliance programme*, especialmente como consecuencia del inicio de las investigaciones por la autoridad de competencia. La OFT advierte también que únicamente en casos excepcionales los *compliance programmes* se tendrán en cuenta como factores agravantes en relación con la determinación del importe de la multa, esto es, cuando los mismos fueron utilizados para ocultar o facilitar un comportamiento anticompetitivo, o bien para inducir a la OFT a un error durante su investigación.

La OFT publicó asimismo en junio de 2011 una guía en la que menciona cómo desarrollar estas medidas de cumplimiento de manera apropiada, con el fin de que puedan ser tenidas en cuenta como atenuantes en la fijación del importe de la multa[37]. Esta guía está en la

[35] Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: (2013) «*Compliance*, debido control y unos refrescos» en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.) : *El Derecho Penal en la era compliance,* Valencia, pp. 111-136, pp. 127 y ss.

[36] Vid. en este sentido la pronunciación más reciente de la OFT en su OFT's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty, OFT 423, publicada en septiembre de 2012 y en cuyo apartado 2.15 se incluye expresamente como atenuante en relación al importe de la multa «adequate steps having been taken with a view to ensuring compliance with Articles 101 and 102 and the Chapter I and Chapter II prohibitions». La guía de la OFT está disponible en http://www.oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[37] Vid. la guía titulada *How your business can achieve compliance with competition law,* OFT 1341, publicada en junio de 2011, disponible en http://oft.gov.uk/shared_oft/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/oft1341.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013). Esta guía separa en cuatro los pasos a seguir por las empresas, esto es, la identificación de los riesgos, su evaluación, los mecanismos de mitigación de estos riesgos y, por último, la revisión o actualización del *compliance programme* . También en junio de 2011 publicó la OFT la guía *Company Directors and Competition Law,* OFT 1340, disponible en http://www.oft.gov.uk/shared_oft/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/oft1340.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

línea seguida por la OFT, relativa a incentivar o fomentar el uso de este tipo de *compliance programmes* en materia anticompetitiva, ya que no existe ninguna obligación legal formal que exija incorporar un programa de estas características en el seno de la empresa.

En la práctica, la OFT ha hecho uso de esta facultad en diversas ocasiones, reduciendo el importe de la multa a una empresa infractora, al haber comprobado que la empresa o empresas en cuestión poseían *ex ante compliance programmes* adecuados para evitar ilícitos anticompetitivos[38].

Pero aún más relevante es el hecho de que en la práctica el Competition Appeal Tribunal (CAT) haya tenido igualmente en cuenta los *compliance programmes* en esta materia para reducir la multa[39]. En la conocida Sentencia del caso Kier Group plc (y otros) v Office of Fair Trading, de 11 de marzo de 2011, [2011] CAT 3[40], el CAT reconoció los esfuerzos realizados por la empresa Kier Group implementando un *compliance programme* «exhaustivo» pocos días después del inicio de las investigaciones por la OFT (apartado 212 de la Sentencia). El CAT argumenta que la OFT debería haber tenido en cuenta el *compliance programme* a la hora de establecer la cuantía de la multa (apartado 217 de la Sentencia), debido a la incorporación rápida de un *compliance programme* extenso tras la apertura del expediente sancionador y la colaboración de la empresa con la OFT. Por la concurrencia de estas dos circunstancias el CAT propuso reducir la multa global en un 15 por 100, lo que supuso una multa de 1.700.000 libras (apartado 233 de la Sentencia). Esto significó finalmente una reducción de la multa por el CAT en una cuantía que alcanzó las 300.000 libras, como consecuencia de la incorporación de un *compliance programme* bien estructurado y efectivo después de tener lugar la conducta anticompetitiva.

La Autorité de la Concurrence francesa por su parte publicó el 10 de febrero de 2012 un Documento-marco relativo a los *compliance programmes* en materia de defensa de la competencia[41], señalando la posibilidad de reducir el importe de la multa en un 10 por 100 si la empresa que ha vulnerado la normativa de defensa de la competencia está dispuesta a «verificar su comportamiento», incorporando un *compliance programme* en esta materia (página 1 y apartado 29 del Documento-marco)[42]. La previsión de esta posibilidad de reducir el importe de la multa se fundamenta en el artículo L. 464-2 III del Code de Commerce, conforme al que una modificación en el comportamiento de la empresa puede ser tenida en cuenta como atenuante en relación a la multa. De acuerdo con los apartados 29 a 31 del Documento-marco se requiere, para poder reducir el importe de la multa, que la empresa infractora incorpore o, en su caso, mejore su programa de cumplimiento en materia anticompetitiva. El Documento-marco incluye además una lista de «prácticas adecuadas» (*best practices*) con el fin de contribuir a la eficiencia de los programas de cumplimiento en materia anticompetitiva (apartados 16 y siguientes). Entre estas prácticas recomendadas por la Autorité de la Concurrence se encuentra la adopción de una postura clara, firme y pública por

[38] Vid. en este sentido W. P. J.: «Antitrust Compliance Programmes… op. cit., p. 7.

[39] El *Competition Appeal Tribunal* es un órgano judicial especializado que conoce de los recursos frente a decisiones en materia de competencia de la Office of Fair Trading, de la Competition Commission (competencias en materia de control de concentraciones) y de órganos reguladores. Este órgano judicial fue creado por la Sección 2 de la *Enterprise Act* de 2002, que entró en vigor el 1 de abril de 2003. Vid. la página web del *CAT:* http://www.catribunal.org.uk/ (última consulta: 27 de septiembre de 2013), así como GORDON, R. J. F. (2013): *The Competition Appeal Tribunal Handbook,* Haywards Heath/ Dublin/ Edimburgo.

[40] Todos los documentos de este caso, incluyendo la Sentencia del CAT, están disponibles en http://www.catribunal.org.uk/237-4693/1114-1-1-09-1-Kier-Group-plc-2-Kier-Regional-Limited.html (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[41] El *Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes* está disponible (en inglés) en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013). La versión en francés está disponible en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[42] Vid. de forma extensa en relación a las indicaciones de la autoridad francesa AUFDERMAUER, C. (2012): «Die Compliance-Leitlinien der französischen Wettbewerbsbehörde» en *Corporate Compliance Zeitschrift,* nº 5, pp. 194-197.

el equipo directivo o de gestión de la empresa partiendo del principio según el cual el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no solo es una obligación legal, sino que también incide directamente en el contexto de la responsabilidad social de la empresa, en consonancia con las consecuencias negativas que los ilícitos anticompetitivos pueden tener con respecto tanto a la economía como a los consumidores. La autoridad francesa recomienda también asignar a una o varias personas en el seno de la empresa la facultad de desarrollar y controlar todos los aspectos relacionados con el efectivo cumplimiento del programa, así como la necesidad de desarrollar cursos de formación y sensibilización con esta materia. Destaca especialmente la previsión de mecanismos de control interno, de denuncia, auditoría y sanciones disciplinarias internas en casos de incumplimiento. De manera adicional a la reducción de la multa de un 10 por 100 en los supuestos de modificación del comportamiento de la empresa (incorporando o mejorando el programa de cumplimiento preexistente), la autoridad francesa podrá considerar otra reducción de un 10 por 100 en los supuestos conocidos como terminación convencional (*settlement procedure*), más otra reducción de un 5 por 100 por la adopción de compromisos adicionales (página 1 y apartado 31 del Documento-marco). En total la multa podrá ser reducida en un 25 por 100 por la Autorité de la Concurrence.

El Consejo de Estado suizo (*Bundesrat*) ha propuesto en el marco del Proyecto de Ley para la Reforma de la Ley suiza de defensa de la competencia (*Kartellgesetz*), de 22 de febrero de 2012[43], incluir una valoración positiva de los *compliance programmes* en materia de defensa de la competencia. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 49a), segundo apartado, tercer inciso, se prevé la posibilidad de una reducción de la multa administrativa derivada de un ilícito anticompetitivo si la empresa infractora logra demostrar la existencia de un programa de cumplimiento efectivo, teniendo en todo caso en cuenta el tamaño y el sector en el que opera la empresa en cuestión[44]. La autoridad suiza de competencia (*Schweizerische Wettbewerbskommission*) o bien los órganos jurisdiccionales tendrán que decidir si se cumplen los requisitos para que un programa de cumplimiento pueda ser considerado como atenuante en un determinado supuesto. En un informe que acompaña la reforma de la normativa de defensa de la competencia suiza, se destaca, además que los programas de cumplimiento contribuyen de forma valiosa a los fines que persigue la Ley, en el sentido de evitar los efectos nocivos, tanto en la economía como en la sociedad en general, que se generan como consecuencia de las conductas anticompetitivas. De ahí que se señale que los esfuerzos relativos a lograr un cumplimiento efectivo de la normativa de defensa de la competencia, que coadyuven además de manera valiosa a la aplicación de la *Kartellgesetz,* deban ser recompensados con una reducción de la sanción[45].

En la normativa de defensa de la competencia alemana existe, al menos en teoría, la posibilidad de prever una reducción de la multa derivada de una infracción anticompetitiva en el marco del artículo 130 de la Ley de infracciones administrativas (*Gesetz über Ordnungswi-*

[43] Vid. la noticia publicada en http://www.wbf.admin.ch/themen/00129/00181/index (última consulta: 25 de septiembre de 2013) y la Comunicación del Consejo de Estado suizo en *Bundesblatt* (BOE suizo) 2012, 3905, vid. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20120028 (última consulta: 25 de septiembre de 2013). El texto del Proyecto de Ley suizo está disponible en http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2012/3989.pdf (última consulta: 25 de septiembre de 2013).

[44] No es suficiente, por tanto, la mera existencia de un programa en esta materia. La recomendación del Consejo de Estado suizo prevé expresamente lo siguiente: «Vorkehrungen zur Verhinderung von Verstößen gegen das Kartellgesetz, die das Unternehmen getroffen hat und die seiner Größe, Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sind, sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen, wenn sie vom Unternehmen nachgewiesen werden». Vid. de forma extensa en WEBER, R. H.: «Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen» en ZÄCH, R., WEBER, R. H. y HEINEMANN, A. (2012): *Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler,* Zúrich/ St. Gallen, pp. 189-208 y EUFINGER, A. y MASCHEMER, A. (2012): «Die Compliance Defence im novellierten schweizerischen Kartellgesetz- Vorbild für europäisches Kartellrecht?» en *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht,* nº 12, pp. 509-513, p. 509 y s.

[45] Vid. *supra* 68, pp. 14 y 17.

drigkeiten, OWiG). En este sentido, si el equipo directivo o en puestos de responsabilidad han adoptado las medidas necesarias para evitar un comportamiento ilícito de los restantes miembros de la empresa, es decir, no han omitido estas medidas de cumplimiento de la normativa de forma deliberada o negligente de acuerdo con el artículo 130.1 OWiG, quedarían libres de responsabilidad, por entender que no han vulnerado su deber de vigilancia. La autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) no se ha pronunciado de forma oficial acerca de la consideración de los programas de cumplimiento de cara a una posible reducción de la multa. No obstante, en una respuesta de un miembro del *Bundeskartellamt* alemán a una encuesta, se declara que la autoridad alemana de competencia no tendrá en cuenta la existencia de programas de cumplimiento en esta materia para una posible reducción de la multa[46]. Esta negativa se sustenta en que la posible implementación de un programa de cumplimiento es una materialización del deber de vigilancia establecido en el artículo 130 OWiG y que, por tanto, no debe ser «premiado» con una reducción en el importe de la multa porque se trataría únicamente del cumplimiento de una obligación legal. En este sentido, se afirma, el cumplimiento de una obligación legal no podría ser concebido como una atenuante[47].

La jurisprudencia alemana tampoco se ha pronunciado sobre esta cuestión[48], por lo que la valoración de programas de cumplimiento en esta materia como circunstancias atenuantes en el cálculo del importe de la multa no es una cuestión cerrada en Alemania[49]. En principio, las Directrices alemanas relativas a la imposición de multas permiten que programas bien estructurados y efectivos sean tenidos en cuenta, al mencionar como circunstancia atenuante el comportamiento de la empresa posterior al ilícito anticompetitivo (*Nachtatverhalten*).

No existe, por tanto, en teoría ningún problema en la práctica para considerar, en consonancia con lo establecido en Francia, que un *compliance programme* establecido *ex post* o que mejore el existente *ex ante* como consecuencia de un comportamiento anticompetitivo pueda ser considerado como una circunstancia atenuante. Esta visión concuerda además con el ideal de que las autoridades de competencia deberían, además de imponer sanciones *ex post* o represivas, animar, fomentar y premiar a las empresas que adoptan medidas de prevención para evitar incumplimientos de la normativa de defensa de la competencia[50].

5. Conclusión: los *compliance programmes* como vía de promoción del cumplimiento en materia de competencia

En consonancia con la finalidad de prevención general y especial, y de disuasión de futuros ilícitos anticompetitivos que poseen las multas en esta materia, además de sancionar a la empresa infractora,

[46] Vid. PAMPEL, G. (2007): «Die Bedeutung von Compliance-Programmen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht» en *Betriebs-berater*, pp. 1636-1640, p. 1638. Esta opinión es interpretada como representativa de la visión generalmente defendida por la autoridad alemana. Vid. KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S. (2011): «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme im deutschen Kartellbußgeldverfahren?» en *Corporate Compliance Zeitschrift,* nº 4, pp. 213-218, p. 213.

[47] Vid. la opinión mantenida por PAMPEL, G. (2007): «Die Bedeutung von Compliance-Programmen… *op. cit.,* p. 1638.

[48] Únicamente el presidente (Dr. Thomas Kühnen) de la Sala Primera (competente en materia de competencia) del Tribunal Superior de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*), que es la competente para resolver las demandas interpuestas frente a Decisiones del *Bundeskartellamt,* ha señalado en una entrevista telefónica que los *compliance programmes* pueden ser considerados como circunstancias atenuantes en relación a la cuantía de la multa. Vid. KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S.(2011): «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme... *op. Cit.,* p. 214 y s., quienes señalan que la entrevista telefónica tuvo lugar el 18 de enero.

[49] Vid. en este sentido KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S.: «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme... *op. Cit.,* p. 214.

[50] En este mismo sentido se pronuncia la doctrina alemana mayoritaria. Vid. KREBS, P., EUFINGER, A. y JUNG, S.: «Bußgeldminderung durch Compliance-Programme... *op. Cit.,* p. 214; GEHRING, S., KASTEN, B. y MÄGER, T.: «Unternehmensrisiko Compliance?... *op. cit.,* p. 10; VOET VAN VORMIZEELE, P.: «Kartellrechtliche Compliance-Programme im Rahmen der Bußgeldbemessung *de lege lata* und *de lege ferenda... op. Cit.,* p. 48; BOSCH, W., COLBUS, B. Y HARBUSCH, A.: «Berücksichtigung von Compliance-Programmen in Kartellbußgeldverfahren» en *Wirtschaft und Wettbewerb,* nº 7-8, 2009, pp. 740-749, p. 746 y MOOSMAYER, K. (2007): «Die neuen Richtlinien der Europäischen Kommission zur Festsetzung von Kartellgeldbußen» en *Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 91-94, p. 94.

los programas de cumplimiento serios deberían ser contemplados como circunstancia atenuante en relación al importe de la multa. De esta forma se estarían creando incentivos para la inversión de medios y dinero en la implementación de programas en el seno de las empresas, de manera que todos los miembros de la empresa conocerían los riesgos corporativos y personales de vulnerar esta normativa. Es importante, además, tener en cuenta las consecuencias jurídicas que se derivan de los ilícitos anticompetitivos en otros países si la empresa opera globalmente.

La normativa de defensa de la competencia europea ya posee —*de lege lata*— un precepto que en teoría permite fácilmente un cambio en las decisiones de la Comisión Europea y en la jurisprudencia comunitaria. El artículo 23.3 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 y relativo a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que «a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración». En la valoración de la gravedad de la infracción se podría tener en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento bien estructurado, que prevea controles internos y sanciones disciplinarias por incumplimiento. Las Directrices de la Comisión Europea mencionadas, relativas al cálculo de las multas, no prohíben dicha reducción e incluyen únicamente un listado ejemplificativo de atenuantes en su apartado 29. Además, y como se ha señalado, la Comisión Europea sí consideró en la década de los años ochenta y principios de los noventa los programas de cumplimiento adoptados *ex post* como atenuantes, por lo que no se puede excluir la posibilidad de volver a esta doctrina también para los programas *ex ante*, siempre y cuando este tipo de programas sean seriamente cumplidos y bien estructurados, y siempre que la empresa en cuestión pueda probar que ha invertido todos los esfuerzos, de medios y de dinero, que tenía a su alcance para evitar el ilícito anticompetitivo o, en su caso, para mejorar rápidamente el programa preexistente. Naturalmente habrá que valorar caso por caso, pero excluir de entrada la posibilidad de considerar un programa de cumplimiento como circunstancia atenuante únicamente porque ha fallado parece igual de ilógico que considerar la «mera existencia» (por ejemplo, como una estrategia de marketing) de un programa que no es efectivamente cumplido ni actualizado por la empresa.

En el Derecho de la Competencia español se podrían considerar los programas de cumplimiento en materia anticompetitiva como circunstancias atenuantes en el marco del artículo 64.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que la enumeración de atenuantes que se establece en la Ley es meramente a título ejemplificativo[51].

La comparativa con otros sectores del ordenamiento jurídico y otras normativas nacionales en materia de defensa de la competencia ha mostrado que es posible, tanto por parte de las autoridades de competencia, como por parte de los órganos jurisdiccionales, considerar un programa de cumplimiento serio, bien estructurado y actualizado, como una circunstancia atenuante (no eximente de responsabilidad), con el fin de incentivar el respeto de la normativa de defensa de la competencia y disuadir de futuras infracciones. Las empresas invertirían más esfuerzos sabiendo que estos serían —en caso de una infracción de la normativa de defensa de la competencia— valorados por la autoridad de competencia. La normativa europea actual ya ofrece en el artículo 23.3 del Reglamento 1/2003 una base jurídica para cumplir con esta función preventiva, así como para valorar, caso por caso, la gravedad de la conducta empresarial, coadyuvando así a evitar que en la práctica se suceda un mayor número de ilícitos anticompetitivos, que, en definitiva, generan siempre daños a los consumidores y a la economía en general.

[51] El precepto señala que «para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: (…)». Se trata, por tanto, de una lista abierta.

Referencias bibliográficas

[1] AUFDERMAUER, C. (2012): «Die Compliance-Leitlinien der französischen Wettbewerbsbehörde» en *Corporate Compliance Zeitschrift*, nº 5, pp. 194-197.

[2] BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E. (2013): «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher» en *Journal of Competition Law & Practice*, nº 3, Vol. 3, pp. 1-20.

[3] BOSCH, W.; COLBUS, B. y HARBUSCH, A. (2009): «Berücksichtigung von Compliance-Programmen in Kartellbuβgeldverfahren» en *Wirtschaft und Wettbewerb*, nº 7-8, pp. 740-749.

[4] DREHER, M. (2004): «Kartellrechtscompliance. Voraussetzungen und Rechtsfolgen unternehmens- oder verbandsinterner Maβnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts» en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, nº 1, pp. 75-106.

[5] EUFINGER, A. y MASCHEMER, A. (2012): «Die Compliance Defence im novellierten schweizerischen Kartellgesetz- Vorbild für europäisches Kartellrecht?» en *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, nº 12, pp. 509-513.

[6] GEHRING, S.; KASTEN, B. y MÄGER, T. (2013): «Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften» en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, nº 1, pp. 1-40.

[7] GERADIN, D. (2013): «Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils», disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241452.

[8] GINSBURG, D. H. y WRIGHT, J. D. (2010): «Antitrust Sanctions» en *Competition Policy International*, Vol. 6, nº 2, pp. 3-39.

[9] HECKENBERGER, W. (2012): «Interne Untersuchungen bei Kartellrechtsverstöβen» en MOOSMAYER, K.: *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen*, Múnich, pp. 139-156.

[10] KOLASKY, W. J.: «Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective», disponible en http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.pdf.

[11] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2013): «*Compliance*, debido control y unos refrescos» en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirs.): *El Derecho Penal en la era compliance*, Valencia, pp. 111-136.

[12] MOOSMAYER, K. (2007): «Die neuen Richtlinien der Europäischen Kommission zur Festsetzung von Kartellgeldbuβen» en *Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2007, pp. 91-94.

[13] MURPHY, J. y KOLASKY, W. (2012): «The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior» en *Antitrust*, vol. 26, nº 2, pp. 61-64.

[14] NIETO MARTÍN, A. (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid.

[15] NIETO MARTÍN, A. (2014): «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno» *en Diario La Ley*, 11 de febrero de 2014 (en prensa).

[16] PAMPEL, G. (2007): «Die Bedeutung von Compliance-Programmen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht» en *Betriebs-berater*, pp. 1636-1640.

[17] PERA, A. y PISANELLI, G. C. (2013): «Prevention of Antitrust Violations: Which Role for Compliance Programmes?» en *European Competition Law Review*, nº 5, Vol. 34, pp. 267-273.

[18] SHENEFIELD, J. H. y FAVRETTO, R. J. (1979): «Compliance Programs as Viewed from the Antitrust Division» en *Antitrust Law Journal*, Vol. 48, nº 1, 1979, pp. 73-80.

[19] VOET VAN VORMIZEELE, P. (2009): «Kartellrechtliche Compliance-Programme im Rahmen der Buβgeldbemessung de lege lata und de lege ferenda» en *Corporate Compliance Zeitschrift*, nº 2, 2009, pp. 41-49.

[20] WEBER, R. H. (2012): «Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen» en ZÄCH, R., WEBER, R. H. y HEINEMANN, A.: *Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zúrich/ St. Gallen, 2012, pp. 189-208.

[21] WILS, W. P. J. (2012): «Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis» en *World Competition*, Vol. 35, nº 1, pp. 5-26.

[22] WILS, W. P. J. (2013): «Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement» en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 1, pp. 1-30.

Francisco Marcos Fernández*

LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Este artículo analiza la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia (UE y domésticas) en España entre 1999 y 2012, examinando la casuística judicial sobre las reclamaciones habidas y su resultado, clasificándolas con arreglo a distintos parámetros. Este análisis empírico permite comprobar el notable crecimiento en el número de reclamaciones judiciales, principalmente en materia de contratos de distribución, aunque también el poco éxito de los argumentos antitrust *y las escasas indemnizaciones obtenidas y, sobre todo, la llamativa ausencia de reclamaciones de consumidores.*

Palabras clave: *defensa de la competencia, aplicación judicial, daños y perjuicios, litigios, España.*
Clasificación JEL: *K12, K13, K21, K42, L49.*

1. Introducción

Cualquier sistema de defensa de la competencia prevé junto a las normas sancionadoras de las prácticas anticompetitivas, distintos mecanismos de aplicación de las normas. Los procedimientos de aplicación de las normas y su eficacia práctica están condicionados por las instituciones y organización establecidas por el legislador al diseñar el sistema de defensa de la competencia.

Como ha ocurrido en la mayor parte de la Unión Europea, tradicionalmente el sistema de defensa de la competencia en España ha confiado mayoritariamente la aplicación de estas normas a órganos administrativos (primero el TDC, luego la CNC y también los distintos organismos autonómicos de defensa de la competencia)[1]. Las intervenciones y decisiones de las autoridades de la competencia tienen principalmente carácter punitivo, imponiendo sanciones a los operadores responsables por la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas. Ciertamente, las decisiones administrativas de las autoridades de competencia están sometidas a revisión judicial en el orden contencioso-administrativo, pero la aplicación judicial directa en el orden civil no ha sido

* Professor of Law, IE Law School.

Una versión más extensa de este artículo (en inglés) está disponible en MARCOS (2013), de libre acceso como WP IE Law School AJ8-202 (junio 2013). Este trabajo se enmarca en el proyecto Comparative Competition Law Private Enforcement and Collective Redress in the EU, financiado por el AHRC británico (véase www.clcpecreu.co.uk).

[1] GERBER (2001). Otra explicación de los motivos (ideológicos e institucionales) de la situación previa y de los recientes cambios en la aplicación de las normas de defensa de la competencia en la UE en WIGGER y NOLKE (2007: 487–505).

posible hasta hace poco tiempo, y ello ha dificultado las reclamaciones de daños por las víctimas de conductas anticompetitivas.

Este artículo pasa revista a la regulación de las reclamaciones de daños *antitrust* desde la Ley 110/63, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, hasta la actualidad (*infra* §1). El estudio de la evolución normativa en los últimos 50 años permite apreciar la progresiva apertura y extensión al orden civil de las reclamaciones fundadas en la infracción de las normas de defensa de la competencia. Lo anterior tiene mucho que ver con la incorporación de España a la CEE y con la aplicación y eficacia directa en nuestro país de las normas comunitarias (entre las que se incluyen las disposiciones de defensa de la competencia contenidas en el derecho originario).

El análisis de la regulación de la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia se complementa con un examen de todos los casos decididos por los tribunales del orden judicial civil (y mercantil) entre 1999 y 2012 en aplicación de las normas de defensa de la competencia (*infra* §2). Finalmente, tras pasar revista someramente a los resultados que cabe extraer del análisis de la casuística judicial (*infra* §3), se consideran algunas cuestiones suscitadas por la experiencia española que se han demostrado cruciales hasta la fecha y que pueden ser útiles de cara a la posible regulación comunitaria en esta materia (*infra* §4).

2. La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España

Aunque la Ley 110/63 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPC)[2] estableció por primera vez en nuestro país un régimen detallado para luchar contra las prácticas anticompetitivas, su aplicación (que exigía una decisión del Gobierno para la imposición de sanciones) fue prácticamente inexistente. Esta norma instituía una autoridad especializada para la aplicación de las normas de defensa de la competencia (a la sazón el TDC), y preveía que las víctimas de las prácticas anticompetitivas pudieran reclamar los daños sufridos cuando la decisión del TDC fuera firme («Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal.»)[3]. Sin embargo, ante la falta de actuaciones y decisiones relevantes del TDC durante la vigencia de la LRPRC[4], no se verificaron reclamaciones de daños en la jurisdicción civil[5].

En la práctica, la aplicación efectiva de las normas de defensa de la competencia se inició con el acceso de España a la Comunidad Económica Europea en 1985, que suponía la eficacia directa de las disposiciones del Tratado en materia de competencia[6], y con la adopción en 1989 de una nueva Ley de Defensa de la Competencia[7].

[2] BOE 175 de 23 de julio de 1963, pp. 11.144–11.152.

[3] Artículo 6 de la LRPRC. Podían transcurrir fácilmente 15 años hasta que el demandante obtuviera una sentencia firme que indemnizara los daños provocados por una violación de las normas de defensa de la competencia, véase STS de 6 de mayo de 1985 (secc. 1) *D. Antonio Q. J. v. Cristalería Industrial et al.* [decidiendo sobre el daño causado al demandante por un acuerdo de fijación de precios de los fabricantes de cristal celebrado en agosto de 1970, que forzó al demandante a cerrar su empresa en 1971, cuando la decisión final del TDC fue adoptada en junio de 1977], publicada en La Ley, 1985–4, 251–258, y comentada por AREÁN (1985). De hecho, incluso la declaración de nulidad de los acuerdos y decisiones anticompetitivas (que establecía el artículo 1.1 de la LRPRC) se reservaba al TDC (que de hecho era considerado un órgano cuasi-judicial), véanse FERNÁNDEZ (1971: 257–258) y GARRIGUES (1964: 98).

[4] Véase BORRELL (1998) para una explicación de cómo la LRPRC fue un trasplante foráneo y un instrumento normativo sin precedente doméstico, que devino completamente ineficaz.

[5] Hubo un caso, sin embargo, en el que los tribunales declararon nulo el acuerdo conjunto de almacenamiento y distribución mayorista de aceite mineral y petróleo de los agentes de Campsa en Vizcaya, véase STS de 31 de septiembre de 1979, *Pilar U.C. et al v. Julio R.V. y G.* (FJ3 y 4), aunque aparentemente había habido una previa decisión del TDC sobre el particular.

[6] DOUE C326 de 26 de octubre de 2012, pp. 47–390

[7] Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 170 de 18 de julio de 1989, pp. 22.747–22.753).

Durante la vigencia de la Ley de 1989 la aplicación administrativa fue el principal mecanismo de aplicación de las normas de competencia. Entonces se impusieron por el TDC las primeras multas sancionadoras de conductas anticompetitivas de los operadores en el mercado, aunque muchas de ellas fueron revisadas por los tribunales en relación con el importe de la multa impuesta[8].

Hasta 2007 la aplicación privada del derecho nacional de la competencia solo era posible a continuación de la decisión firme del TDC («La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles», normalmente muchos años después de que la resolución del TDC había sido adoptada[9]). De acuerdo con esta norma, las reclamaciones de daños independientes o «aisladas» (*stand-alone*), que no siguieran una previa decisión de las autoridades de competencia, no eran factibles. Ello suponía un obstáculo y un retraso significativos a cualquier demanda de indemnización por las víctimas de conductas anticompetitivas prohibidas por la Ley 16/1989[10]. Por ello, no es de extrañar que, bajo la vigencia de la Ley 16/1989, el número de reclamaciones de daños interpuestas con fundamento en el derecho nacional de defensa de la competencia fuera muy bajo[11].

Quizás por ello, a la sazón muchas de las primeras reclamaciones exitosas de daños por infracción de las normas nacionales de competencia se fundamentaron en la Ley de Competencia Desleal de 1991, que condena como acto de competencia desleal las conductas empresariales realizadas con infracción de la regulación del mercado (como ocurre con las que violan las normas de defensa de la competencia)[12]. Las acciones de competencia desleal se utilizaban como un cauce para reclamar los daños provocados por el comportamiento empresarial anticompetitivo, bien como único fundamento o como complemento de una acción fundada en la infracción de la legislación de defensa de la competencia en la que se reclamaba también el cese de la conducta[13].

Al mismo tiempo, aunque la aplicación judicial de las disposiciones de defensa de la competencia del Tra-

[8] Véase MARCOS (2007: 155–156).

[9] Artículo 13.2. La exigencia de una decisión firme del TDC antes de que se interpusiera una reclamación civil de daños resultaba incoherente con la afirmación por el artículo 1.2 de la Ley de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos (¿Si los tribunales civiles pueden decidir esto ultimo por qué no lo son para tomar decisiones sobre la posible indemnización para compensar el daño derivado de dichos acuerdos?).

[10] Véanse OECD (2001: 18), CREUS (1999: 55–56) y GUTIÉRREZ y MARTÍNEZ (2002: 53). Se argumentaba, no obstante, que la nulidad e invalidez de los acuerdos y contratos anticompetitivos podrían, incidentalmente, ser declaradas por los tribunales civiles sin ninguna decisión administrativa previa, véanse COSTAS (2000: 237 y 243–244), GUTIÉRREZ y MARTÍNEZ, (2002: 48), MEDRANO (2000: 18–19 y 20–23), MORENO-TAPIA, LÓPEZ y FERNÁNDEZ (2005: 174–179) y SANTOS y TURNER-KERR (2006: 43).

[11] Excluyendo los pronunciamientos judiciales en los que la referencia al derecho de defensa de la competencia tenía carácter tangencial, la aplicación judicial del derecho nacional de la competencia ascendía a menos de media docena de sentencias del Tribunal Supremo y dos sentencias de las audiencias provinciales sobre reclamaciones *follow-on*. Véase la información facilitada en el informe nacional correspondiente a España (pp. 35–40) que acompaña al *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report* (D. WAELBROECK, D. SLATER y G. EVEN-SHOSHAN), Bruselas 2004.

[12] Artículo 15.2. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 10 de 11 de enero de 1991, pp. 959–962). Véase FERNÁNDEZ (1998: 227–228; 2001A: 131 y 142–143). Entre los primeros casos de este tipo, véase SAP de Burgos (Sec. 2) de 26 de julio de 2002 (*Rafael L.E. v. Ascensores Rycam, S.L. et al.* (que, curiosamente, era una reclamación que seguía la resolución firme del TDC en 1991), comentada por DÍEZ (2011: 220). Véase también SAP de Gerona de 16 de abril de 2002, *Eléctrica Curós v. Hidroeléctrica de L'Emporda,* en la que en apelación se decidió por aplicación directa del artículo 2 de la Ley 19/1989 (aunque la sentencia en primera instancia y la demanda se fundaban en la LCD).

[13] La interrelación entre defensa de la competencia y competencia desleal se observa con claridad en una reciente sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, nº 56/2010, de 24 de febrero de 2010 (*Sedifa, S.L. y Grufarma, S.L. v. Novartis Farmacéutica, S.A., Astrazeneca Farmaceútica Spain, S.A.; Boheringer Ingelhem España, S.A., Sanofi-Aventis, S.A. y Janssen-Cilag, S.A.*). La reclamación es posterior a una denuncia sin éxito ante la CNC (archivada por resolución de 25 de septiembre de 2008, S/0030/2007, *Laboratorios Farmacéuticos*) y emplea entre los fundamentos de la acción de indemnización de daños la infracción de la legislación de defensa de la competencia (tanto el artículo 1 como el 2 de la Ley 15/2007) por las compañías farmacéuticas, y también fue rechazada por el juez.

tado CEE debería haber estado disponible por la eficacia directa del Derecho comunitario originario[14], una confusa decisión del Tribunal Supremo, en 1993, (caso Campsa)[15] imposibilitó las reclamaciones de daños fundadas en las normas europeas de defensa de la competencia hasta que otra sentencia del Tribunal Supremo en 2000 declaró la competencia de la jurisdicción civil en estos casos (caso DISA[16]). Después del Reglamento UE 1/2003[17], los tribunales nacionales «son competentes para aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado» (artículo 6) y los Estados miembros deben remitir una copia de esas sentencias a la Comisión Europea (artículo 15.2).

Adicionalmente, en 2004 la nueva legislación concursal creó los juzgados de lo mercantil[18], con competencia para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE [artículo 86 ter.2.f) de la LOPJ][19]. Por otra parte, en lo que atañe al Derecho nacional de defensa de la competencia, la exigencia de una previa decisión firme del TDC para que los tribunales pudieran pronunciarse sobre las eventuales reclamaciones de daños y perjuicios fue eliminada en la nueva Ley de Defensa de la Competencia de 2007. De hecho, la nueva legislación incluye un reconocimiento expreso de la competencia judicial para decidir aquellos casos en los que una violación de la legislación de competencia fuera alegada por las partes[20].

3. La casuística judicial

La tradicional inclinación hacia la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia y algunas deficiencias en el marco normativo (que ya han sido apuntadas), hacen que sean frecuentes las referencias al «subdesarrollo» de la aplicación judicial (privada) en España[21]. Ocasionalmente se alude también, en cierta manera, a la pobre calidad de los pronunciamientos judiciales en la materia[22]. Sin embargo, esas valoraciones

[14] STJUE de 30 de enero de 1974, *Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM* (127/73) [1974] E.C.R. 51.

[15] STS de 30 de diciembre de 1993, *Isidoro R.S.A. et al v. Campsa* (abuso de dominio por el principal distribuidor de carburante que supuestamente habría impuesto precios excesivos a los armadores de buques pesqueros, el TS rechazó la reclamación basándose en que no tenía potestad para aplicar las disposiciones de defensa de la competencia del TCEE ni la LRPRC). Sobre este controvertido caso véanse FERNÁNDEZ (1998: 233–236 y 2001A: 134–136), PETITBÓ y BERENGUER (1999:41–45) y MORENO-TAPIA y FERNÁNDEZ (2002: 193–195). El obstáculo jurisdiccional a las reclamaciones de daños en material de competencia se confirmó más tarde por las SSTS de 4 de noviembre de 1999, *UIP y Cia. v. Salsas Hermanos* (que anuló la SAP de 19 de octubre de 1994, que declaraba nulo el contrato entre UIP y SALSAS HERMANOS, aceptando —frente a la reclamación de UIP— la defensa de la demandada de que el contrato era nulo por anticompetitivo) y de 30 de noviembre de 1999 (*Catalonia Motor v. Nissan Motor Ibérica*). Para un comentario crítico de la sentencia en el caso UIP véase FERNÁNDEZ (2001B: 42–47 y 2001A: 137–141).

[16] Véase STS de 2 de junio de 2000, *José Carlos C.C. v. DISA y Prodalca.* Véanse también SSTS de 2 de Marzo de 2001, *Autolugo v. Mercedes Benz* y de 15 de marzo de 2001, *Gabai v. Petronor*. Para una reflexión sobre estos casos véanse BROKELMANN (2006: 545), COSTAS (2000:231–239 y 246–248), FERNÁNDEZ (2001A: 144-148), FOLGUERA y MARTÍNEZ (2010: 392), GUTIÉRREZ (2001), GUTIÉRREZ y MARTÍNEZ (2002: 42–43), MORENO-TAPIA y FERNÁNDEZ (2002: 196), ORTIZ (2011: 92–98), PRAT (2001: 283–295) y SANCHO (2009:6).

[17] 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 artículos 81 y 82 del Tratado (DO L1, de 4 de enero de 2003, pp. 1–25).

[18] Acerca de las circunstancias en las que fueron creados (y especialmente a sus facultades de aplicar el Reglamento 1/2003), véase FERNÁNDEZ (2004: 172–180)

[19] Véase BOE 164 de 10 de julio de 2003, pp. 26.901–26.905. Aunque la competencia para decidir los casos fundados en las disposiciones comunitarias se confería a los juzgados de lo mercantil —CASTRO-VILLACAÑAS, (2004: 8–10)— mientras que las reclamaciones fundadas en las normas domésticas de defensa de la competencia permanecía en los juzgados de lo civil, véase GONZÁLEZ (2008: 270–272).

[20] D. Adic. 1ª de la Ley Orgánica 13/2006 de 19 de noviembre (BOE 278 de 20 de noviembre de 2007, pp. 47.334–47.335) añadió a las competencias de los juzgados de lo mercantil la de decidir las reclamaciones de defensa de la competencia —basadas tanto en el derecho UE o en el doméstico—. Véase SORIANO (2008: 2) y TURNER-KERR, «The Spanish commercial Courts on the verge of being granted full competence to hear damages (March 2006 Draft Law)», *e-Competitions* 42.735.

[21] La valoraciones sobre el particular varían en su tono (y en el momento en que se producen, lo cual es relevante), pero un botón de muestra aparece en MORENO-TAPIA, LÓPEZ y FERNÁNDEZ (2005: 172): «la jurisprudencia española existente pone de manifiesto que los jueces españoles son excesivamente formalistas a la hora de aplicar el Derecho de la competencia, absteniéndose de acometer análisis apropiados»). De escasez o número anecdótico de casos hablan ÁLVAREZ y PÉREZ (2013: 219).

[22] Véase, por ejemplo, SANTOS y TURNER-KERR (2006: 46) quienes afirman que «todavía algunos jueces de lo mercantil carecen de la formación suficiente para aplicar correctamente el Derecho de la Competencia comunitario»). En particular, no es infrecuente considerar que existe una «barrera todavía insuperable, que es la mentalidad de los jueces a rechazar los razonamientos económicos complejos», DIEZ (2011: 228).

negativas no se suelen acompañar de un análisis de la praxis judicial existente, y se fundan en generalizaciones apresuradas, con alusiones a unos pocos casos.

Por ello, este artículo pretende examinar, de la manera más exhaustiva posible[23], la casuística judicial hasta la fecha sobre la utilización que los perjudicados por conductas prohibidas por la legislación de competencia (nacional y comunitaria) han realizado de las vías de reclamación previstas. Solo de esta manera puede valorarse la aplicación judicial del Derecho de defensa de la competencia en nuestro país.

En efecto, la recopilación y el análisis de los pronunciamientos judiciales en materia de competencia en España, permitirá evaluar con solidez y rigor el funcionamiento del sistema vigente y encontrarse en mejores condiciones para analizar los eventuales defectos y las posibles propuestas de reforma[24].

Metodología seguida en la recopilación de los casos

Como cualquier estudio de esta naturaleza, los casos recopilados excluyen aquellos conflictos que no llegan a los tribunales, también los que se cierran a través de transacción de las partes implicadas sin que medie intervención judicial. Obviamente, ello hace que deba matizarse el valor y la relevancia de los datos presentados, pues es indudable que existirá una proporción de controversias que, por diferentes motivos, no alcancen o concluyan en una resolución judicial del conflicto[25].

El propósito de este artículo es proporcionar un estudio, lo más exhaustivo posible, de los litigios fundados en la normativa de defensa de la competencia (nacional o comunitaria) ante la jurisdicción civil/mercantil en España hasta mediados de 2012[26]. Para ello se han utilizado las distintas bases de datos disponibles[27], comprobando los resultados encontrados con el listado proporcionado por la Comisión Europea de acuerdo con el artículo 15.2 del Reglamento UE 1/2003 (http://ec.europa.eu/competition/elojade/*antitrust*/nationalcourts/?ms_code=esp), y atendiendo a las distintas referencias en la literatura relevante en esta materia, lo cual permite garantizar la exhaustividad de la muestra de los casos registrados de aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia en España[28].

Como se ha apuntado anteriormente, y como suele ocurrir en esta clase de estudios, no se hace referencia alguna a los casos cerrados mediante transacción o cuando la reclamación de daños estaba sujeta a

[23] Antes de este artículo y, obviamente, después del *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report* de 2004 ha habido trabajos que han examinado (de manera no exhaustiva) algunas de las reclamaciones de daños fundadas en infracciones del Derecho de la competencia, véanse SANTOS y TURNER-KERR (2006: 42–56) y RUÍZ, BAYO y COSTAS (2011:137–147).

[24] Como dice POSNER (2008: 211) «corresponde a los profesores de derecho presentar con claridad la actividad judicial haciendo explícito en los tratados, artículos e informes las reglas implícitas en las distintas líneas jurisprudenciales, identificando los casos excepcionales, explicando los fundamentos políticos de las decisiones y trazando el camino para la evolución en el futuro».

[25] PRIEST y KLEIN (1984: 1–4).

[26] Solo se registran los casos entre 1 de mayo de 1999 (antes de esta fecha solo consta que se produjeran nueve reclamaciones) y 1 de mayo de 2012, aunque este trabajo pueda realizar referencias a otros casos (anteriores y posteriores a ese período) cuando sea relevante para ilustrar la situación y el contexto de las reclamaciones privadas de daños en España.

[27] Para identificarlos se han utilizado las bases de datos del CGPJ (http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp), la de Thomson Reuters-Westlaw (Aranzadi) (http://www.westlaw.es), la de La Ley Digital (Wolters Kluwer) (http://laleydigital.laley.es) y la de El Derecho (Francis Lefevre) (http://ww.elderecho.com) en las que se realizaron búsquedas de los pronunciamientos judiciales que contuvieran diversas expresiones («defensa de la competencia», «cártel», «restricción de la competencia», «acuerdo anticompetitivo», «práctica anticompetitiva» y «posición dominante») o en los que se hiciera referencia a la normativa de defensa de la competencia (LDC y TFUE). La muestra recoge todos los pronunciamientos del Tribunal Supremo, pero no puede decirse lo mismo a nivel de audiencias provinciales y tribunales de primera instancia (civiles o mercantiles), ya que algunos pueden no haberse incorporado en las bases de datos disponibles (particularmente los menos recientes).

[28] Sin embargo, pueden existir casos no contenidos en las bases de datos que, pese a su potencial interés, dadas las dificultades de localización, no se encuentran en la muestra. Dos de ellos son mencionados por el juez ARRIBAS (2012: 188) y conciernen a una reclamación fundada en los artículos 101 y 102 del TFUE del Atlético de Madrid contra la FIFA, y otra basada en el artículo 102 del TFUE de un productor de un canal de TV (Intereconomía) contra la plataforma SOGECABLE por la negativa a renovar el contrato de retransmisión en la plataforma del citado canal.

arbitraje, dado que no hay evidencia pública sobre ellos[29].

Construcción de la muestra

A los efectos de este trabajo[30], y para la incorporación a la muestra, un caso de aplicación privada de la legislación de defensa de la competencia se identifica como tal cuando se produce una reclamación privada fundada en la normativa de defensa de la competencia frente a un tribunal (sea una acción declarativa, compensatoria, de medidas cautelares o de defensa). Cuando la misma disputa se ha resuelto a distintos niveles de la jurisdicción civil/mercantil a lo largo del período 1999/2012, solo la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional superior se computa y considera a los efectos de la muestra.

Adicionalmente, solo se consideran los casos en los que el Derecho de defensa de la competencia sirve como fundamento legal de la demanda y, por ello, la muestra excluye muchos casos en los que el Derecho de defensa de la competencia (sea europeo, sea nacional) se menciona de manera colateral o accesoria —en ocasiones sin aparente propósito (o con fines meramente ilustrativos)— pero no se emplea en la argumentación legal[31]. Del mismo modo, se excluyen los casos resueltos conforme al Derecho derivado de la UE en materia de competencia (las distintas exenciones en bloque) pero sin referencia alguna a las prohibiciones contenidas en el TFUE[32].

Después, los casos se han clasificado de acuerdo con el específico fundamento normativo utilizado (UE o nacional, conductas unilaterales o plurilaterales), las reclamaciones realizadas y los remedios solicitados, su grado de éxito, si se trata de acciones aisladas o son acciones a resultas de una aplicación pública previa (tras una decisión sancionatoria de la autoridad de la competencia) y el nivel jurisdiccional alcanzado (primera instancia, apelación o casación)[33].

4. Análisis de la casuística judicial

La muestra recoge un total de 323 casos[34]. La mayoría de ellos son reclamaciones aisladas o independientes (i.e., las acciones *stand-alone* son el 94 por 100), mientras que solo 18 de las reclamaciones fueron a resultas del pronunciamiento previo de las autoridades de competencia (dos de ellas relacionadas con un cártel). Las acciones *follow-on* se refieren tanto a restricciones plurilaterales de la competencia (8/18) como a abusos de posición dominante (8/18). Como era de esperar, en comparación con las reclamaciones aisladas, la mayoría de las acciones *follow-on* tienen éxito (66,7 por 100, 12 de las 18).

En términos generales, la probabilidad de éxito de una reclamación privada fundada en el Derecho de la competencia es bastante modesta, pues este tipo de acciones fracasan en el 73 por 100 de los casos.

---

[29] Véase, no obstante, CALLOL (2010:393) aludiendo a un acuerdo transaccional entre Telefónica y Jazztel, y a otro respecto de la reclamación de Endesa contra Iberdrola en 2005. En otras jurisdicciones, la actividad transaccional de las reclamaciones privadas de daños *antitrust* se han estudiado, véase RODGER (2008).

[30] Se sigue la metodología y las pautas de RODGER (2014: Capítulo 3).

[31] Véase, por ejemplo, SAP Baleares de 27 de junio de 1994, que en un conflicto de derecho marcario y de competencia desleal menciona de pasada y sin mucha relación con la disputa en cuestión, el efecto directo de los artículos 101 y 102 del TFUE.

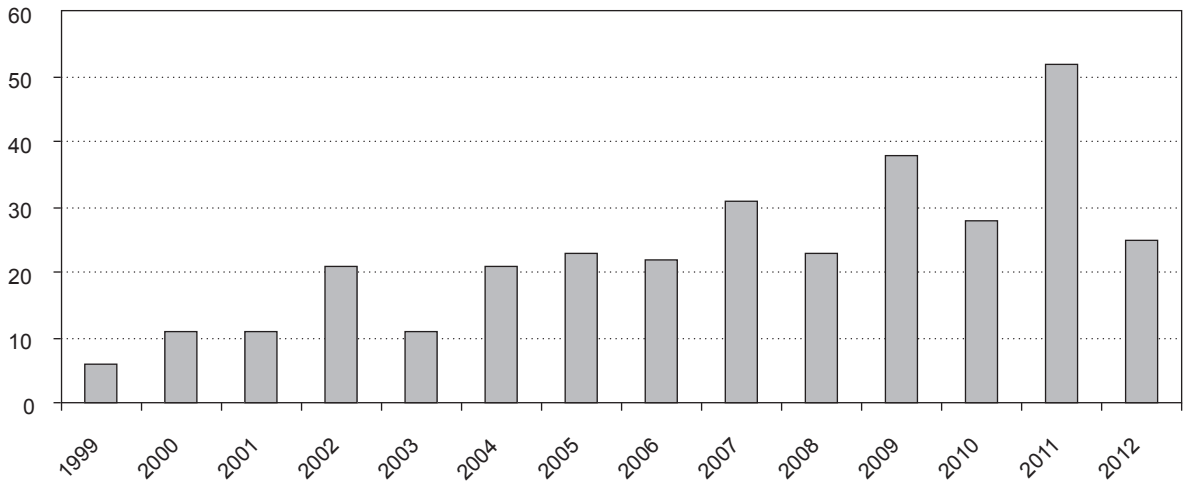
[32] Por citar solo las decisiones del TS, véanse SSTS de 2 de marzo de 2002, *Autolugo v. Mercedes Benz*; 11 de diciembre de 2002, *Angulo Saiz v. Repsol*; de 7 de noviembre de 2003, *Shell v. E.S. La Guancha*; de 26 de marzo de 2004, *Repsol v. Iruraín*; de 17 de octubre de 2005, *BP c. Cerdeña*; de 5 de noviembre de 2005, *Sáenz de Miera v. Repsol y Petronor*; de 16 de octubre de 2006, *Promaviso v. Cepsa* y de 20 de diciembre de 2007, *Calaf v. Cepsa*.

[33] Como se indicaba anteriormente, los casos se identificaron y clasificaron como tales considerando el órgano jurisdiccional más elevado alcanzado y, por tanto, en la práctica un caso puede haber supuesto diversos pronunciamientos judiciales (en la mayoría de los casos tres cuando el conflicto llega al Tribunal Supremo) aunque solo un caso o reclamación existe a efectos de este trabajo (representado por este ultimo pronunciamiento). Una aproximación diferente (que cuenta un caso por cada decisión, con lo que el hipotético tamaño de la muestra se multiplicaría) se sigue por RUÍZ, BAYO y COSTAS (2011: 138) y ÁLVAREZ y PÉREZ (2013: 197).

[34] El listado completo de los casos y su clasificación con arreglo a los parámetros aquí recogidos puede consultarse en los anexos I y II de MARCOS (2013: 183–208).

GRÁFICO 1

NÚMERO DE CASOS



FUENTE: MARCOS, 2013.

La mayoría de los casos recogidos en la muestra analizada (alrededor del 68 por 100) se refieren a restricciones multilaterales de la competencia (fundadas en el artículo 101 del TFUE o en el artículo 1 de la LDC), mientras que las reclamaciones privadas por abusos de dominio (artículo 102 del TFUE o equivalente nacional) son el 24 por 100, alegándose en el resto de los casos una combinación de preceptos. La probabilidad de éxito es mayor para las reclamaciones por abuso de dominio (37,2 por 100), que por restricciones multilaterales de la competencia (24,2 por 100) o en el resto de los casos (14 por 100).

El 66,25 por 100 de las reclamaciones privadas fundadas en la normativa de defensa de la competencia se han decidido por las Audiencias Provinciales, estando algunas de ellas aún pendientes del pronunciamiento final del Tribunal Supremo, que hasta la fecha ha decidido el 24,5 por 100 de los casos. Más de la mitad de los casos en la muestra recogida en este artículo se han resuelto en los últimos cuatro años, la inmensa mayoría en 2011[35] (Gráfico 1).

En 105 casos la normativa de competencia se utiliza como «escudo», el demandado la emplea como defensa, argumentando que la pretensión del demandante se funda en una relación contractual nula por contravenir la normativa de defensa de la competencia[36]. Adicionalmente, 13 casos se refieren a medidas cautelares basadas en la normativa *antitrust* (triunfando cinco de ellas).

Como ya se ha apuntado anteriormente, solo el 27 por 100 de las reclamaciones privadas tuvieron éxito total o parcial (85 de 323). Sin embargo, las probabi-

[35] Sin embargo, desde mayo de 2012, y no incluidos en la muestra, se han producido otras 16 decisiones del TS y otras 13 de las Audiencias Provinciales (aunque 12 de esos 29 casos se refieren a conflictos que ya estaban registrados en la muestra en los tribunales inferiores).

[36] El Reglamento 1/2003 ha provocado un claro incremento en los potenciales usos defensivos del artículo 101 del TFUE, véase WILS (2005: 10).

lidades de éxito son mayores en los casos en los que el Derecho de la Competencia se utiliza como argumento de «defensa» (34,1 por 100) que en los que se utiliza como argumento de «ataque» (24,1 por 100).

Casi todos los casos recogidos en la muestra se refieren a reclamaciones entre empresas (B2B), y solo uno de los 323 casos fue una reclamación de consumidores frente a una empresa (Ausbanc v. Telefónica), que fracasó en el inicio de su tramitación judicial.

La mayoría de las reclamaciones se refieren a disputas contractuales en relaciones verticales entre empresas en las que el argumento de defensa de la competencia se plantea (por el demandante o por el demandado) como causa de nulidad del contrato y/o fundamento de una reclamación de daños.

Adicionalmente, sobre todo durante los primeros años en los que estas reclamaciones fueron posibles, los casos registrados revelan una constante confusión entre defensa de la competencia y competencia desleal[37]. Ocasionalmente la confusión incluye también la regulación de las cláusulas contractuales predispuestas y las condiciones generales de la contratación, reflejando alguna vez un preocupante uso (incorrecto) de la terminología por jueces y abogados.

Un análisis detallado de los casos contenidos en la muestra por sectores o áreas industriales excede del propósito de este trabajo (véase la división en el Gráfico 2[38]), baste con apuntar que la mayoría de los casos se refieren a litigios entre estaciones gasolineras y sus proveedores (49 por 100[39]). Disputas sobre contratos de distribución en otros sectores (pan, cerveza, prensa, medicamentos, automóviles, películas, etcétera) suman el 10 por 100 de la muestra, y reclamaciones ante entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual fundadas en la normativa de defensa de la competencia (normalmente abuso de dominio utilizado como defensa) alcanzan el 11 por 100.

5. Cuestiones suscitadas por la experiencia española

Los casuística judicial en materia de aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en el período analizado plantea algunas cuestiones jurídicas relevantes. Un análisis detallado por sectores revelaría problemáticas propias de cada sector industrial (inspiradas tanto en razones estratégicas, como estrictamente legales) y excede del propósito de este artículo. Sin embargo, hay una serie de cuestiones comunes, que subyacen en todos los casos, en las que parece oportuno detenerse.

Sobre todo, debe subrayarse que la experiencia hasta la fecha demuestra que la pretensión fundada en el Derecho de defensa de la competencia suele ser complementaria o secundaria de otra argumentación jurídica (principalmente de índole contractual), tanto cuando se utiliza como argumento de ataque como de defensa. Aparentemente, los abogados han incorporado con normalidad el Derecho de defensa de la competencia como un soporte adicional del que servirse a la hora de plantear sus litigios: desde 2004 más de 20 casos por año se han resuelto con fundamento *antitrust*, y esa cifra se ha duplicado en 2011 y 2012. Es cierto que la argumentación fundada en el Derecho de defensa de la competencia se inspira ocasionalmente en cuestiones estratégicas, pero generalmente los jueces y tribunales españoles han resuelto con conocimiento y pragmatismo los problemas *antitrust* que las partes les han planteado, detectando las utilizaciones meramente estratégicas y la construcción de pretensiones artificiales con ese fundamento[40].

Adicionalmente, aunque la compensación de daños y perjuicios se reclame en muchos casos, las decisio-

[37] Véase un ejemplo en la STS de 27 de julio de 2003, *AEPRV v. Guinea Simó* (RJ 2003\6060).

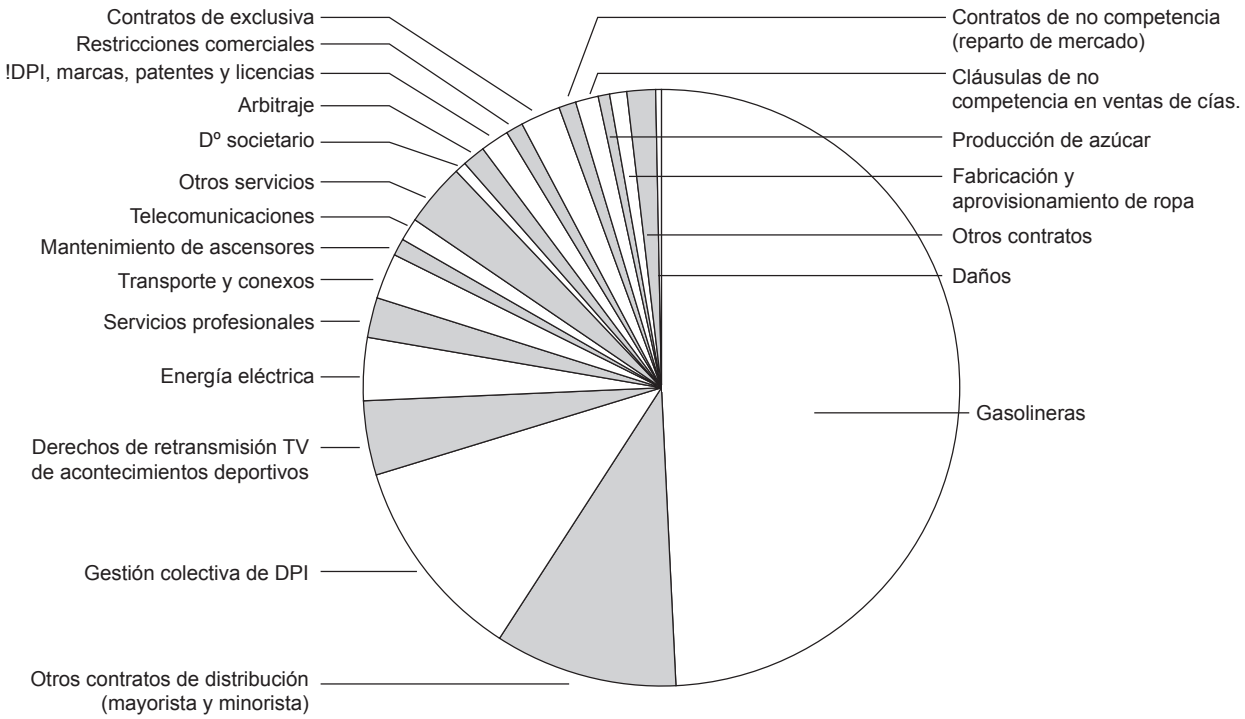
[38] Véase MARCOS (2013:171-179).

[39] De hecho la doctrina habla de la «saga de las gasolineras», ORDÓÑEZ (2011: 22-24), aunque parezca más bien una «epidemia».

[40] Refiriéndose a los Estados Unidos de Norteamérica, POSNER (2008:376-377) ha considerado que «la evolución del derecho de defensa de la competencia revela el triunfo del pragmatismo».

GRÁFICO 2

LITIGIOS POR SECTORES



FUENTE: MARCOS, 2013.

nes judiciales indemnizatorias son infrecuentes, cuando la reclamación *antitrust* triunfa normalmente los jueces dictan una resolución declarativa (del carácter anticompetitivo de la conducta enjuiciada y de la nulidad de un contrato).

Por otro lado, aparte de estas cuestiones generales, la experiencia española en la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia suscita cuatro cuestiones más específicas, a las que nos referimos a continuación: la relación de las reclamaciones privadas con las decisiones administrativas (especialmente en el caso de las acciones *follow-on*, a resultas de un pronunciamiento previo de las autoridades de competencia, o en el caso de reclamaciones privadas paralelas) (*infra* §4.1); la utilización del análisis económico por los jueces (*infra* §4.2); el plazo de prescripción de las reclamaciones privadas (*infra* §4.3) y la llamativa ausencia de reclamaciones colectivas de los consumidores (*infra* §4.4).

La relación de las reclamaciones privadas con las decisiones administrativas previas

Las decisiones administrativas de las autoridades de defensa de la competencia pueden utilizarse por las partes en la construcción de su reclamación priva-

da fundada en la violación de las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, esas decisiones administrativas no son vinculantes en los tribunales civiles o mercantiles.

Por ello, ocasionalmente puede evidenciarse cierta falta de coordinación entre la aplicación pública y la aplicación privada por los tribunales civiles/mercantiles[41]. Aunque estos últimos suelen seguir y respetar las decisiones previas de las autoridades administrativas de defensa de la competencia[42], legalmente no están vinculados por sus decisiones; esto último solo ocurre con las decisiones de la Comisión Europea (en aplicación del derecho UE[43]).

La utilización del análisis económico por los tribunales

El cálculo de la indemnización de daños fundados en la violación de las normas de defensa de la competencia puede exigir la realización de complejos análisis económicos. En esas situaciones, el análisis económico será útil para calcular y proporcionar pruebas del daño causado. Está previsto que los tribunales puedan requerir la ayuda de las autoridades de competencia con tal propósito[44].

De hecho, en algunos de los casos contenidos en la muestra aquí examinada el análisis económico se ha demostrado relevante para la construcción de la reclamación de daños. Así, por ejemplo, las reclamaciones de daños a resultas de la sanción por el TDC en 1999 al cártel de los productores de azúcar implicaron una estimación económica de los daños causados[45].

Igualmente, un curioso caso sobre el cálculo de daños se produjo en el caso Conduit, en el que esta compañía reclamaba los beneficios perdidos debido al abuso por Telefónica de su posición dominante. Aunque el tribunal aceptó la argumentación económica de Conduit sobre el impacto negativo en la calidad de sus servicios como consecuencia de la conducta abusiva de Telefónica, no aceptó que todo lo que Conduit reclamaba se hubiera debido a la conducta abusiva, apuntando que otros posibles factores podrían haber estado presentes y, consecuentemente, no otorgó ninguna indemnización por esas pérdidas[46].

El régimen de prescripción de las acciones

Una de las cuestiones a decidir en algunos casos ha sido si la reclamación de daños se fundaba en la responsabilidad contractual o extracontractual del infractor. Así, por ejemplo, aunque algunos reclamantes (y los tribunales inferiores) en las acciones de daños y perjuicios a resultas del cártel del azúcar consideraron que la reclamación se fundamentaba en la responsabilidad contractual de los productores de azúcar[47], el Tribunal Supremo concluyó que las reclamaciones de daños por las con-

[41] Véase DÍEZ-PICAZO (2008: 55-56). De otro lado, en su ánimo de «embridar la eventual diversidad interpretativa», inicialmente COLOMER (2008:461-463) otorga una preferencia a la valoración y decisión de la CNC —que tendría eficacia sobre los tribunales civiles— pero luego regresa al planteamiento ortodoxo de que las «resoluciones administrativas que no pueden condicionar obligatoriamente la decisión judicial».

[42] Véanse BROKELMANN (2007: 65) y FOLGUERA y MARTÍNEZ (2010: 402).

[43] Véase artículo 16 del Reglamento UE 1/2003, antes de esta norma véanse STJUE de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd. V. HB Ice Cream, Ltd.*, C-344/98, (2000) ECR I-11369 (51 y 56-57) y de 28 de febrero de 1991, C-234/89, *Delimitis v. Henninger Braeu*, (1991) ECR-935 (47). PÁSSAS y PÉREZ (2008: 276) abogan por una misma solución respecto del derecho doméstico y las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia (aunque la extensión de la solución europea a nivel nacional puede ser problemática, como ellos mismos reconocen en la nota 356). Como es sabido, la reciente propuesta de Directiva en materia de reclamaciones de daños va en la misma dirección (véase artículo 9).

[44] Véase artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que introdujo la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Defensa de la Competencia) el artículo 15.c) de la Ley 15/2007 y el artículo 15 del Reglamento UE 1/2003. Aparentemente, estos mecanismos se han utilizado de manera ocasional y son valorados positivamente por los jueces, véase MARTORELL (2008:102).

[45] Véase DELGADO y PÉREZ-ASENJO (2011: 509) «la indemnización fue calculada como la proporción del incremento del precio que no correspondía con la subida de los costes de los cartelistas».

[46] Véase HITCHINGS (2008: 171–175). Para una completa y detallada explicación de cómo se calcularon los beneficios perdidos (a cargo de los peritos encargados por el demandante en el caso) véase MARTÍNEZ-GRANADO y SIOTIS (2010).

[47] Véase, a raíz del pronunciamiento del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Valladolid de 20 de junio de 2009, BELLO (2010).

ductas anticompetitivas eran de índole extracontractual; debiendo seguir lógicamente el régimen de prescripción de este tipo de acciones[48]. De este modo, como cualesquiera otras reclamaciones de daños basadas en la responsabilidad extracontractual prescriben al año desde que la víctima fue consciente del daño (art. 1968.2º CC) o desde que pudieron ejercitarse (art. 1969 CC[49]).

La ausencia de reclamaciones (colectivas) de consumidores

Solo uno de los casos recogidos en la muestra es una reclamación de consumidores (una acción colectiva contra Telefónica). La asociación de consumidores y usuarios Ausbanc inició una acción colectiva, en representación de los titulares de líneas ADSL en España, solicitando una compensación de 458.000.000 de euros en concepto de daños y perjuicios por el abuso de dominio cometido por Telefónica mediante el estrechamiento de márgenes a sus rivales en el mercado minorista de banda ancha, conducta que había sido sancionada por la Comisión Europea[50]. El pasado mes de septiembre, Telefónica consiguió definitivamente frenar la reclamación alegando la falta de legitimación activa de Ausbanc[51].

Aunque desde el año 2000 la legislación procesal española proporciona diversos cauces a través de los que es posible iniciar acciones judiciales colectivas o de grupo en aquellos casos en los que varias víctimas se vean afectadas por una acción anticompetitiva (agrupación de acciones y acciones colectivas[52]), estas vías de acción no se han utilizado hasta la fecha para interponer reclamaciones de daños fundadas en la violación del derecho *antitrust*[53].

Al margen de la simple agrupación de acciones individuales, las acciones representativas de intereses colectivos y difusos están previstas en el Derecho español: las asociaciones y los grupos de los afectados o a los que se hubiera encomendado la defensa de los intereses colectivos tienen legitimación activa[54]. La regulación procesal española diferencia los casos en los que estos litigios se inician por quienes han sido directamente afectados por el evento dañoso y pueden ser fácilmente identificados, de aquellos supuestos en los que las víctimas no pueden ser identificadas.

En el primer caso, cuando las víctimas puedan ser fácilmente identificadas, son posibles las reclamaciones de grupos de víctimas o reclamaciones de entidades de representación de los consumidores que estén autorizadas y legalmente reconocidas[55].

En el segundo caso, cuando las víctimas no puedan determinarse o identificarse fácilmente, solo serán posibles las acciones a cargo de asociaciones de consumidores y usuarios legalmente autorizadas y que sean representativas[56]. En ambos casos, la regulación procesal proporciona distintos mecanismos en el procedimiento para la incorporación al proceso (*opt-in*) de las víctimas que se quieran sumar a la acción colectiva[57].

---

[48] Véase FJ2 de la STS de 8 de junio de 2012 («a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual —a las que los anglosajones se refieren como "*the law of contract*" y "*the law of torts*" —, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda»).

[49] La determinación del *dies ad quem* puede ser problemática, véanse OIS y JIMÉNEZ (2009: 269-2) y MASÍA y JIMÉNEZ (2012: 341–345), aunque el TS ha clarificado en parte la cuestión en su sentencia de 4 de septiembre de 2003, *Céntrica v. Iberdrola.*

[50] Véase Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007 (COMP/38.784-*Wanadoo v. Telefónica,* DO C-83/2008, de 06.04.2008, pp. 6-11), confirmada por STG de 29 de marzo de 2012. Se hacen eco del caso COOK (2008: 14) y MUÑIZ, ARANA y FERNÁNDEZ, (2012: 14 y 21).

[51] Auto de la AP de Madrid (Sección 28) 139/2013, de 30 de septiembre de 2013, *Ausbanc v. Telefónica*. El procedimiento se seguía ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, que ordenó la suspensión del procedimiento hasta que el Tribunal General decidiera sobre el recurso contra la Decisión de la Comisión. Esta suspensión fue revocada por la AP de Madrid (Sección 28) mediante Auto 144/2009 de 21 de julio de 2009.

[52] En general, véase GÓMEZ y GILI (2008), que estudian también las acciones colectivas y de grupo de protección de consumidores, competencia desleal, condiciones generales de la contratación y responsabilidad por productos defectuosos.

[53] Véanse CALLOL (2010: 386–387) y FOLGUERA y MARTÍNEZ (2010: 411).

[54] Art. 7.3 de la LOPJ 6/1985 (BOE 157 de 2 de julio de 1985, pp. 20.612–20.678).

[55] Arts 6.7 y 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (BOE 7 de 8 de enero de 2000, pp. 575–728) en este caso es preciso que el grupo que tiene que sumar sume la mayoría de los afectados.

[56] Art. 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

[57] Véase art. 15 de la de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El tribunal facilitará al grupo inicial de reclamantes la identificación de

A pesar de los cauces descritos, que aparentemente han demostrado cierta eficacia para elevar el número de reclamaciones colectivas en otras materias (principalmente en litigios sobre condiciones abusivas de la contratación[58]), las acciones colectivas de daños *antitrust* siguen siendo terreno inexplorado[59].

En efecto, aunque teóricamente las acciones colectivas por asociaciones representativas basadas en infracciones de la normativa de defensa de la competencia sean una alternativa plausible (la asociación ha de ser el principal impulsor de la reclamación)[60], la escasez de las mismas está probablemente relacionada con el reducido valor de las posibles reclamaciones en juego, difuminándose considerablemente el daño entre los consumidores, de modo que las víctimas sufren en proporciones minúsculas y demasiado alejadas respecto de la infracción cometida. Adicionalmente, esta ausencia de reclamaciones podría explicarse por la ignorancia de los consumidores y por la falta de conocimiento de la existencia de esta posibilidad[61]. Finalmente, tampoco debe desdeñarse que los costes que implican la construcción y gestión de una reclamación colectiva son considerables y ello puede hacer que la interposición de una reclamación sea virtualmente imposible[62].

6. Conclusión

La evidencia empírica sobre la aplicación privada del derecho de defensa de la competencia (UE y nacional) en España en los últimos 20 años muestra una evolución paralela, con un ligero retraso, al crecimiento en la aplicación pública de estas normas por las autoridades administrativas (TDC y CNC).

De los casos recogidos en la muestra que sirve de base a este artículo está claro que las reclamaciones privadas se han incorporado como un mecanismo de reparación más al catálogo de soluciones legalmente disponibles, especialmente en entornos contractuales.

No obstante, aunque el uso de las reclamaciones privadas claramente se ha multiplicado, son magros los resultados de relieve en la casuística existente hasta la fecha, en particular en lo que se refiere al éxito de las reclamaciones y, sobre todo, a las indemnizaciones concedidas por los daños y perjuicios causados. Solo unas pocas reclamaciones han conseguido recuperar indemnizaciones de cantidades modestas en comparación con las obtenidas en otras jurisdicciones.

Referencias bibliográficas

[1] ÁLVAREZ, M. y PÉREZ L. (2013): «La experiencia en la aplicación privada desde la aprobación de la Ley de Defensa de la competencia», *Anuario de la competencia 2011-2012*: pp. 193-222.

[2] AREÁN, M. (1985): «La indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho *antitrust*», *La Ley*, 1985-4: pp. 251-260.

[3] ARRIBAS, A. (2012): «¿Es eficaz la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España? El papel de los jueces de lo mercantil», en BENACCHIO, G.A. y CARPAGNANO M. (dirs.) *Il Private Enforcement del Diritto Comunitario della Concorrenza: Ruolo e Competenze dei Giudici Nazionali* (CEDAM Milán) pp. 181-191.

[4] ASHURST (2004): *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report* (D. WAELBROECK, D. SLATER y G. EVEN-SHOSHAN), Bruselas.

[5] BELLO, Mª P. (2010): «Una explicación sobre la posibilidad de alegar responsabilidad contractual en acciones de daños derivados de infracciones de la LDC: A Propósito del caso «Acor»», en GÓMEZ, J.A. y GARCÍA, A. (coord.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XX. I. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa* (M. Pons Madrid) pp. 265-270.

[6] BERENGUER, L. (2006): «A vueltas sobre el recurrente tema de la aplicación judicial del Derecho de la Competencia (valoración de las experiencias)», *Anuario de Derecho de la Competencia 2005*: pp. 19-62.

[7] BORRELL, J. R. (1998): «Spanish Competition Policy: a Case of Government's Response to Domestically Perceived Problems», *Antitrust Bulletin* 43: pp. 445-465.

potenciales reclamantes adicionales (art. 256.1). Véanse GÓMEZ y GILI (2008:12) y GUTIÉRREZ (2007: 9–12 y 14–15).

[58] Véase GÓMEZ y GILI (2008:12-28).

[59] Aunque algunos autores describen los sistemas de litigación y reparación colectiva como «uno de los más avanzados del mundo», PÁSSAS y PÉREZ (2008: 266 y 268) .

[60] Véase MARTORELL (2008: 104).

[61] Véase MARCOS (2012: 158–160).

[62] Véase GUTIÉRREZ (2007:18–19).

[8] BROKELMANN, H. (2006): «Enforcement of articles 81 and 82 EC under Regulation 1/2003. The case of Spain and Portugal», *World Competition* 29/4: pp. 535-554

[9] BROKELMANN, H. (2007): «La indemnización de daños y perjuicios», en MARTÍNEZ, S. y PETITBÓ, A., *El Derecho de la Competencia y los jueces* (F. Rafael del Pino Madrid): pp. 53-74.

[10] CALLOL, P. (2010): «*Spain»*, en FOER, A. A. y CUNEO J.W., *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* (E. Elgar Cheltenham) pp. 380-394.

[11] CASTRO-VILLACAÑAS, D. (2004): «La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil», *Boletín Económico del ICE* 2.818: pp. 3-14

[12] COLOMER, I. (2008): «La tutela judicial de la defensa de la competencia», en PAREJO, L. y PALOMAR, A. (dirs.), *Derecho de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (La Ley Las Rozas) pp. 37-615.

[13] COOK, C. J. (2008): «Private Enforcement of EU Competition Law in Member State Courts: Experience to Date and the Path Ahead», *Competition Policy International* 4/2: pp. 3-64.

[14] COSTAS, J. (2000): «En torno al sistema español de aplicación compartida del derecho de defensa de la competencia (Comentario a la STS de 2 de junio de 2000)», *Actas Derecho Industrial y derecho de autor (ADI)* 21: pp. 231-250.

[15] CREUS, A. (1999): «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia* 200: pp. 55-66.

[16] DELGADO, J. y PÉREZ-ASENJO, E. (2011): «Economic Evidence in Private-enforcement Competition Law in Spain»*, European Competition Law Review,* 32/10: pp 507-512 [publicado con ligeros cambios en castellano en VELASCO SAN PEDRO, L. *et al.* (dir.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, pp. 205-214, aunque la versión de ECLR es la que se cita aquí].

[17] DIEZ, F. (2011): «Resarcimiento de daños en la aplicación del Derecho *antitrust*: ¿La gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente», en VELASCO SAN PEDRO *et al.* (dir.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia* (Lex Nova Valladolid) pp. 215-228.

[18] DÍEZ-PICAZO, I. (2008): «*Sobre algunas dificultades para la llamada "aplicación privada" de las normas de competencia en España»*, en *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia* (Libro Marrón-C. Empresarios Madrid) pp. 53-74.

[19] FERNÁNDEZ RUÍZ, J.L. (1971): «La acción de resarcimiento de daños y perjuicios en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a J. Garrigues*, vol. II (Tecnos Madrid) pp. 241-265.

[20] FERNÁNDEZ, J. M. (1998): «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85 y 86 TCE y de las normas internas de Competencia», *Anuario de la Competencia 1997*: pp. 215-239.

[21] FERNÁNDEZ, J. M. (2001A): «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna y comunitaria sobre competencia en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Situación actual y perspectivas de futuro», *Anuario de la Competencia 2000*: pp. 125-156.

[22] FERNÁNDEZ, J. M. (2001B): «Órganos encargados de la aplicación del Derecho interno sobre la competencia (Comentario a la STS 908/1999, de 4 de noviembre de 1999)», *Gaceta Jurídica de la Competencia* 211: pp. 42-47.

[23] FERNÁNDEZ, J. M. (2004): «Los juzgados de lo mercantil ante el Derecho Comunitario de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2003*: pp. 157-184.

[24] FOLGUERA, J. y MARTÍNEZ B. (2010): «Spain: The Judicial Application of European Competition Law», en RODRÍGUEZ, G.R. y ORTÍZ, L. (ed.*), The judicial application of Competition Law. Proceedings of the FIDE XXIV Congress* (Madrid) vol I-2: pp. 391-429.

[25] GÓMEZ, F. y GILI, M. (2008): «Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union. Country report Spain», en EUROPEAN COMMISSION – DG SANCO , *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the EU, Final Repor*t.

[26] GONZÁLEZ, Mª J. (2008): «La aplicación privada de las normas de competencia en España y su regulación en la Ley 15/2007», *ADI* 28: pp. 257-276.

[27] GUTIERREZ, A. (2001): «La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000 y sus implicaciones para los contratos de suministro de carburantes entre compañías petroleras y estaciones de servicio», *Diario La Ley*, 23 de marzo de 2001, 5274.

[28] GUTIERREZ, A. y PEINADO, E. (2012): «Spain-Chapter 21», en KNABLE, I. (ed.), *The Private Competition Enforcement Review* (Law Business Research Londres) pp. 347-360

[29] GUTIÉRREZ, A. y MARTÍNEZ A. (2002): «Nuevas perspectivas en la aplicación de las normas de defensa de la competencia por la jurisdicción civil», *Actualidad Jurídica U&M* 1/2002: pp. 39-55 .

[30] GARRIGUES, J. (1964), *La defensa de la competencia mercantil* (SEP Madrid).

[31] HITCHINGS*,* P. *(2007): «The Conduit Case»,* en ORTÍZ, L. y ENTRENA, J. (eds.), *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*, vol. VII (Dykinson Madrid) pp. 157-176.

[32] MARCOS, F. (2007): «The Enforcement of Spanish *Antitrust* Law: A Critical Assessment of the Fines Setting Policy and of the Legal Framework for Private Enforcement Actions»,

en SATYANARAYANA, P. (ed.), *Antitrust Law- Emerging Trends* (Icfai U. Press Hyderabad) pp. 149-165.

[33] MARCOS, F. (2012): «¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una Mirada a la experiencia española», en G. A. BENACCHIO y M CARPAGNANO (eds.), *I Rimedi Civilistici agli illeciti anticoncorrenziali. Private Enforcement of Competition Law* (CEDAM, Milán) pp. 145-160.

[34] MARCOS, F. (2013): «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)». *Global Competition Litigation Review*, Issue 4, pp. 167-208.

[35] MARTÍNEZ-GRANADO, M. y SIOTIS, G. (2010): «Sabotaging Entry: An Estimation of Damages in Directory Enquiry service Market», *Review of Law y Economics* 6/1: pp. 1-57.

[36] MARTORELL, P. (2008): «Indemnización de daños y prejuicios por infracción de las normas de defensa de la competencia», en RUIZ, J.I. (dir.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia* (Tirant lo blanch Valencia) pp. 97-108.

[37] MASÍA, J. y JIMÉNEZ, J. (2012): «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España», *Gaceta Jurídica de la Competencia* 30: pp. 26-39.

[38] MEDRANO, S. (2000): «El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones», *Gaceta Jurídica de la competencia* 210: pp. 14-23.

[39] MORENO-TAPIA, I. y FERNÁNDEZ, C. (2002): «La judicialización del Derecho comunitario de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2001*, pp.189-206.

[40] MORENO-TAPIA, I.; LÓPEZ, E. y FERNÁNDEZ, C. (2005): «La eficiencia real del Derecho de la Competencia: La indemnización de los daños causados», en MARTÍNEZ, S. y PETITBÓ, A. (dir.), *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la UE* (F. Rafael del Pino Madrid) pp. 171-185.

[41] MUÑIZ, A.; ARANA, J. y FERNÁNDEZ, C. (2012): «Diez años de la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia en España», *Gaceta Jurídica de la Competencia* 29: pp. 11-22

[42] OECD (2001): *Regulatory Reform in Spain. The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, Paris.

[43] OIS, A. y JIMÉNEZ, J. (2009): «Cuestiones recientes de competencia y regulación alrededor de la actividad de comercialización de electricidad», en *2009 Anuario Mercantil para Abogados. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos* (La Ley Las Rozas) pp. 299-327.

[44] ORDÓÑEZ, D. (2011): «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en la violación del Derecho europeo de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia* 19: pp. 11-28.

[45] PÁSSAS, J. y PÉREZ, J. (2008) «Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia», en CREUS, A. (ed.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC* (Wolters Kluwer,Las Rozas) pp. 249-278.

[46] PETITBÓ, A. y BERENGUER, L. (1999): «La aplicación del Derecho de la Competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», *Anuario de la Competencia 1998*: pp. 25-70.

[47] POSNER, R.A. (2008): *How Judges Think* (Harvard U. Press, Cambridge).

[48] PRAT, C. (2001): «El Tribunal Supremo y "el efecto directo" del Derecho de la Competencia (Comentario a la Sentencia "DISA" del TS de 2 de junio de 2000)», *Anuario de la Competencia 2000:* pp. 283-295.

[49] PRIEST, G. L. y KLEIN, B. (1984): «The Selection of Disputes for litigation», *Journal of Legal Studies* 12: 1-55.

[50] RODGER, B. J. (2014): Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU (Wolters Kluwer La Haya).

[51] RODGER, B. J. (2008): «Private Enforcement of Competition Law, the Hidden Story: Competition Litigation Settlements in the UK 2000-2005», *ECLR* 29/2: pp. 96-116.

[52] RUÍZ, E; BAYO, R. y COSTAS, H. (2011) «Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia: España» en VELASCO SAN PEDRO *et al.* (dir.), *Private Enforcement of Competition Law*, pp. 137-147.

[53] SANCHO, I. (2009): «Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia», *Indret* 1/2009.

[54] SANTOS, S. y TURNER-KERR, P. (2006): ¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», *Gaceta Jurídica de la Competencia* 245: pp. 42-56.

[55] SIOTIS, G. y CAÑIZARES, E. (2008): «El estándar de prueba en las acciones de daños», en *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia,* Libro Marrón-C. Empresarios, pp. 363-398.

[56] SORIANO, F. J. (2012): «La defensa de la competencia ante la jurisdicción mercantil», *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2.512 (EDB 2008/496).

[57] TUDOR, C. (2012): «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución* 11: pp. 277-291.

[58] WIGGER, A. y NÖLKE, A. (2007): «Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism: the Case of *Antitrust* Enforcement», *Journal of Common Market Studies* 45/2: pp. 487-513.

[59] WILS, W.P.J. (2005): *Principles of Antitrust Enforcement* (Hart Oxford).

Antonio Castañeda Boniche*

ALGUNOS RECUERDOS Y REFLEXIONES EN EL CINCUENTENARIO DE LA PRIMERA LEY DE COMPETENCIA EN ESPAÑA

El Plan de Estabilización Económica de 1959 significó el gran paso en la incorporación de la economía española al sistema de libre mercado y la orientación que propugnaban los organismos económicos internacionales y practicaban los principales países. Sin embargo, cuatro años después y mientras se promulgaba la Ley 110/63, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia —cuyo cincuentenario ahora se conmemora—, comenzó la vuelta al intervencionismo y proteccionismo de los que no se saldría hasta el sustancial cambio de actitudes y comportamientos que exigía la integración en la CEE en 1985, con la consiguiente plena aplicación de la política de liberalización y competencia en el mercado.

Palabras clave: *prácticas restrictivas, concertación, abuso de posición dominante, control preventivo, cárteles, liberalización,* antitrust, *libre competencia, integración, Unión Europea.*

Clasificación JEL: *K21, K23, L40, L51.*

1. Introducción

El día 1 de enero de 2014 se han cumplido 50 años de la entrada en vigor de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (en lo sucesivo, la Ley o Ley 110/63), la primera Ley especial en España que tenía por objeto la defensa de la libre competencia.

El profesor Joaquín Garrigues comenzó la primera de las cuatro conferencias verdaderamente magistrales que con tal motivo pronunció en el Círculo Mercantil, organizadas por la Sociedad de Estudios y Publicaciones hace medio siglo —a las que fuimos invitados los alumnos del primer curso de Derecho mercantil—, citando el discurso del Ministro de Comercio, Alberto Ullastres quien, al presentar la Ley en las Cortes, dijo así: «De toda la actuación del Ministerio de Comercio durante estos años, a lo que doy más importancia es a esta Ley». Añadía el profesor Garrigues que «contrastan estas palabras del Ministro con la escasa atención y la indiferencia de los empresarios españoles ante la nueva Ley. Indiferencia que a mí no deja de sorprenderme, pues, a mi juicio, se trata de una Ley trascendental

* Técnico Comercial y Economista del Estado.

cuya repercusión a favor o en disfavor de la economía española dependerá del tacto y de la prudencia con que la Ley sea aplicada»[1]. Y destacaba, en cambio, que para el jurista la legislación de la competencia, al proceder de Estados Unidos, entrañaba tanta novedad de conceptos jurídicos que la hacía singularmente atractiva para los especialistas europeos del Derecho mercantil, el Derecho más moderno y progresista entre los que componen el Derecho privado. Pues bien, a la hora de las conclusiones de tan brillante ciclo de conferencias, el profesor Garrigues resaltó que la Ley respondía a una corriente universal que tarde o temprano había de llegar a España; que los autores de la Ley tuvieron una recta intención, que resultaba irreprochable, ante la dificultad enorme que suponía la falta de precedentes legales y de experiencia judicial; además de tener que traducir en normas conceptos económicos hasta entonces alejados del campo jurídico en España. En sus palabras, supondrá tratar «día a día de superar la enorme dificultad que encierra el armonizar las exigencias de la política económica con los imperativos de la justicia»[2].

Transcurridos 50 años ya nadie duda de que tanto el Derecho como la Economía de la competencia han alcanzado un nivel espléndido.

En el presente artículo se recogen algunos recuerdos y reflexiones sobre el medio siglo transcurrido de defensa de la libre competencia en España. Paralelamente, como la historia de las instituciones está unida a la de los hombres representativos, debemos hacer mención expresa de la labor de unos pocos funcionarios que le dedicaron lo mejor de su esfuerzo, pese a la situación de casi abandono de esta política en su etapa inicial, cuyos objetivos no se retomaron definitivamente hasta pasados 20 años con motivo de nuestra integración en la Comunidad Económica Europea, donde la competencia gozaba de una rica experiencia y sólida implantación desde que el Tratado de Roma la constituyera como una de sus bases. Y, aunque una revista como *Información Comercial Española. Revista de Economía,* deba huir, y de hecho así lo hace, de incluir en sus páginas consideraciones personales de nadie, la excepción que en este artículo se lleva a cabo tiene el sentido de dedicar un homenaje de reconocimiento y respeto por el entusiasmo que pusieron aquellos funcionarios hace 50 años. Pese a todo ello, no deja de ser un atrevimiento el acceder a tan delicado compromiso y de aquí que pidamos disculpas por los lamentables errores y olvidos en que necesariamente incurriremos.

2. La crisis de la autarquía y el Plan de Estabilización

La Ley 110/63 no fue, como luego veremos, la consecuencia de una decisión aislada sino que su promulgación hay que situarla dentro del contexto del Plan de Estabilización Económica de 1959 que, como anunciaba la Exposición de motivos de la propia Ley, significaba «nuestra incorporación a una corriente de política económica común hoy a la mayoría de los países occidentales y que es plenamente coherente con el mantenimiento y la consolidación de un sistema económico basado en la empresa privada y el mercado». En efecto, el Plan constituyó, sin duda, la operación político-económica más ambiciosa y el cambio más drástico en la orientación de la economía y de la política comercial de toda la Dictadura, orientación que, desde entonces, intentó sintonizar con la que propugnaban los organismos económicos internacionales y practicaban los principales países.

Conseguir los importantes cambios necesarios para salir de la política de autarquía no fue tarea fácil. El comienzo de la apertura se inició entre 1951 y 1953 cuando confluyeron los primeros créditos comerciales del Reino Unido, Bélgica y, sobre todo, la prevista llegada de la «ayuda americana» —tras la firma de los Pactos de Madrid[3] con el Gobierno de

[1] GARRIGUES, J. (1964): «La defensa de la competencia mercantil». *Sociedad de Estudios y Publicaciones,* págs. 9 y 10. Madrid.

[2] GARRIGUES, J., obra citada, pág. 126.

[3] Son los siguientes tres acuerdos: el de ayuda económica, el de ayuda

Estados Unidos, de 26 de septiembre de 1953— con la extraordinaria cosecha de 1951, lo que permitió suprimir el racionamiento de productos básicos en la primavera de 1952.

Dichos Pactos, en los que jugó un papel destacado el Ministro de Comercio, Manuel Arburúa, constituyeron un paso importante en el acercamiento de España a los organismos económicos internacionales. Y, aunque se ha repetido hasta la saciedad, debemos mencionar que, en cuanto a la libre competencia, Estados Unidos impuso una cláusula por la que el Gobierno español se comprometía a «desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan un carácter de monopolio o cártel de los que resulte una restricción a la producción o un aumento de los precios o que pongan trabas al comercio internacional». No obstante, se debe matizar que existe alguna discrepancia en cuanto al sentido de la imposición o de la presión de Estados Unidos pues, según afirmó el profesor José Luis Villar Palasí[4] en una entrevista a una doctoranda en Derecho de la competencia en el año 2001, no hubo ninguna presión para incluir tal cláusula, sino que se le pidió a Estados Unidos que la exigiera, lo que añadía que era una práctica habitual en aquellos años.

El acercamiento a los organismos económicos internacionales comenzó en 1955 al ser España admitida como miembro de Naciones Unidas, ingresando en 1958 en el Fondo Monetario Internacional (FMI) y en el Banco Mundial. En enero de 1959 entró en la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE, en 1960 OCDE), en la que desde marzo de 1955 disponía de una Delegación permanente, Organización que había nacido en 1948 propiciada por el Plan Marshall. Por otra parte, en 1951 seis países miembros de la OECE crearon, sobre las bases del Tratado de París, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) que incluía ya las cláusulas prohibitivas de las prácticas restrictivas de la competencia, antecedente inmediato de la Comunidad Económica Europea, constituida con el Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 y cuya entrada en vigor se produjo el 31 de diciembre de 1958.

Pese a ese clima de apertura e integración de las economías europeas, en España los intentos de reforma se frustraban y hubo que esperar hasta la formación del primer Gobierno tecnocrático, en febrero de 1957, para que empezara a cambiar la vieja política económica[5]. Sus figuras principales eran Alberto Ullastres en el Ministerio de Comercio y Mariano Navarro en el de Hacienda, por lo que a ambos corresponde el mérito del éxito del Plan en cuanto a su dirección política. Sin embargo, el Plan fue una obra colectiva gracias, por una parte, a los organismos económicos internacionales por el indiscutible papel que jugaron las misiones técnicas que desde 1957 analizaron la situación económica y, por otra parte, a los equipos técnicos de ambos Ministerios y del Banco de España que lideraron los sectores reformistas y más aperturistas de la Administración[6]. En definitiva, el

para la defensa mutua y el convenio defensivo.

[4] Persona perfectamente informada pues era en 1959 Subsecretario de Información y Turismo, pasando a ser Subsecretario de Comercio entre 1962 y 1965, y siendo designado en 1963, directamente por el Jefe del Estado, Procurador en Cortes para defender la Ley 110/63.

[5] El primer intento de coordinar la política económica ha sido generalmente atribuido al profesor Manuel de Torres Martínez (según describen Enrique Fuentes Quintana, Ramón Tamames y M. Jesús González) quien, en la lección inaugural del curso 1953-54 del Instituto Social León XIII, criticó la descoordinación y desorganización existente en una política económica llena de incoherencias (años, más tarde en sus Memorias, Mariano Navarro Rubio la describió como desastrosa), por lo que a solicitud del Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno, redactó un proyecto de creación de una oficina coordinadora de la política económica, llegando a creer que se le encargaría su dirección, proyecto del cual nacería, tras la crisis gubernamental de 1957, la Oficina de Cooperación y Programación Económica (OCYPE), que no llegó a tener la efectividad proyectada.

[6] Pocos meses después de la toma de posesión de Alberto Ullastres como Ministro de Comercio, según recuerda Manuel Varela Parache en su entrañable artículo escrito en memoria de Enrique Fuentes Quintana —ICE nº 837, pág. 8—, nombró a este Jefe del Servicio de Estudios del Ministerio de Comercio. Al incorporarse la promoción de Técnicos Comerciales de 1957, Enrique Fuentes reunió un extraordinario equipo en el que contó, entre otros, con Ángel Rojo, Ramón Tamames, José Luis Ugarte, Féix Varela y Francisco Fernández de Córdoba. Según Manuel Varela, la aportación más personal y eficaz de Enrique Fuentes al Plan de Estabilización fue su actuación como Director de ICE en su labor de explicar el Plan para que se fueran aceptando las nuevas ideas, que chocaban frontalmente con la política económica cuyos defensores estaban situados en puestos clave, incluido el Gobierno.

Plan perseguía iniciar un proceso de modernización e integración de nuestra economía en Europa, lo que se hizo más urgente a partir de la auténtica conmoción que ocurrió en 1958 en la economía mundial, con motivo de la declaración de la convertibilidad externa de las monedas europeas y una mayor liberalización del comercio internacional, lo cual dejaba en muy mala posición a la peseta que solo tenía poder adquisitivo en el interior, aparte de la situación calificada como de virtual suspensión de pagos exteriores o al borde de la bancarrota.

Tras un largo y difícil proceso de maduración, el 30 de junio de 1959 el Gobierno español elevó un memorándum al FMI y a la OECE explicativo de las medidas que se proponía adoptar para cambiar el rumbo de la política económica.

En el memorándum se indicaba el propósito del Gobierno de proceder a una liberalización considerable del comercio exterior, anunciándose medidas inmediatas y, de una forma concreta, la liberalización de la importación de la mayor parte de los productos alimenticios y materias primas no incluidas en el comercio de Estado, así como el compromiso de suavizar las limitaciones impuestas al capital extranjero y de eliminar las restricciones a la repatriación de capitales y de sus rentas. El comercio de Estado comprendía casi exclusivamente productos agrícolas y su importancia práctica se había visto muy reducida en los últimos años, comprometiéndose el Gobierno en dicho memorándum a realizarlo con las menores restricciones posibles en relación con la demanda interior, sobre una base no discriminatoria y con carácter transitorio. Asimismo, con el objeto de flexibilizar la economía, el Gobierno se comprometía a que la OCYPE realizara un inventario de todas las intervenciones y restricciones existentes (terminado el inventario en 1960 su extensión alcanzó 86 folios), proponiendo en seis meses las medidas necesarias para suavizar tales intervenciones administrativas. Por último, sobre este punto concretaba: «También se tenderá a eliminar las rigideces derivadas de la legislación laboral, así como las que tienen su origen en restricciones a la competencia».

Siguiendo esta línea de cambio radical de la política económica, tres semanas después el Decreto-ley 10/59, de 21 de julio, de Ordenación Económica, dio inicio al Plan, articulando la liberación progresiva de la importación de mercancías y, paralelamente, la de su comercio interior, al establecer el artículo primero de esta disposición que «las mercancías que, en virtud de las obligaciones asumidas por España, como miembro de pleno derecho de la OECE, sean declaradas de libre importación, quedarán igualmente liberalizadas en el interior del país».

En el artículo tercero el Gobierno anunció que asumía el complemento imprescindible de la política de liberalización, en los siguientes términos: «El Gobierno propondrá a las Cortes o dictará, en caso de urgencia, las oportunas disposiciones para prevenir y combatir las prácticas monopolísticas y demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía».

Y en el artículo quinto se autorizaba al Gobierno para establecer, a propuesta del Ministro de Comercio, la convertibilidad de la peseta en los casos que estimara convenientes y en los siguientes artículos se determinaba el régimen de las divisas extranjeras.

El respaldo financiero que se recibió a cambio del Plan fue importante, pues según Juan Sardá, uno de sus máximos impulsores, ascendió a 544.000.000 de dólares[7].

[7] SARDÁ, J. (1970): «El Banco de España (1931-1962)», en *«El Banco de España. Una historia económica»*. Banco de España, pág. 473. Madrid. Sin embargo, si dicho importe se compara con los 13.000 millones de dólares que el Plan Marshall transfirió a los países de Europa occidental devastados por la guerra, incluidas Alemania e Italia, no cabe duda de que fue muy escaso. Pero, además, hay que tener en cuenta que la ayuda del Plan Marshall era en un 90 por 100 donativo, mientras que a España solo alcanzaba el 34 por 100 y a lo largo de un plazo muy superior. En fin, como término comparativo debe advertirse que Francia recibió más 2.500 millones de dólares, es decir, cerca de cinco veces más que España, que recibió la suya fundamentalmente en alimentos y materias primas, como interesaba a Estados Unidos por sus excedentes.

3. El inicio del Derecho de la Competencia

Estados Unidos

Como sabe todo el mundo, el origen del Derecho de la competencia de forma organizada o Derecho *antitrust* está en la Ley Sherman de 1890 de Estados Unidos, aunque tuviera algunos antecedentes en el Código Penal francés de 1810 y en la Ley canadiense de 1889. Según explicaba el profesor Garrigues, se denominaba *trusts* a los conciertos entre empresas cuya esencia radicaba en el secreto y la confianza. También es conocido que dicha Ley, breve y categórica, que declaraba ilegal todo contrato y combinación que tendiera a restringir la competencia en la industria y el comercio, pese a ser tenida como la Carta Magna de la economía de mercado, no tuvo ningún éxito en la práctica (11 casos iniciados en 13 años y la mayoría con resultados decepcionantes)[8].

La aplicación efectiva del Derecho de la competencia se produjo en 1914 con la promulgación de dos importantes leyes: la Clayton Act, más extensa y detallada que la Sherman, a la vez que introdujo el control de las concentraciones de empresas, y la Federal Trade Commission Act, que creó la Comisión del mismo nombre para la investigación y aplicación de la normativa.

[8] Sin embargo, lo que es menos conocido es que el Senador John Sherman, el padre del Derecho de la competencia, que fue Secretario del Tesoro, Secretario de Estado y aspirante a la presidencia de la nación, fue enemigo de la Ley que lleva su nombre, pues se aprobó en el sentido opuesto al que él pretendía: el del partido republicano de defender los aranceles que protegían a la industria norteamericana, cuando el mayoritario partido demócrata sostenía que favorecían la proliferación de acuerdos colusorios. Es decir, para Sherman, que perdió el control de la Ley en su tramitación, no había relación entre subida de aranceles y mayor concertación en la industria que se protegía, por lo que, una vez aprobada, hubo quien la llamó la Ley anti-Sherman, aunque el partido republicano no tuvo más remedio que aceptarla para conseguir mantener dichos aranceles proteccionistas.

Alemania tras la II Guerra Mundial

Terminada la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos puso gran interés en expandir por Europa y Japón el Derecho de la competencia. Especial interés tiene el caso de Alemania donde habían proliferado los cárteles terminada la Gran Guerra. Con objeto de impedir la excesiva concentración como potencia económica, tras la descartelización militar de su industria básica, en 1957 se promulgó la Ley contra las Restricciones de la Competencia (GWB), que incluía una serie de excepciones: las empresas públicas, la administración postal, los ferrocarriles, el transporte de mercancías y pasajeros, los bancos, la electricidad, gas y agua, y los productos agrícolas. Esta Ley se reformó en 1973 para introducir el control de las fusiones y en 1980 para excluir del control preventivo a las pequeñas empresas, dando lugar a la normativa nacional y también regional de competencia más elaborada y completa de Europa[9]. Por último, el 1 de enero de 1999 en la Ley contra las Restricciones de la Competencia se incluyó la Parte IV con el nuevo y muy completo marco legal de la adjudicación de los contratos públicos. Consta de casi 40 artículos y fue consecuencia del Libro Verde de la CE, publicado en 1986, que había llegado a la conclusión de que los resultados de la liberalización no eran los esperados.

Reino Unido

En Reino Unido, donde la política de nacionalizaciones había convertido en monopolios públicos los más importantes monopolios privados, la Ley de Monopolios y Prácticas Restrictivas se promulgó en 1948 y creó la Comisión de Monopolios (desde 1953, de Monopolios y Prácticas Restrictivas) que, a instancias del Ministerio de Comercio e Industria, informaría al Secretario de Estado de Comercio de

[9] GALÁN CORONA, E. (1977): «*Acuerdos restrictivos de la competencia*», Montecorvo, págs 88 a 94. Madrid.

los casos en que una o más empresas actuando colectivamente restringieran la competencia controlando al menos un tercio del mercado. Esta Ley fue importante para conocer el poder de monopolio en Reino Unido pero, al ser un órgano consultivo, la mayoría de sus recomendaciones fueron ignoradas, por lo que se modificó en distintas ocasiones hasta la Ley de Competencia de 1980. En 1973 la Ley de Fair Trading creó la Office of Fair Trading, con un Director General al frente que podía remitir los casos de situaciones monopolísticas a la *Monopolies and Mergers Commission* cuando se controlara el 25 por 100 del mercado.

En fin, en Europa occidental todos los países promulgaron normas para la defensa de la competencia e, incluso, los tratados internacionales incluyeron cláusulas prohibiendo las prácticas restrictivas, como los de la OCDE y el GATT.

La defensa de la competencia en la CEE

En su conjunto, la política de la CEE de competencia ocupa un lugar central en la construcción, desarrollo y profundización del Mercado Común y ha ido aplicándose de forma flexible, pero enérgica y operativa. Además, esta política se cimenta en la experiencia del antecedente que constituyó la CECA, la primera de las Comunidades europeas, que fue concebida con la importante meta que suponía la construcción económica y política de Europa.

Lógicamente, la política de competencia tenía que constituir una de las bases de la CEE, puesto que en las normas nacionales de casi todos los países miembros estaban autorizadas expresamente como excepción las restricciones de la competencia en las exportaciones, lo que suponía que era totalmente necesario prohibirlas tajantemente para no perjudicar los intercambios desistiendo del Mercado Común. Es decir, sin unas reglas comunes de competencia no podría funcionar. Así, en la redacción de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (hoy 101 y 102 TFUE) tuvo gran influencia la Ley alemana del mismo año 1957, la más completa de las europeas.

En los últimos días de diciembre de 1961 el Consejo de la CEE aprobó el Reglamento nº 17, sobre la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, que exceptuaba los sectores de la banca, los seguros y los transportes. Este Reglamento se publicó el 21 de febrero de 1962 pero, al ser modificado por el nº 59 (publicado el 10 de julio de 1962), no entró en vigor hasta el 1 de septiembre de 1962. Este Reglamento constituye realmente el primer elemento de una legislación europea anticártel y daba a la Comisión la competencia exclusiva para declarar inaplicables las prohibiciones del artículo 85.1 del Tratado[10].

4. El caso español: el origen y la preparación de la Ley 110/63, de represión de prácticas restrictivas de la competencia

El trascendental impulso renovador de nuestra economía que supuso el Plan de Estabilización de 1959 fue languideciendo en gran medida pocos años después, pues los principios de la economía de mercado no llegaron a constituir el núcleo duro de la política económica, al prevalecer la conjunción de una serie de factores tradicionalmente importantes, como la vuelta al intervencionismo, proteccionismo y corporativismo, que se prolongaron mucho más en España que el resto de Europa occidental como consecuencia del régimen político que no concluyó hasta 1975, como seguidamente veremos.

En esta situación, parece que el compromiso adquirido de algún modo con Estados Unidos, incorporado en el artículo II del Convenio de Ayuda Económica, antes transcrito, transcurridos diez años, podía estar bastante olvidado y nunca se tuvo como muy exigente, aunque quedara recogido con mayor concreción en el

[10] ALCAIDE, C. (2005): «La evolución de la política de defensa de la competencia», en «75 años de política económica y de TC y EE», editado por *Información Comercial Española. Revista de Economía,* págs. 245–258,

encargo legislativo del artículo tercero del Decreto-ley 10/59, también transcrito. Sin embargo, lo que pudo ser decisivo para impulsar una ley de competencia en España fue la conveniencia de ir adaptando las apariencias legales del sistema económico a los principios fundamentales del Mercado Común, pues, desde entonces, todos los Gobiernos españoles han sentido el deseo legítimo de alinearse e integrase al máximo nivel con los países desarrollados de Europa, lo que posteriormente se llamó homologación exterior.

Esta conveniencia de ir adaptando las apariencias legales del sistema económico a los principios de Mercado Común se concretó nada menos que en la petición de febrero de 1962 de apertura de negociaciones para la asociación con la CEE (el Acuerdo Preferencial de 1970), susceptible de llegar en su día a la plena integración.

Ese era el objetivo de Alberto Ullastres, que se veía como protagonista principal, según contó a Salvador Pániker en 1969: «El 31 de diciembre de 1958 entró en vigor el Tratado de Roma. Felizmente, la prensa española mostró mucha sensibilidad y galvanizó a la opinión pública con grandes titulares. Comprendí que aquel era el momento adecuado para lanzarse a fondo y poner orden en la casa. No el orden por el orden, sino el orden como punto de partida para un proceso de desarrollo, primero, y de integración en Europa después. En mis discursos de aquellas fechas ya se anuncian las cuatro fases del proceso. Convertibilidad, estabilización, liberalización, integración. Lo cual, por cierto, me da alguna autoridad en Europa, ya que puedo probar que, desde el primer momento, aquella liberación que ellos tanto alabaron iba encaminada a la integración»[11].

Sin embargo, la integración en Europa quedaba muy lejos. En junio de 1962 se reunió en Munich el Congreso del Movimiento Europeo, con muchos asistentes españoles, en el que se acordó la condena al régimen de Franco por su falta de instituciones democráticas, lo que en la prensa española se conoció como el «Contubernio de Munich» y dio lugar a la adopción por el Gobierno de represalias de modo inmediato.

En cambio, por el lado de la economía española, los compromisos asumidos en el Plan de Estabilización se iban cumpliendo en cierta medida, por lo que siendo ya evidente la recuperación en 1961, se iniciaba la fase expansiva, según reconocían los tres Informes técnicos de gran solvencia sobre dicho año del FMI, la OCDE y el Servicio de Estudios del Banco de España (publicados por ICE en julio de 1962), que concluían dando un veredicto favorable al resultado del Plan y un pronóstico positivo para 1962. Eso sí, estos Informes destacan la urgencia de eliminar los controles internos, como hace el Fondo, pues «observa que en los años 1960 y 1961 se han hecho escasos progresos en la remoción de estos controles» y, en espera de lo que señale el Informe del Banco Mundial, cita los existentes en los precios y producciones agrícolas, así como los efectos perjudiciales del grado de monopolio en la industria, refiriéndose al caso del cemento, en el que recomienda la rebaja de derechos arancelarios a la importación. Dado que fue en el mes de agosto de 1962 cuando se finalizó este «Segundo Informe sobre España» del FMI, lo cierto es que el Gobierno, en la única aplicación concreta que hizo del Decreto-ley de 21 de julio de 1959, se adelantó al Fondo y acordó, por Decreto de 2 de febrero de 1961, la suspensión del derecho arancelario a la importación de cemento, por considerar que la elevación de sus precios se debía al uso de «prácticas monopolísticas y demás actividades contrarias a la normalidad del mercado del cemento y a la flexibilidad de la economía», como señaló Ramón Tamames en su obra *La lucha contra los monopolios*, de dicho año, que había seguido a su tesis doctoral en Derecho de 1958 *Las leyes antimonopolio*[12]. Dicha obra tuvo gran difusión e influencia y fue

[11] PÁNIKER, S. (1969): «Contestaciones de Alberto ULLASTRES a Salvador PÁNIKER» en «*Conversaciones en Madrid*», Editorial Kairós, págs. 323-324. Barcelona.

[12] TAMAMES, R. (1961): *«La lucha contra los monopolios»,* Tecnos, pág. 255. Madrid. Ramón Tamames es Técnico Comercial del Estado desde 1957, año en el que se incorporó al Servicio de Estudios del Mº de Comercio, y Catedrático de Estructura Económica desde 1968. En

calificada como el primer intento de conjunto realizado en España para el esclarecimiento de las prácticas comerciales restrictivas. Por ello, fue llamado a ser uno de los redactores del Anteproyecto de Ley 110/63.

El único compromiso de política económica del Plan de Estabilización que faltaba cumplir era el de promulgar una ley contra las prácticas monopolísticas, encargo que era reclamado desde diferentes sectores, como por varios congresos sindicales y una pluralidad de expertos, especialmente desde que en 1961 Ramón Tamames publicara el mencionado libro.

Pues bien, el Informe de la OCDE de 1962 indicaba que «todas las condiciones son particularmente favorables a la elaboración de una política de rápido desarrollo económico», pero que era necesario adoptar otras decisiones, como programar la política crediticia, modificar las estructuras agraria e industrial, fomentando en cada sector de la industria las dimensiones adecuadas de las explotaciones, mejorar los sistemas de distribución de productos y de transportes, diversificar la exportación española y corregir la estructura monopolística de determinados sectores económicos mejorando la eficacia de las empresas públicas. En espera del citado asesoramiento demandado por el Gobierno al Banco Mundial para la programación del desarrollo económico, el Informe de la OCDE concluía señalando la conveniencia de arbitrar un plan provisional que estructurara las inversiones, lo que contaría con la «comprensión y la cooperación de los países más desarrollados de occidente».

Como la presentación al Gobierno del Plan de Desarrollo se iba retrasando, por Decreto publicado el 23 de noviembre de 1962 se establecieron «directrices y medidas preliminares al Plan de Desarrollo». Ramón Tamames las calificó de una mera «agrupación de preceptos…, casi todos los cuales eran reiteraciones de otros plenamente vigentes», añadiendo que «Las normas de carácter general fueron básicamente dos: la coordinación de las intervenciones de precios y de las disposiciones sobre salarios y seguridad social al nivel de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y el establecimiento de unas bases para la publicación de una ley contra las prácticas restrictivas de la competencia»[13], a lo cual, pese a ser calificado en el preámbulo como «conjunto armónico de medidas» solo añadiremos, por obvio, que difícilmente puede resultar armónico, por mucho que se insista, el conjunto de tan opuestos sistemas de control en una economía de mercado.

Más concretamente, dicho Decreto afirmaba en su artículo 10 «que el Ministro de Comercio propondrá al Gobierno las normas necesarias para la defensa de la competencia según las bases siguientes:

a) Determinación de las prácticas comerciales restrictivas y los abusos de las posiciones de dominio en el mercado conforme a los criterios usuales en las legislaciones de los países de la OCDE.

b) Establecimiento de un sistema de sanciones administrativas en el que se refundan, además, las consistentes en la actual legislación».

El caso es que, a los tres años del Decreto-ley de Ordenación Económica, el Gobierno encargaba la elaboración de tal normativa.

Para ayudar a su preparación y para conocer el mundo de la lucha contra las prácticas comerciales restrictivas, especialmente en Europa, se celebró en dicho año 1962 en el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de Alcalá de Henares el II Curso de Política Comercial, con la participación de algunos de los expertos de países europeos de

el Ministerio, tras participar en la elaboración del arancel de 1960, se vio tempranamente atraído por los estudios sobre el Mercado Común, llegando en pocos años a ser uno de los más destacados especialistas en la materia, incluida la normativa de la competencia, los problemas de la concentración económica y los efectos del monopolio. De la mano del profesor Velarde, en el curso 1962-63 formó un seminario con los alumnos de tercer año de la Facultad de Ciencias Económicas de Madrid, titulado «Problemas de la integración económica en Europa», en el que explicó brillantemente un planteamiento sintético pero completo sobre la CEE, que causó la admiración del alumnado. Tales explicaciones fueron la base de su libro «Formación y desarrollo del Mercado Común Europeo».

[13] TAMAMES, R. (1965): *«Estructura económica de España»,* Sociedad de Estudios y Publicaciones, pág. 770. Madrid.

la OCDE más sobresalientes en la materia. En dicho curso fueron ponentes destacados el profesor Eberhard Günther, que era Presidente del Servicio Federal Alemán de Defensa de la Competencia y los Técnicos Comerciales del Estado Fernando García Martín y Ramón Tamames. Gracias, una vez más, a la enorme labor de Enrique Fuentes al frente de ICE, se publicó en enero de 1963 un número especial sobre la «Lucha contra el Monopolio» en el que se recogieron todas las conferencias. El profesor Günther pronunció las tres siguientes: «Los cárteles en derecho alemán y la reglamentación de la competencia en el Tratado del Mercado Común», «Monopolios y Concentración» y «La ordenación de la concurrencia en España: condiciones y posibilidades». En esta última, recordando la experiencia alemana del cambio político tras la Segunda Guerra Mundial, lanzó la siguiente advertencia: «Un problema especial para España lo constituye la notable influencia del Estado sobre el desarrollo del acontecer económico; por esta causa la ordenación de la concurrencia se encuentra ante unas premisas "poco favorables"[14]. Fernando García Martín dedicó su muy interesante conferencia a las "Limitaciones generales a la implantación de la competencia en España" y Ramón Tamames se ocupó en sus trabajos de las "Empresas y grupos dominantes en la economía española", centrando el problema en la afirmación de que «la política antimonopolio no puede limitarse a la aplicación de una sola ley, sino que debe constituir uno de los objetivos de la política económica general y, más concretamente, de la política comercial, arancelaria, fiscal y de empresa pública»[15].

Además de contar con la importante experiencia alemana, también se contó con la participación de destacados representantes de la francesa e italiana, pues, como recuerda el profesor Villar Palasí en la citada entrevista, «toda la gestión en el Ministerio de Comercio de Ullastres fue dirigida hacia el Tratado de Asociación con el Mercado Común», con vistas a la integración, lo que motivó que con los trabajos y libros que trajeron dichos expertos se hiciera prácticamente una biblioteca de la especialidad. Con estos antecedentes, junto con los estudios del Seminario de Derecho mercantil de los profesores Garrigues y Senén de la Fuente, organizado por la Sociedad de Estudios y Publicaciones, y con la ayuda de la Fundación Ford, el Ministerio de Comercio ultimó en poco tiempo el anteproyecto de ley que el Gobierno pasó a las Cortes el 25 de enero de 1963, discutiéndose meses después en Comisión durante diez días y aprobándose en Pleno el 15 de julio, siendo sancionada por la Jefatura del Estado el día 20 de dicho mes y año, es decir, a los cuatro años justos de que la anunciara el Decreto-ley 10/59, de Ordenación Económica.

5. La Ley 110/63 y las dificultades en su aplicación

Siguiendo plenamente el patrón imperante en Europa occidental, en la Ley 110/63, para la protección de la libre competencia, se concibió una unidad administrativa —el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio)—, que se ocupaba de la instrucción de los expedientes sobre prácticas anticompetitivas (los dos supuestos genéricos de las colusivas y las abusivas de las empresas con dominio del mercado), y un órgano funcionalmente independiente —el Tribunal de Defensa de la Competencia (el TDC)— que, como Tribunal administrativo especial, los resolvía, intimaba al cese de tales prácticas y proponía al Gobierno la imposición de multas. La Ley preveía también la declaración por el Tribunal de práctica exceptuable. Por último, dentro del Servicio se crearon: el Consejo de Defensa de la Competencia, que actuaría como órgano consultivo y nexo de unión entre el Tribunal y el Servicio; y el Registro de Prácticas

[14] GÜNTHER. E. (1963): «La ordenación de la concurrencia en España: condiciones y posibilidades», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 353. pág.120. Madrid.

[15] TAMAMES, R. (1963): «Empresas y grupos dominantes en la economía española», *Información Comercial Española. Revista de Economía, nº 353, pág.107. Madrid.*

Restrictivas de la Competencia, en el que se inscribirían las antes citadas prácticas exceptuables y los acuerdos de concentración de empresas cuando se obtuviera el control del 30 por 100 del mercado, solo como información para poder vigilar posibles abusos de posición de dominio.

Parecía que la Ley 110/63 había creado un sistema congruente y ajustado al cambio de modelo económico. Inspirada en los principios del Tratado de Roma y siguiendo de cerca su articulado, dicha Ley tenía aspectos técnicos muy sólidos y para su aplicación se había diseñado nada menos que un instrumento administrativo especializado, como en casi todos los países, y con la más elevada y única autoridad, dotado de garantías extraordinarias de independencia y objetividad, aunque carecía prácticamente de la potestad de imponer sanciones, y un Servicio con un Director general al frente. Las garantías extraordinarias de independencia por las incompatibilidades exigidas a los Vocales del Tribunal y al Director del Servicio, según el relato del profesor Villar Palasí (recordemos que era Subsecretario de Comercio y que había sido designado Procurador en Cortes para defender la Ley), se introdujeron inesperadamente en el Pleno y, por ser absolutas hasta el cuarto grado de parentesco y obligar a desprenderse de todo tipo de acciones u obligaciones, tenía el objeto de que no se pudiera encontrar a nadie para el cargo, pues el sueldo debía aprobarse en las Cortes y su cuantía no compensaría tanto rigor.

En efecto, dado que había desaparecido buena parte de los mecanismos de intervención *a priori* en la economía y el comercio, la Exposición de motivos de la Ley explica que esta viene a cubrir un hueco que se juzga peligroso, el hueco que deja la supresión de las intervenciones administrativas. En sus palabras: «Libertado en gran parte nuestro comercio exterior, suprimidas la mayoría de las intervenciones administrativas en materia de distribución y de consumo interior y reducidas al mínimo indispensable las técnicas de intervención, es necesario el complemento de estas supresiones con un perfecto deslinde del orden público económico». Pero, como señala en la citada entrevista el profesor Villar Palasí, los Procuradores del tercio sindical se oponían totalmente a la misma, acostumbrados a los precios tasados y fruto de la colusión entre los empresarios del sindicato, desconfiando del papel clave de la defensa de la competencia para asegurar la libertad de empresa y, de este modo, los legítimos intereses de los consumidores. No se quería comprender que se pasara de los precios tasados, a condenar que se fijaran los precios a través de las colusiones que constaban en las actas de sus reuniones. Un argumento algo más refinado era el que aducía el Procurador Emilio Lamo de Espinosa en su enmienda a la totalidad de la Ley: como no se ha llegado a la supresión absoluta de las trabas administrativas, no existe esa libre competencia que se tenga que defender[16].

Al final, la Ley salió adelante, pero pronto se vio que iba a tener una aplicación escasa y poco relevante pues, igual que sucedió con la liberación del comercio exterior, volvió a faltar la voluntad política imprescindible, como demuestra el hecho de que ni siquiera se dotó a dichos órganos con la infraestructura técnica mínima para el desempeño de sus funciones a un nivel elemental.

Ciertamente, a comienzos de ese mismo año 1963 la pérdida de fuerza del impulso liberalizador se puso de manifiesto en la política industrial con la aprobación del Decreto 157/63, de 26 de enero, sobre «libre instalación, ampliación y traslado de industrias dentro del territorio nacional», pues, junto a la supresión de la autorización administrativa previa en algunos sectores, en otros se mantenía si no se cumplían los requisitos mínimos de capacidad y, todavía en otros muchos, se exigía la licencia previa del Ministerio de Industria con un fin altamente proteccionista de empresas ineficientes.

Siguiendo las recomendaciones del Informe del Banco Mundial, esta política intervencionista se multiplicó desde que a finales de 1963 se aprobó la Ley del Plan de Desarrollo, de 28 de diciembre, que contenía

[16] Según cita de GARRIGUES, J., obra citada, pág. 40.

en su artículo 4º una instrumentación práctica del principio de subsidiariedad obligando, antes de crear una empresa del INI, a convocar un concurso para comprobar el desinterés de las empresas privadas. Días antes, ya la Ley de Industrias de Interés Preferente, de 2 de diciembre, había suprimido la concesión automática a las empresas del INI de los beneficios tributarios y financieros otorgados en la Ley fundacional. Probablemente, el mecanismo de estímulo más utilizado fue el de las acciones concertadas, que desplegó una activa labor de subvencionar empresas deficientes, que fue conocida como la «política privatista» de López Rodó y López Bravo[17].

En fin, la Ley del Plan, a los efectos de reestructuración de la industria, prevé el fomento de las «agrupaciones de empresas, fusión de instalaciones, asociaciones de investigación, creación de servicios comunes y todas cuantas acciones empresariales redunden en la formación de unidades de producción y procesos de distribución, siempre y cuando no constituyan prácticas restrictivas de la competencia». Pues bien, pensamos que el profesor Garrigues critica con razón esta norma porque, pese a su condicionante final, siendo la Ley del Plan unos meses posterior a la Ley 110/63, debió ser más concreta al estar promocionando realmente estas asociaciones[18].

El 1 de enero de 1964 entró en vigor la Ley 110/63. Por Decreto de 30 de enero, publicado en el BOE de 5 de febrero, fue nombrado Presidente Jesús Rubio y García-Mina, que era Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Madrid. Y por Decretos de 9 de enero se nombraron los siguientes siete vocales: Rafael Font de Mora Llorens, del Cuerpo de Ingenieros Agrónomos; Manuel Carrasco Verde, Teniente General del Ejército de Tierra; Mariano Gimeno Fernández, Magistrado del Tribunal Supremo; Eduardo Junco y Martínez Azcoitia, Técnico Comercial del Estado; Alfredo López Martínez, que posteriormente fue Subsecretario de Justicia; Manuel Martínez Pereiro, Inspector de Trabajo; y Mariano Rojas Morales, Ingeniero Industrial al Servicio de Hacienda.

A tenor de lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la toma de posesión se tenía que haber producido en el plazo de un mes desde la publicación de los nombramientos pero, ante la existencia de causa justificada, como fueron las dificultades de instalación de la sede del Tribunal, por Orden del Ministerio de Comercio de 29 de febrero de 1964, se acordó la prórroga de dicho plazo, por lo cual la toma de posesión tuvo lugar el 16 de abril de 1964, el mismo día en el que el profesor Garrigues pronunciaba su segunda conferencia. A este respecto, hay que señalar que la cuarta y última la dedicó a «Las normas adjetivas de la Ley», planteando la cuestión del artículo 7º de que, por un lado, «El Tribunal gozará de plena y absoluta independencia en su función» y, por otro, que estará «adscrito en lo administrativo al Ministerio de Comercio», lo que parece ser contradictorio. Sin embargo, para él, la independencia no está en las palabras de la Ley ni en declaraciones de principio, sino en las personas por lo que, en este caso, se puede confiar por ser ya conocidas, que responden a estrictos imperativos de la justicia[19].

Por la Ley 252/63, de 28 de diciembre, —la misma fecha de la Ley del Plan de Desarrollo— se fijaron de las plantillas y dotaciones del personal del Tribunal, Servicio y Consejo. En consecuencia, paralelamente a la constitución del Tribunal, se acordó el nombramiento del Técnico Comercial del Estado Leopoldo Zumalacárregui Calvo, como Director General del Servicio. Simultáneamente, siguió ejerciendo de Director General de Política Arancelaria quien, hasta el curso 1962/63, había sido profesor encargado de Historia Económica Mundial y de España en la Facultad de Ciencias Po-

[17] BOYER. M. (1975): «La empresa pública en la estrategia industrial española: el INI», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 500, págs. 101 a 103. En este mismo número de *ICE,* ver también el importante artículo de Luis MARTÍ «Estabilización y Desarrollo».

[18] GARRIGUES, J., obra citada, pág.92.

[19] GARRIGUES, J., obra citada, pág. 112.

líticas y Económicas de Madrid, en cuyos cursos se había venido turnando con el entonces Ministro Alberto Ullastres.

Con fama de excesivamente detallista y serio, demostró ser un gran profesional y un trabajador ejemplar[20]. Según recuerda Federico Pino García, Técnico Comercial del Estado, que estuvo a sus órdenes tanto en Política Arancelaria como en el Servicio, Leopoldo Zumalacárregui, desde el primer momento, no dudó en emprender y organizar el trabajo con la mayor seriedad y verdadero entusiasmo en su nueva función. Para ello, se instalaron en los despachos que tenía el Ministerio en la calle Goya, 3.

A título de ejemplo, citaremos dos de las primeras actuaciones del Servicio. Quizás la primera de todas fue la solicitud de inscripción el 30 de marzo de 1964 en el Registro de Prácticas Restrictivas de un acuerdo de concentración de empresas, presentado por Standard Eléctrica, S.A. por la sucesiva adquisición, junto con el INI, de participaciones en el capital de Marconi Española, S.A. hasta alcanzar el 31 por 100. La segunda pudo ser la comisión de servicios encargada a Federico Pino para realizar determinadas averiguaciones en empresas cementeras como consecuencia del expediente abierto por la denuncia que siguió a la suspensión del derecho arancelario a la importación de cemento, acordada por el Gobierno por Decreto de 2 de febrero de 1961. Desplazado al efecto a San Sebastián, Federico Pino contó con la ayuda del Delegado Regional de Comercio, Juan José Canals Ruiz-Vernacci, también Técnico Comercial del Estado, quien 15 años después, en 1979, ocuparía la Dirección del Servicio hasta su temprano fallecimiento en marzo de 1980.

El esfuerzo emprendido, decíamos, no iba a tener un camino fácil. Precisamente, en abril de 1964, cuando finalmente la normativa y todo el edificio de la competencia se ponía en marcha, vemos en *ICE* que volvían a arreciar las quejas de los empresarios suscitadas por la viva competencia promovida por el proceso de liberalización exterior e interior que abrió el Plan de Estabilización de 1959. Enrique Fuentes contestó desde el editorial de dicho número de *ICE* lanzando una vez más su labor crítica de la política económica practicada en cada momento. Bajo el titular «El precio de la eficacia», recordaba las palabras del Ministro de Comercio al dar cuenta a las Cortes de las medidas de estabilización pronunciadas con su habitual didáctica tranquilizadora: «la liberación significa, fundamentalmente, competencia, libre concurrencia, la liberación significa que los consumidores tendrán, en definitiva, los bienes de consumo al precio mínimo posible, porque los beneficios del empresario se reducirán también al mínimo compatible con el estímulo de la producción; pero, a su vez, el empresario tendrá asegurados los beneficios, porque el mercado se le amplía, porque las materias primas se le suministran, porque las máquinas y los repuestos le llegan cuando los necesita. Competencia quiere decir rebaja de precios».

Es más, aunque a Enrique Fuentes no le sorprendía la añoranza de los empresarios por un mundo menos competitivo, a la cita del discurso del Ministro añadía una prueba concluyente: un pequeño cuadro en el que constaban las cifras y las fechas, desde diciembre de 1959 a diciembre de 1963, demostrativas de que el proceso de liberalización (medido tanto en porcentajes de los regímenes de comercio, como en las posiciones arancelarias) había sido gradual y limitado, por lo que la liberalización de las importaciones todavía quedaba a distancia de la lograda por los países de la OCDE. Eso sí, terminaba el importante editorial advirtiendo que el proceso de liberalización de importaciones era irreversible: «el último criterio para juzgar la conveniencia o no del sistema económico de empresa libre se halla en la eficacia… Y el precio de la eficacia no es otro que la competencia»[21].

[20] VARELA PARACHE, M. (2011): «En recuerdo de Leopoldo Zumalacárregui». *Revista de Ciencias y Humanidades de la Fundación Ramón Areces,* nº 3, págs. 145 y 146. Madrid.

[21] FUENTES QUINTANA, E. (1964): «El precio de la eficacia», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 368. Madrid.

Con este mismo sentido, no nos podemos resistir a comentar otro conocido párrafo del editorial de *ICE* del número monográfico de enero de 1963 (el que recogía las conferencias de Alcalá de Henares), «un editorial vigoroso y beligerante frente a las tendencias proteccionistas que recobraban entonces vigor en el Sector Público, tras el impulso aperturista que supuso el Plan de Estabilización», que fue citado en esos términos por Miguel Fernández Ordóñez[22], como Secretario de Estado de Comercio, en la presentación del número monográfico de *ICE* dedicado también a la Política de competencia, de octubre de 1987. «Una Ley antimonopolio no tendrá demasiado sentido ni verdadera eficacia si no se inserta en el marco de una política general de fomento de la concurrencia de amplia envergadura y suficientemente enérgica. Sería francamente contradictorio declarar, por una parte, la ilicitud de los acuerdos restrictivos de la concurrencia y permitir, por otra, la persistencia de obstáculos institucionales y estructurales a la concurrencia y la falta de flexibilidad en el sistema económico... En estos obstáculos y estas rigideces encuentran a menudo su mejor base los abusos y los acuerdos de restricción más peligrosos». Es decir, otra destacada y acertada advertencia en un oportuno editorial de *ICE* que seguía teniendo validez transcurridos 25 años y que coincide, además, con una de las conclusiones de Ramón Tamames en sus conferencias de Alcalá anteriormente citadas.

En fin, en aquellos meses de 1963 y 1964 con tales editoriales llenos de fuerza y beligerancia frente a la vuelta al proteccionismo, sacando a la luz las contradicciones evidentes en la toma de decisiones, el Gobierno optó por desequilibrar el crecimiento y distorsionar el mercado. Como señaló el propio Miguel Fernández Ordóñez, una de las principales lecciones de los procesos de liberalización es que no basta con privatizar, liberalizar y defender la competencia para que funcione el mercado, sino que es también esencial que exista un eficaz sistema democrático y que disponga de administraciones capaces y no corruptas[23].

Quien resultó todavía más contundente fue otro añorado compañero, M. Jesús González: «Si la economía crecía en los sesenta no fue por los planes de desarrollo. En todo caso, crecía menos de lo potencialmente alcanzable y no por la vía más eficiente. No se eligió un modelo de mercado ni de planificación. Se conservó algo de mercado y se diseñó una llamada planificación indicativa destinada a continuos descalabros. El resto fue terreno recuperado por el intervencionismo arbitrista. Y detrás de esto hubo una lógica política, no económica»[24].

En la primera Memoria de actividades del Tribunal, de febrero de 1966, se advertía ya una actitud de autoexclusión al remarcar que su actuación era definidora, resolutiva y, por tanto, carente de iniciativa en la persecución de conductas y situaciones de restricción de la competencia, deducidas de potestades administrativas con cobertura legal, que solo podían ejercitarse con ocasión de expedientes instruidos por el Servicio, en detrimento del Tribunal que era mucho más independiente.

El propio Tribunal, a los 20 años de su creación, reconocía respecto de aquella primera etapa que si el Servicio instruía poco, el Tribunal condenaba menos, lo que entendía achacable tanto a defectos de instrucción como a la escasa predisposición del Tribunal a corregirlos. Además, el Tribunal renunció pronto a ejercer su facultad de proponer al Gobierno multas a las empresas condenadas, posiblemente porque lo hizo una sola vez, por Sentencia de la Sección primera, confirmada por Sentencia del Pleno en 1968, en un caso de concertación del precio del aceite de oliva envasado en la entonces provincia de Santander, y el Gobierno no atendió la propuesta. Pero el TDC tardó 20 años en proponer otra sanción.

[22] FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. (1987): «Política de competencia», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 650. Madrid.

[23] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. (1999): «Privatización, Desregulación y Liberación de los Mercados», en *España, Economía: Ante el siglo XXI.* Director José Luis García Delgado, págs. 661 y 662. Madrid.

[24] GONZÁLEZ, M. J. (1979): *La economía política del franquismo, 1940-70 (Dirigismo, Mercado y Planificación)*. Madrid.

Ahora bien, debe destacarse por lo que ayudó a la liberalización comercial una serie de expedientes relativos a la instalación de locales comerciales de alimentos perecederos en los que eran denunciados los Ayuntamientos, y denunciantes la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, la Dirección General de Comercio Interior (creada en 1957) o algunos comerciantes. La Administración municipal, con objeto de proteger posiblemente sus ingresos fiscales, a tenor de las concesiones otorgadas en los puestos detallistas de los mercados centrales o de barrio, impedían la apertura de nuevos locales de alimentación en una determinada área —a veces, parte de una ciudad o un pueblo entero—. El TDC, al final de la década de 1960, consideró estas situaciones como prácticas prohibidas, con lo cual, al elevar su propuesta al Consejo de Ministros, decidió este modificar la norma correspondiente a la conducta restrictiva (estos fueron los casos, por ejemplo, de Madrid y Logroño o de la derogación del perímetro de protección del mercado detallista de Yecla, donde los consumidores tenían que recorrer hasta cinco kilómetros para abastecerse).[25]

En otro caso, la apertura de expediente por el Servicio, gracias a la gestión del mencionado Juan José Canals, bastaba para que el Ayuntamiento derogara la norma restrictiva, como la que obligaba todavía en 1977 a que todo el pescado fresco para su venta al por menor en Jerez tuviera que pasar ficticiamente por Mercajerez para ser objeto del pago de la comisión o tasa correspondiente a dicho mercado, aunque hubiera sido adquirido en los puertos cercanos el mismo día o su víspera.

Desde la creación en 1964 de los órganos de Defensa de la Competencia y durante muchos años, una parte considerable de los expedientes tramitados tuvo su origen en las denuncias trasladadas por las Jefaturas Provinciales de Comercio Interior (anteriormente del INDIME, el Servicio de Inspección y Disciplina del Mercado). Estas Jefaturas se ocupaban de vigilar ciertas prácticas comerciales que, aun no siendo restrictivas de la competencia, resultaban contrarias al orden público económico, a menudo por aumentar en exceso la tensión competitiva. Un buen ejemplo que confirmó la conveniencia de complementar ambos órdenes normativos, propiciado por la adscripción armoniosa de los dos campos en la Subdirección General de Defensa de la Competencia y de la Disciplina del Mercado, de la Dirección General de los Consumidores del Ministerio de Comercio, fue la solución del grave problema que suponía la corruptela de los abusos que cometían los economatos laborales de grandes empresas —aquellas tiendas o almacenes donde los trabajadores podían adquirir bienes de primera necesidad—, pero donde se vendían artículos tales como televisores, tocadiscos, cámaras fotográficas, etcétera, y no solo a la plantilla de la empresa, todo ello en clara vulneración de la reglamentación del Ministerio de Trabajo, dando lugar a la ruina del comercio en su área. Por fin, el Real Decreto 1883/1978, sobre economatos laborales, tuvo el acierto de coordinar las actuaciones de ambos Ministerios e incentivar la transformación de los economatos en cooperativas de consumo, incluyendo la posibilidad de obtener las ayudas del IRESCO.

La Ley 110/63 preveía también la realización de estudios de carácter sectorial sobre las condiciones de competencia mejorables, por el Consejo de Defensa de la Competencia que presidía el Director General del Servicio. Sin embargo, estas revisiones, que pudieron haber tenido gran utilidad, fueron escasamente aprovechadas pues de los primeros años solo se conoce, como excepción a la ausencia total, el estudio realizado en el sector de los productos farmacéuticos, cuando era ya preocupante el crecimiento del gasto público farmacéutico de la Seguridad Social. En la década de 1970 se elaboró otro muy completo sobre el sector del cemento que quedó en proyecto.

Asimismo, es preciso mencionar que si bien la Ley 110/63 prescribía la sumisión a informe del TDC de todos los proyectos de ley que pudieran incidir en la

[25] GALÁN CORONA, E. obra citada, págs. 180 y 196.

libre competencia, la realidad es que generalmente no se evacuó tal informe.

En 1966 y 1967, además de producirse un retroceso en la liberalización del comercio, no deja de ser significativa la vuelta al intervencionismo que supuso el Decreto-ley 8/1966, de la Jefatura del Estado, de 3 de octubre, que consideró conveniente en aquella coyuntura «aliviar la tensión existente sobre los recursos disponibles», adoptando una serie de medidas encaminadas a ordenar el gasto público, reprimir el fraude fiscal, estabilizar los precios y estimular el ahorro y la exportación, lo que iba a terminar con la libertad de precios.

Como consecuencia de la devaluación de la peseta, de 60 a 70 por dólar, acordada por Decreto 2731/1967, de 19 de noviembre, el Gobierno adoptó una serie de medidas para congelar con carácter general las rentas y los precios al nivel de los existentes en aquel momento. A tal efecto, dictó el Decreto-ley 15/1967, de 27 de noviembre, que preveía el establecimiento de una medida tan intervencionista como las subvenciones a la importación de alimentos básicos.

Posteriormente, por Decreto 3010/1971 se llegó a la regulación de los precios convenidos que tienen el inconveniente de favorecer la eliminación de la competencia al producir un alineamiento hacia el precio máximo y, paradójicamente, desaparecer también la infracción de la normativa de competencia.

Así las cosas, resultó revelador que, en virtud del Decreto 2764/1967, sobre reorganización administrativa para reducir el gasto público, dictado en aplicación del mencionado Decreto-ley 8/1966, se rebajó el rango de Director General del Servicio, que pasó a ser un Subdirector General, dependiente, además, del Director General de Comercio Interior, que tenía encomendado, precisamente, el control de precios. La misma disposición redujo el número de Vocales de ocho a cuatro, aunque poco después, por Decreto 91/1968, se precisó que la reducción se haría con ocasión de vacante y el Decreto-ley 12/1970 derogó ambas disposiciones reductoras.

Tras la pérdida del rango de Director General, por Orden Ministerial de 1 de febrero de 1968, fue nombrado Jefe del Servicio Luis Muñoz de Miguel, quien en 1930 había ingresado con el número uno en la primera oposición al Cuerpo de Secretarios y Oficiales Comerciales que, andando el tiempo, iba a ser el Cuerpo de Técnicos Comerciales del Estado. En febrero de 1971 fue nombrado Vocal del Tribunal.

En abril de 1971 le sucedió al frente del Servicio otro destacado Técnico Comercial, Álvaro Fernández Suárez, verdadero especialista en comercio internacional, distribución comercial y defensa de la competencia, maestro de muchos de nosotros que, además, tenía fama de fino escritor y apreciado ensayista por sus obras filosóficas. Gallego cordial, había estado exiliado debido a la Guerra civil. A finales de 1976 pasó como Vocal al TDC.

Entre tanto, el órgano instructor sufrió el proceso de pérdida de identidad por los frecuentes cambios de estructura en la organización departamental del mercado interior, la defensa de la competencia y de los consumidores, a lo que todavía habría que añadir el largo intervencionismo de los precios. Afortunadamente, durante muchos años pudimos contar en el desafío de velar por una tensión competitiva suficiente con otro maestro de la especialidad, el también Técnico Comercial y Letrado de las Cortes Mariano Daranas Peláez, quien ocupó la Dirección del Servicio entre 1977 y 1979. En fin, un ejemplo de su buen hacer fue terminar con la corruptela del citado caso de los economatos laborales.

En febrero de 1982 fue nombrado Director del Servicio Nicolás López López, asimismo Técnico Comercial de gran valía que contaba con el aprecio de todos, pero que en el verano de ese año pasó al servicio exterior, hasta que en 1986 fue recuperado como Vocal del Tribunal.

En octubre de 1982 le sucedió al frente del Servicio Joaquín Mª de la Infiesta Ágreda, también Técnico Comercial, excelente funcionario y estimado amigo, quien contó con la ayuda de otro compañero de iguales cua-

lidades, que ya colaboraba con Nicolás López, Félix Martínez-Burgos. Ambos trabajaron a fondo haciendo una completa recopilación de los importantes retos que para la Administración y para las empresas suponía la entrada de España en la CEE en lo relativo a las normas de competencia, de todo lo cual dejaron constancia, entre otras publicaciones, en el artículo «Política de competencia y su repercusión en España»[26]. La legislación española, inicialmente inspirada en las normas del Tratado de Roma se había quedado, sin embargo, rezagada tanto en su desarrollo como en su aplicación, por lo que la adopción del acervo comunitario dejaría al descubierto importantes lagunas legislativas, cuando no contradicciones con el Derecho europeo. Analizando detenidamente las similitudes y diferencias de la legislación española con la europea, se trataba de propugnar un cambio sustancial de actitudes y comportamientos tanto del Estado como de las empresas, lo que en el caso español tenía importantes consecuencias, en momentos de cambio estructural (Ley 27/84, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización) y constitucional (construcción paulatina del Estado de las autonomías). Para afrontar esos retos eran necesarios, entre otros, cambios en el edificio de la defensa de la competencia, institucionales (renovación y dignificación del Tribunal y del Servicio) y legislativos (futura Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

6. La integración en Europa y la evolución de la política de competencia

Cuando la Constitución de 1978 proclamaba la libertad de empresa y España se encaminaba hacia las Comunidades Europeas y su política económica, el TDC aparecía como un órgano que desde la Administración había invadido funciones judiciales contrarias al principio constitucional de unidad de jurisdicción, lo que proyectaba una imagen desfavorable, precisamente, en el momento en el que era preciso cubrir determinadas vacantes. La delicada situación la salvó el Gobierno de Leopoldo Calvo-Sotelo, del que era Vicepresidente y Ministro de Economía y Comercio Juan Antonio García Díez, procediendo a nombrar a los Vocales correspondientes en la segunda mitad de 1981 y designando Presidente en enero de 1982.

El TDC tuvo que acomodarse a la condición de órgano de la Administración; determinados artículos de la Ley 110/63 fueron derogados en virtud de la Disposición Derogatoria 3ª. de la Constitución y por Real Decreto 2574/1982 las disposiciones del Reglamento del TDC consiguientemente afectadas fueron adaptadas a su nueva naturaleza administrativa. La mencionada inconstitucionalidad fue constatada por la sentencia 80/1983 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

A finales de 1984, estando próxima la incorporación de España a las Comunidades Europeas, siendo Ministro de Economía y Hacienda Miguel Boyer y Secretario de Estado de Comercio Luis de Velasco, el primer Gobierno socialista tomó la importante decisión de potenciar los órganos de Defensa de la Competencia, lo que cristalizó en la adopción de las siguientes medidas: reafirmación y renovación del TDC, empezando por el nombramiento del nuevo Presidente por Real Decreto 2177/1984; recreación de la Dirección General de Defensa de la Competencia con una mejor dotación del Servicio, que se estructura en dos Subdirecciones Generales (Instrucción y Vigilancia, y Estudios y Registro de Prácticas Restrictivas —Real Decreto 2282/1985—); mejora cualitativa de las Vocalías del TDC (Real Decreto 1936/1985), que permitió la renovación de la totalidad de los Vocales, y el inicio de la preparación de una nueva Ley.

En consecuencia, en diciembre de 1985 fue nombrado Director del Servicio, como Director General de Defensa de la Competencia, Miguel Comenge Puig, también Técnico Comercial del Estado, persona de

[26] MATÍNEZ-BURGOS, F. y DE LA INFIESTA, J. (1985): «Política de competencia y su repercusión en España». *Papeles de Economía Española,* nº 25, págs. 201-223. Madrid.

gran iniciativa, profundidad de criterio y enorme perseverancia. Muestra de todo ello fue conseguir que el Servicio pasara de ser una pequeña unidad a una Dirección General que llegó a contar nada menos que con cinco subdirecciones generales. Por supuesto, el incremento tanto del número de expedientes como del volumen de las sanciones fue paralelo. Años después fue nombrado Vocal del TDC.

El homenaje de reconocimiento y respeto de esta corta relación de destacados compañeros de aquella época inicial ha de incluir a otra excepcional responsable del cambio de actitudes por el Estado y las empresas en los primeros años de la época moderna, tras la integración en la CEE: Cristina Alcaide Guindo, cuya labor comienza ya diferenciándose de todos los anteriores porque empezó su andadura por la competencia siendo Vocal del Tribunal desde 1990 a 1996, pero terminándola a continuación y hasta diciembre de 1998 en el Servicio como Subdirectora General de Instrucción y Vigilancia —coincidiendo en ambos organismos con quizás la figura máxima del *antitrust* español, Inmaculada Gutiérrez Carrizo—. Pues bien, Cristina Alcaide, persona de indudable carácter, fue una magnífica funcionaria y especialista de la mayor altura en la materia. Trabajadora sin descanso, fue maestra de presidentes, vocales e innumerables instructores jóvenes y maduros, abogados, economistas y demás profesionales, que tanto le deben por su formación.

Y a todos los demás funcionarios, ya desaparecidos, jubilados altos cargos de las Administraciones Públicas, profesores, directivos de empresas o bien que llevan camino de serlo, les tenemos el mismo reconocimiento y respeto.

Los diferentes países de Europa occidental orientaron sus economías al mercado, incluyendo entre sus principales instrumentos de política económica la de defensa de la competencia. A esta orientación se sumaron los países que abandonaron el sistema de economía planificada. En España la decisión de potenciar la política de competencia comenzó a materializarse en 1985, no solo con los trabajos preparatorios de la nueva Ley, sino también con la aplicación activa de la anterior. Se inician las investigaciones de oficio, se mejora la instrucción de los expedientes y el Tribunal empieza en 1988 a proponer al Gobierno sanciones económicas para los infractores. Al principio, las multas tienen escaso volumen, probablemente, por deseo del Tribunal de establecer una transición entre el largo período sin sanciones y la nueva etapa de aproximación a multas disuasorias que comienzan a imponerse en 1990. En todo caso, el Gobierno acepta e impone íntegramente todas las multas propuestas por el Tribunal, rompiendo así el círculo vicioso formado por las resoluciones simplemente admonitorias del Tribunal y el desinterés de las empresas por reclamar sus derechos ante el mismo.

La denominación de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, marcaba ya una diferencia respecto de la anterior, al destacar la necesidad de defender la competencia. El control de las conductas se adaptó fielmente a los entonces artículos 85 y 86 del Tratado CEE, comprendiendo tanto el aspecto represivo, con las consiguientes prohibiciones, como el preventivo, al establecerse por primera vez en España el control de las concentraciones económicas desde la competencia, si bien el Servicio y el Tribunal tendrían una función consultiva, correspondiendo al Gobierno la decisión final de cada operación, como sucedía en otros países europeos.

El contenido de las resoluciones del Tribunal ha venido contribuyendo inequívocamente a promover y extender la competencia y ha sido generalmente aceptado que el sistema de la Ley 16/1989 tuvo resultados bastante destacables, aunque durante su vigencia se suelen distinguir altibajos y diferentes etapas. Sin embargo, cuando las conductas restrictivas contaban con el correspondiente amparo legal o de las propias Administraciones Públicas, el TDC volvió a utilizar su antiguo recurso de proponer al Gobierno las reformas necesarias, como la remoción de los obstáculos legales oportunos, identificando a la Administración responsable. Así, en sectores controlados por mono-

polios o con regulaciones que impedían el acceso de nuevas empresas, la introducción de competencia fue el objetivo prioritario, como determinó el Tribunal, especialmente, entre 1992 y 1995. Nuestra felicitación por su gran acierto a quien desde la presidencia del Tribunal dirigió tan importantes informes, Miguel Fernández Ordóñez, que tuvieron una influencia enorme en la liberalización y desregulación, especialmente, de los sectores de servicios. Con el Real Decreto-ley 52/1999 se puso fin a los informes de oficio del Tribunal, importante actividad que recuperó la CNC mediante su Ley fundacional 15/2007.

Pero aquí debemos concluir para que continúe el relato de este medio siglo de defensa de la competencia en España en otro artículo que recogerá las experiencias de los últimos cinco Presidentes del TDC y la CNC.

7. A modo de epílogo

Debemos recordar que la mayoría de las críticas que recibió la Ley 110/63 fueron injustas, como la tan reiterada cuando se promulgó al señalar que no era una ley de lucha antimonopolio, pues es sabido que fue una ley que vigilaba comportamientos, pero no regulaba estructuras ni lo intentó ni siquiera llegó a nombrar tal palabra, como tampoco hubo ninguna ley antimonopolio en ningún país de nuestro entorno. Por otra parte, la Ley, que cumplió con el objetivo de alinearnos tanto con las normas de los países de Europa occidental como con las del Mercado Común, constituiría nada más que un primer paso que tendría que ser completado por disposiciones posteriores y con medidas complementarias, sobre todo, de liberalización económica y de empresa pública, lo que no se hizo o se tardó demasiado en hacer.

Lo que faltó hasta que nos aproximamos a la integración en la CEE fue voluntad política para su aplicación, porque la defensa de la competencia y del verdadero libre mercado nunca fue el núcleo duro de la política económica. Lo que sobró con frecuencia fue el desánimo en velar por el mantenimiento de una tensión competitiva suficiente entre las empresas y por la salvaguardia del libre acceso de las nuevas. Si bien el campo para la competencia irrestricta era muy estrecho por el creciente intervencionismo administrativo desde 1963 y por el control de precios (aparte de la exclusión práctica del sector agrícola), todo hace suponer que el grado de cartelización de la economía era importante. No obstante, la permisividad era notable, desafortunadamente. Quien perseveró una y mil veces fue Enrique Fuentes, maestro de maestros, como hizo en marzo de 1995, en una importante conferencia titulada «Competencia y Desarrollo Económico», al trazar para una economía ya integrada en la Unión Europea una estrategia para instaurar un «modelo abierto de economía de mercado», dentro del cual jugaran un papel fundamental la liberalización y la competencia en los mercados de bienes, servicios y capitales.

Referencias bibliográficas

[1] ALCAIDE, C. (2005): «La evolución de la política de defensa de la competencia en “75 años de política económica y del TC y EE”, *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 826, noviembre, pags. 245-258.

[2] BOYER, M. (1975): «La empresa pública en la estrategia industrial española: el INI», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 500. Madrid.

[3] COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: *Estudios e Informes*: web CNC http://www.cncompetencia.es

[4] FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. (1987): «Política de competencia», *Información Comercial Española. Revista de Economía,.* nº 650. Madrid

[5] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. (1999): «Privatización, Desregulación y Liberación de los Mercados», en «*España, Economía: Ante el siglo XXI».* Director José Luis García Delgado. Madrid.

[6] FUENTES QUINTANA, E. (1964): «El precio de la eficacia», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 368. Madrid.

[7] GALÁN CORONA, E. (1977): «*Acuerdos restrictivos de la competencia*», Montecorvo. Madrid.

[8] GARRIGUES, J. (1964): «La defensa de la competencia mercantil». *Sociedad de Estudios y Publicaciones*. Madrid.

[9] GONZÁLEZ, M. J. (1979): *La economía política del franquismo, 1940-70 Dirigismo, Mercado y Planificación.* Editorial Tecnos. Madrid.

[10] GÜNTHER, E. (1963): «La ordenación de la concurrencia en España: condiciones y posibilidades», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, nº 353. Madrid.

[11] MARTÍ, L. (1975) «Estabilización y Desarrollo», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 500. Madrid.

[12] MATÍNEZ-BURGOS, F. y DE LA INFIESTA, J. (1985): «Política de competencia y su repercusión en España». *Papeles de Economía Española,* nº 25. Madrid.

[13] PÁNIKER, S. (1969): «Contestaciones de Alberto Ullastres a Salvador Pániker» en «*Conversaciones en Madrid»*, Editorial Kairós. Barcelona.

[14] SARDÁ, J. (1970): «El Banco de España (1931-1962)», en *«El Banco de España. Una historia económica».* Banco de España. Madrid.

[15] TAMAMES, R. (1961): *«La lucha contra los monopolios»,*Tecnos. Madrid.

[16] TAMAMES, R. (1963): «Empresas y grupos dominantes en la economía española», *Información Comercial Española. Revista de Economía, nº 353. Madrid.*

[17] VARELA PARACHE, M. (2007): «Enrique Fuentes Quintana en el Ministerio de Comercio». *Información Comercial Española. Revista de Economía,* nº 837, pág. 8. Madrid.

[18] VARELA PARACHE, M. (2011): «En recuerdo de Leopoldo Zumalacárregui». *Revista de Ciencias y Humanidades de la Fundación Ramón Areces,* nº 3. Madrid.

Colección **CUADERNOS BÁSICOS**

TODOS los USOS del PRINCIPAL MEDIO de PAGO

Existe la tentación entre los autores especializados en esta materia de contemplar al crédito documentario básicamente como instrumento para el cobro seguro de las exportaciones. Sin embargo, en la segunda parte del Cuaderno se estudia como eficaz instrumento financiero. Este aspecto menos conocido es muy importante cuando hay que competir en los mercados no sólo en calidad, precio, plazo de entrega, etc., sino también en el ofrecimiento de facilidades de pago al importador.

Cierto es que si siempre ha sido importante su utilización, especialmente cuando la empresa inicia su primera fase de internacionalización, lo es más ahora en un entorno de crisis generalizada que obliga a asegurarse más el cobro de las ventas exteriores.

80 páginas
Formato: 130 x 210 mm
PVP: 8 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-7811-761-1

Puede adquirir la obra en Internet, en ICEX y en las principales librerías

ICEX España Exportación e Inversiones
Pº. de la Castellana, 14 - 28046 MADRID - tel.: 91 349 6275/34
c.e.: libreria@icex.es - www.icex.es/publicaciones

ICEX

Miguel Ángel Fernández Ordóñez*
Amadeo Petitbó Juan**
Gonzalo Solana González***
Luis Berenguer Fuster ****
Joaquín García Bernaldo de Quirós*****

LA COMPETENCIA A TRAVÉS DE SUS PROTAGONISTAS

1992-1995. Los informes del Tribunal
Miguel Ángel Fernández Ordóñez

No siempre lo que aparece en la prensa es lo más importante. A veces hay trabajos discretos de servidores públicos que no merecen la atención de los medios y que sin embargo son muy importantes para la transformación del país. Ahora, que los expertos en comunicación han avanzado tanto, los medios reproducen con más frecuencia los mitos elaborados en los gabinetes políticos o empresariales mientras que lo importante se escapa del debate público.

Pero no fue ese el caso de la etapa en la que me tocó presidir el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). Si uno va a la hemeroteca verá que la expresión «los Informes del Tribunal» aparecía sin cesar, y sus recomendaciones se situaron dentro de los debates más importantes sobre la política económica de aquel tiempo. La influencia de los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia fue inmensa. Partidos políticos que no habían mencionado nunca la palabra «competencia» en sus programas, la introdujeron en los que redactaron para las siguientes elecciones. Los grupos de interés y algunos ministerios crearon comisiones o publicaron informes voluminosos que defendían lo contrario de lo que proponía el Tribunal, y se organizaron numerosas conferencias y seminarios sobre la necesidad de liberalizar y desregular los sectores estudiados en los informes.

No es que el Tribunal de Defensa la Competencia en aquella época no hubiera continuado ejerciendo las labores tradicionales del Tribunal como las de perseguir acuerdos y abusos o informar concentraciones. Lo hizo, y le tocó tratar casos muy interesantes. El interesado en estas cuestiones recordará casos importantes como el de la fijación de comisiones por los siete grandes bancos españoles en que se aplicó por primera vez de forma conjunta el derecho español y el europeo, la recomendación de precios de los concesionarios de

* Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1992-1995.
** Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 1995-2000.
*** Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 2000-2005.
**** Expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, 2005-2007 y Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia, 2007-2011.
***** Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia, 2011-2013.

automóviles en la que por primera vez se impuso una multa al presidente de la asociación, o el caso de las ITV en el que se examinaron las consecuencias contra la competencia de una decisión pública. También se trataron interesantes casos de abusos como el de la Liga de Fútbol y algunos otros de Telefónica y colegios profesionales. En concentraciones las más interesantes fueron las de: Ebro, Arbora/Ausonia, El Caserío o la de la SER con Antena 3.

Pero, lo verdaderamente singular de la etapa 1992-1994 fue la tarea de «predicar la competencia», labor que en el mundo anglosajón se denomina *advocacy of competition*, y que se realizó a través de los famosos «Informes del TDC». Las profesiones colegiadas, las telecomunicaciones, los transportes y en general todos aquellos sectores de servicios cuya liberalización tenía algún retraso en relación a nuestros socios europeos, fueron sometidos a los análisis y recomendaciones del Tribunal.

Se ha dicho alguna vez que quienes nos sucedieron no fueron tan activos en esta tarea de predicar la competencia. Debo decir que no estoy de acuerdo, porque el TDC continuó realizando esta tarea. Es verdad que sus informes no tuvieron la trascendencia de los elaborados en esa primera etapa, pero ello no se debe a una peor o menor actividad del TDC sino a que quienes estuvimos en el Tribunal en los años1992-1994 tuvimos mucha suerte, y de esa suerte me propongo hablar en esta breve nota.

El éxito mediático de los informes y su indudable importancia en la transformación de la política económica del país se debió, como siempre que interviene la fortuna, a que, en aquel momento, una serie de factores convergieron en una agraciada conjunción de esas que fascinan a los astrólogos.

Por un lado se contó con un Ministerio de Economía que, a diferencia de otros episodios que hemos vivido en los que el poder ejecutivo tiene celos, o desconfía, o priva de poderes e incluso desprecia a los órganos independientes, se dio cuenta de la importancia que tienen para un buen funcionamiento de la democracia y de la economía de mercado. Aquel Ministerio respetó al Tribunal y lo utilizó sabiamente, encargándole la elaboración de los informes.

Por otro lado las posibilidades de mejorar el funcionamiento de la economía española y por tanto de aumentar la tasa de crecimiento y de empleo, si se liberalizaban los sectores de los que se ocupó el Tribunal, eran muy grandes. Ahora se nos ocurren muchas trabas a la competencia que habría que suprimir de la legislación actual, pero las ganancias en crecimiento, empleo y bienestar que sin duda se conseguirían serían muy pequeñas si las comparamos con las que se produjeron, por dar un ejemplo, al liberalizar las telecomunicaciones. Y es que la introducción en 1994 de una licencia de móvil adicional a la que tenía Telefónica, que fue una de las consecuencias más exitosas de la presión que ejerció el TDC con sus informes, tuvo unos efectos espectaculares. En solo unos meses la cifra de usuarios de móvil duplicó el número que había conseguido Telefónica durante la década que había ofrecido la telefonía móvil bajo monopolio. Nada parecido sucedería ahora, cualquier avance en la liberalización no podría tener la trascendencia que tuvo entonces la liberalización de las telecomunicaciones que se inició en el año1994 y felizmente se reforzó en los años siguientes.

Otro factor de suerte fue el favorable entorno europeo. La Comisión Europea, con algún retraso sobre Estados Unidos cuyas liberalizaciones habían empezado en tiempos del presidente Carter, había emprendido una política de liberalización en industrias de redes como las telecomunicaciones o los transportes. La tarea no fue entonces conseguir que España avanzara en la liberalización más que otros países europeos sino que simplemente bastaba con lograr que lo hiciera al mismo ritmo que los demás. El problema español era que algunos sectores del Gobierno y de la oposición defendían mantener las regulaciones monopólicas. Algunos miembros del Ejecutivo iban a los Consejos Sectoriales comunitarios con el objetivo de conseguir que se retrasara al máximo la liberalización en España. Los ministros volvían orgullosos de Bruselas mostran-

do como trofeos las clausulas de aplazamientos de la liberalización aplicables a nuestro país. Por ello la tarea de los Informes del Tribunal fue tan fácil como la de convencer de los beneficios de aceptar los calendarios de liberalización que los Consejos Europeos establecieron para la mayoría de los países.

Finalmente hay que hablar de la suerte de que el Tribunal contara como componentes del mismo con unos servidores públicos que, pese a no haberse dedicado nunca a esta función de promover la liberalización, la cumplieron de una forma totalmente eficaz y eficiente.

Debo decir que nunca imaginé que mis colegas pudieran hacer el trabajo de la forma en que lo hicieron. No por falta de capacidad profesional, pues estaba demostrada tanto por sus curricula como por el trabajo realizado en el Tribunal, sino porque esa experiencia estaba basada más en la defensa de la competencia que en la de promover la liberalización. Me equivoqué totalmente, fue un feliz descubrimiento comprobar cómo aquellos que se ocupan de la defensa de la competencia, y que por tanto son expertos en descubrir los obstáculos de la competencia que introducen las empresas y otros agentes económicos, son los que mejor que nadie pueden detectar en las normas aquellos obstáculos que los grupos de interés han conseguido situar en las regulaciones públicas. El máximo deseo de cualquier vendedor es tener un monopolio. Como apuntó Adam Smith, la tendencia natural, humana, es abusar de una posición de dominio, llegar a acuerdos de precios o disminuir la competencia comprando al competidor. Pero esto es perseguido hoy por el propio Estado, y si le descubren no solo se le acaba el invento sino que incluso puede ser sancionado por ello. Sin embargo, si se consigue incluir en la regulación unas normas que tengan un efecto equivalente al de esas prácticas, se está en el mejor de los mundos, puesto que no solo el Estado deja de perseguirle por ello sino que incluso la Administración pone a su disposición los medios —funcionarios y jueces— para acabar con los competidores.

Además, el trabajo se hizo con una eficiencia extraordinaria puesto que los recursos del Tribunal, tanto presupuestarios como de personal, eran mínimos. Al abandonar mi presidencia bromeaba diciendo que gracias a mi gestión se había triplicado el número de titulados que ayudaban al Tribunal en su trabajo. Y era verdad: había pasado de ser una persona a ser tres personas. En los 40 años de mi vida profesional no he visto nunca a la Administración hacer algo tan importante contando con tan pocos recursos. Y es que ese fue uno de esos casos en que las cosas sucedieron como nos gustaría que sucedieran siempre: que las buenas ideas se acabaron imponiendo, a pesar de que quienes estaban enfrente defendiendo intereses empresariales o corporativos y empleando ingentes recursos de todo tipo en la defensa de sus posiciones, acabaron perdiendo.

La historia no se repite y hay que celebrarlo pues la vida sería más aburrida si hubiera que copiar todo lo que hicieron nuestros antecesores. Ya nadie podrá ahora hacer nada parecido en las telecomunicaciones o en el transporte aéreo que produzca una transformación tan importante como la que se produjo en su día en estos sectores. Pero sí se puede aprender algo de aquella experiencia; y es que, si hay Gobiernos que son favorables al mercado (y esto es cosa distinta de ser favorables a las empresas), siempre se pueden encontrar nuevas áreas en las que se puede progresar en la liberalización o mejorar la regulación. Y si, como sucedió en aquel caso y es usual en los países mas desarrollados, se respetan, se nombran y se utilizan adecuadamente los órganos independientes, se puede avanzar con mayor rapidez en el diseño y aplicación de las mejores políticas económicas.

1995-2000. Cinco años intensos
Amadeo Petitbó Juan

Con fecha 9 de febrero de …., el Consejero delegado de una importante empresa catalana dirigió una carta a uno de los subsecretarios —censor de las publicaciones de su ministerio, al mismo tiempo— de la época. Tras encabezar la misiva con un contundente «Distinguido amigo», le agradeció la «preparación» de una entrevista con el ministro unos días antes. En dicha carta, el remitente recordaba al subsecretario «la urgencia de sensibilizar al Tribunal de la (sic) Defensa de la Competencia de los razonamientos de….» en relación con una operación de concentración. A todo ello añadía: «Como estos días son decisivos para que el Tribunal eleve su dictamen al Gobierno…te agradeceremos que pudieras hacer llegar al Tribunal el interés que el Ministerio tiene en mantener en España la producción de Productos de…de alta tecnología y calidad de…, en competencia con las Multinacionales establecidas en el Mercado Común Europeo. Actualmente no hay barreras de entrada y el Mercado Español no se encuentra aislado del resto del Mercado Común.».

No puedo saber el recorrido de la solicitud desde el despacho del destinatario de la carta. Lo que sí sé, y está debidamente acreditado, es que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) consideró que la operación de concentración tendría como consecuencia efectos relevantes sobre el mercado pero que, dada la apertura del mercado español a la competencia de otros productos fabricados por nuevos competidores que actuarían como elementos compensatorios de la eventual restricción de la competencia, la operación —como no podía ser de otra forma— debía ser considerada adecuada si bien sometida a determinadas condiciones que, posteriormente, fueron consideradas pertinentes por el Consejo de Ministros. En todo caso, siempre queda abierta la cuestión de qué saben las autoridades acerca del futuro de los mercados.

Quiero señalar con este ejemplo que en aquellos tiempos —hace más de 20 años— muchos empresarios consideraban que los asuntos relacionados con la competencia podían ser analizados y defendidos en los despachos de los ministerios y que desde las moquetas del poder las peticiones discurrirían por caminos diáfanos hasta las autoridades de defensa de la competencia, que podrían tomarlas en consideración. Como se pudo comprobar, se trataba de un intento vano pues no es fácil influir sobre la voluntad de un órgano colegiado —como el TDC— que incluía entre sus virtudes, y como referencia general, la independencia. Un análisis de sus decisiones permite cualificar el alcance de dicha afirmación. Además, el voto particular, ejercido con rigor y honestidad, es un arma poderosa que refuerza la libertad de criterio. Aquel tipo de misivas, por contrarias al espíritu de la competencia, deberían hacerse públicas.

El proceso

El día 7 de abril de 1995, Miguel Ángel Fernández Ordóñez cesó, por renuncia, como Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia para pasar a presidir la recién creada Comisión del Sistema Eléctrico Nacional. Por algunas razones, nunca explicadas, el Tribunal estuvo sin presidente hasta el mes de septiembre del mismo año, ocupando la presidencia en funciones, con acierto y eficacia, quien a la sazón era su vicepresidente, Ricardo Alonso Soto, Catedrático de Derecho Mercantil. Recuerdo que en el mes de mayo de 1995 cesó, por renuncia, uno de los vocales quedando el Tribunal, con solo cinco vocales, además del vicepresidente en funciones de presidente. Este hecho supuso que el Tribunal contara con el número mínimo de miembros imprescindible para su constitución válida. En esta situación de precariedad institucional, más allá de las cuestiones de fondo, en el ministerio se discutió, sin prisas, si era mejor un presidente con perfil político o con perfil técnico. Las opiniones estaban divididas pero, tras una larga espera, se impuso el criterio del perfil técnico.

Mi nombramiento fue algo totalmente inesperado para mí. Estando en uno de los jurados de las becas

de La Caixa, recibí una llamada telefónica comunicándome que mi persona era considerada idónea para ocupar el cargo de presidente del TDC, algo que yo nunca había pensado aunque tenía conocimiento de otros nombres como posibles candidatos, alguno de los cuales se había ofrecido al ministro. Se me daba muy poco tiempo para dar una respuesta pero acepté inmediatamente la propuesta porque me parece lógico que cuando se lleva la pesada carga de los años, las cosas están suficientemente pensadas; cosa distinta es tomar la iniciativa. En todo caso, quiero dejar claro que yo tenía otro candidato y, en consecuencia, había defendido su nombre. Inmediatamente renuncié a mi puesto como vocal del tribunal y al día siguiente comprobé, con temor, que Mariano Guindal —que todo lo sabía— daba por hecho mi nombramiento en las páginas de La Vanguardia. Lo consideré una indiscreción innecesaria inspirada, en todo caso, por la amistad y por la profesionalidad de un excelente periodista. Pero una indiscreción temeraria.

Efectivamente, por sendos Reales Decretos 1532 y 1533, de 15 de septiembre de 1995, el Consejo de Ministros, «previa deliberación» y a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda (D. Pedro Solbes), dispuso mi cese por «renuncia por pase a otro destino» como Vocal del TDC y mi nombramiento como Presidente. Algo que siempre he agradecido aunque sabía que, en un contexto cartelizado y sometido a demasiadas normas reguladoras ineficientes, la tarea no sería sencilla.

Como el lenguaje de los gestos es relevante, consideré oportuno no tomar posesión de mi puesto en un acto público en las dependencias del Ministerio de Economía y Hacienda. La posición del ministro era, justamente, la contraria. La consecuencia fue la no convocatoria del habitual acto público que, en general, se traduce en un acto social a mayor honra y gloria del nombrado y, posiblemente, de quien tiene el poder de proponer. Algo que, en mi caso, no tenía mayor importancia. Pero sí la tenía el gesto de independencia que no excluía ni el respeto al ministro ni la gratitud.

Tras la toma de posesión administrativa, los primeros momentos no fueron fáciles. Por ejemplo, debo mencionar cierta incomprensión por parte de algún sector de la prensa que se había sentido afectado negativamente por alguna decisión del Tribunal, al menos discutible. Afortunadamente, todo pudo aclararse desde la perspectiva de la legislación sobre la defensa de la competencia y de la libertad de mercado. Pero no fue sencillo.

Una cuestión adicional que parece inherente a las reacciones de algunos miembros de los partidos políticos tras una victoria electoral. No es infrecuente que haya opiniones favorables a cambiar todo lo establecido por el partido perdedor, incluidos los responsables de órganos independientes, como era mi caso. Las insinuaciones existieron pero fueron atajadas por la firme convicción del Presidente del Gobierno —Don José María Aznar— de que los órganos independientes deben ser respetados —por su independencia— y que lo relevante es el trabajo bien hecho y la lealtad —que no fidelidad— institucional. Posición que merece todo tipo de parabienes por ser reflejo de seriedad política y respeto a los principios esenciales de funcionamiento del Estado de derecho. En todo caso, la cuestión que queda abierta es la estrategia seguida en los nombramientos. El principio de las cuotas y de las amistades no es, necesariamente, el mejor.

Los medios

Tras los primeros escollos, afortunadamente superados por el dominio del sentido común y el respeto institucional, faltaba superar el más relevante para la actividad cotidiana: la escasez de medios para llevar a cabo una ingente tarea consistente en asegurar que, en un contexto económico fuertemente cartelizado y dominado por multitud de regulaciones ineficientes, los mercados operaran de acuerdo con los principios de la libre y leal competencia en beneficio de los consumidores, de los operadores económicos eficientes y, en general, del conjunto de la economía.

El entorno donde se lleva a cabo la actividad es relevante. En aquel caso, la sede del TDC continuaba siendo la misma desde el año 1965: escasa e inadecuada. La actividad se había incrementado significativamente y los 782 m^2 del edificio resultaban insuficientes, especialmente si se considera que, deduciendo el espacio destinado a sala de audiencias, biblioteca y archivo, la superficie útil para despachos se limitaba a 384 m^2. En esta superficie convivían 31 funcionarios, incluidos los vocales, más el personal laboral. No era mucho comparado con otros órganos de la Administración. Pero no impedía llevar a cabo la tarea encomendada con eficacia y puntualidad. No hubo retrasos en las Resoluciones.

El presupuesto no era boyante: 35.800.000 pesetas asignadas al capítulo 2, y 4.400.000 pesetas para el capítulo 6, inferior al del año 1994 casi en un 30 por 100. Se demostraba, en consecuencia, el gran espacio que tenía el Gobierno para reducir el gasto público. Recomiendo al lector un ejercicio sencillo: divida el gasto total por el número de expedientes tramitados. Con toda seguridad se asombrará cuando conozca el gasto medio por expediente. Especialmente si se compara con el gasto medio de expedientes similares desarrollados por otros órganos de la Administración.

El TDC era, pues, una organización minúscula. Los combates argumentales con las grandes corporaciones, los gremios y los grandes despachos eran combates desiguales. No podía hablarse de igualdad de armas. Era necesario, en consecuencia, mantener un mecanismo que permitiera ganar reputación ante la sociedad y, sobre todo, ante las empresas eficientes y ante los consumidores. Los análisis económico y jurídico y el sentido común eran los mejores aliados.

El TDC no contaba con un director de comunicación prudente pues no tenía recursos para cubrir su coste. Lo que, en principio, parecía un inconveniente se transformó en su punto fuerte. La prudencia habitual fue sustituida por la contundencia argumental y la fuerza de la razón. Así fue como el TDC reforzó su reputación ante la sociedad.

Los Vocales del TDC y su Presidente no podían pronunciarse acerca de los expedientes en trámite. El TDC hablaba a través de sus resoluciones y de alguna indiscreción interesada. En todo caso, nada impedía que sus miembros participaran en debates acerca de los asuntos tratados en sus informes y de sus argumentos acerca de la necesidad de proceder a remover multitud de estorbos —que diría Jovellanos— que permitían que determinados operadores económicos obtuvieran beneficios extraordinarios durante periodos de tiempo extensos, más allá de los justificados por su eficiencia y buen hacer.

Actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia

Con este panorama como referencia, era necesario dar a conocer a la sociedad el pensamiento y la labor del Tribunal. Y, en particular, desarrollar una intensa actividad dirigida a promover las modificaciones normativas necesarias con el fin de reducir el impacto negativo de un sinfín de normas reguladoras ineficientes. Con este objetivo, el Tribunal participó en multitud de foros en defensa de sus planteamientos, con una clara vocación divulgadora. El resultado final fue que, dada la continua presencia en los medios de comunicación de las actividades y opiniones del Tribunal, su conocimiento por parte de la sociedad fue general. Sus opiniones, como norma, eran bienvenidas pero, también, criticadas por quienes veían denunciados sus privilegios injustificados. Pero su misión genuina era pronunciarse en relación con los casos sometidos a su consideración.

El TDC tuvo una actividad intensa desde el punto de vista doctrinal. La creatividad fue muy alta y la discusión —casi permanente en los primeros años del mandato— enriquecedora. El proceso de aprendizaje colectivo fue rápido pues el Tribunal contaba con expertos de primer nivel. Personalmente, puedo decir que soy un economista que aprendió mucho de los juristas.

a) Operaciones de concentración

El TDC tuvo que resolver casos particularmente complejos en relación con las operaciones de concentración. Con el paso de los años soy partidario del control *ex-post* y de eliminar el intervencionismo que supone el control *ex-ante* pues no tenemos tantas dotes de predicción para adivinar, con precisión, qué sucederá en el futuro.

Un ejemplo de complejidad se pone de relieve al considerar el camino que condujo a la resolución recaída sobre la notificación voluntaria de operación de concentración entre Telefónica de España SA y Canal Plus SA. Dicha operación fue la reacción a la denuncia ante las autoridades de defensa de la competencia presentada por Antena 3 Televisión SA, por acuerdo restrictivo de la competencia y abuso de posición de dominio por parte de las citadas empresas, consistente en la firma de un «Acuerdo estratégico» para operar conjuntamente en el sector de las telecomunicaciones por cable.

Operaciones de esta naturaleza no son de resolución fácil. Ni las discusiones en la sede de la organización son intelectualmente pacíficas. En el caso mencionado, además, el asunto era particularmente complejo por la posibilidad de que la operación fuera considerada de dimensión comunitaria, en cuyo caso la autoridad competente sería la Comisión Europea. Llegado el momento decisivo, el Tribunal, por mayoría, recomendó al Gobierno que «no se pronunciará sobre la operación… hasta tanto no recaiga una decisión formal de la Comisión Europea sobre la dimensión comunitaria o nacional de la operación». La decisión mayoritaria del Tribunal fue acompañada de tres votos particulares, expresión de lo complejo que era el asunto.

Este caso, nada sencillo, coincidió casi con mi nombramiento. En consecuencia, fue enormemente aleccionador. Marcó una hoja de ruta. Si me he extendido en la explicación es, tan solo, para poner de relieve la riqueza intelectual de la tarea encomendada al TDC y la dimensión del trabajo realizado.

Además, por su relevancia en el contexto del recuerdo, pueden mencionarse otras decisiones relativas a operaciones de concentración de particular interés: Ura/Legrand; Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, SA/Sociedad General Azucarera de España, SA; Parmalat SpA/Clesa, SA; Gas Natural/Endesa; Heinecken/Cruz Campo o Banco Santander/Banco Central Hispano.

La lectura de los dictámenes del TDC en materia de operaciones de concentración pone de relieve el espíritu escasamente intervencionista y su confianza en los mecanismos del mercado.

b) Resoluciones

No menos relevantes fueron las resoluciones contra acuerdos entre empresas que, eliminando la competencia entre ellas, pretendían instaurar un régimen de monopolio conjunto en el mercado en su propio provecho y en perjuicio de sus clientes, fueran empresas o consumidores. En ocasiones, con la intervención de los sindicatos. En algunos casos se trataba de cárteles relevantes, descubiertos sin necesidad de chivatos ni programas de clemencia. Ejemplos de resoluciones del período considerado, mencionadas por su título, que no responde necesariamente con la empresa infractora, son: Pan de Barcelona, Cosméticos en farmacias, Industria lácteas, Desmotadoras de algodón, Vacunas antigripales, Alimentos infantiles, Industria del azúcar o Transporte aéreo regular, por citar tan solo algunos casos.

También deben mencionarse las Resoluciones recaídas sobre conductas de abuso de posición de dominio. Se trata de conductas llevadas a cabo por empresas que han alcanzado una posición de dominio en el mercado relevante que explotan en su propio beneficio y en perjuicio de sus clientes. Como ejemplos de la época pueden citarse los siguientes: Airtel/Telefónica, BT/Telefónica, Tabacos de Canarias o Funerarias de Madrid.

En este punto quiero mencionar, con el debido respeto, que mi interpretación de los hechos, en ocasio-

nes, no ha coincidido con la del órgano jurisdiccional que revisa las decisiones del TDC. Por su relevancia quiero destacar el caso Tabacos de Canarias en el que, a mi juicio, quedaba perfectamente acreditado el abuso por parte de Tabacalera, aunque dicho abuso no fuese reconocido por la Sala del Tribunal Supremo debido al uso excesivamente mecánico de la doctrina comunitaria. Pero estos eran los gajes del oficio.

c) Informes

Poco antes de mi nombramiento, el Tribunal publicó el informe: *La competencia en España: Balance y nuevas propuestas*. Uno de los objetivos del documento era poner de manifiesto que «la competencia no solo contribuye a incrementar la eficiencia económica, sino también permite alcanzar una solución más deseable desde el punto de vista social que la que se logra mediante las situaciones de monopolio o de restricciones a la competencia». Y, en particular, se quiso explicar la dimensión social de la competencia.

El informe puede calificarse como relevante. Seguía la tradición del anterior (*Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*) que contribuyó a estremecer la «vida tranquila» de no pocos monopolistas y administradores públicos.

El informe hacía un balance de las políticas de introducción de competencia aplicadas desde la publicación del informe anterior (servicios profesionales, telecomunicaciones, suelo, transporte, energía eléctrica, monopolios locales y servicios de instalación y mantenimiento), se valoraban algunas de las reformas acometidas en actividades sobre las que el TDC no había realizado propuestas y, por último, se presentaban nuevas recomendaciones de liberalización e introducción de competencia en cinco nuevos mercados: banca al por menor, puertos, distribución de productos petrolíferos, cinematografía y oficinas de farmacia. A estos informes les seguirían otros como: *El precio fijo de los libros,* amén de multitud de pronunciamientos sobre propuestas de modificación normativa que, en algunos casos, como el del mercado del tabaco, no fueron recibidos con parabienes por los proponentes de la nueva regulación.

Recuerdo la intensidad argumental y emocional de algunos debates públicos relacionados con los informes. El más efervescente tuvo lugar con los farmacéuticos que, en Barcelona, se aproximaron a la agresión física en la sede del Colegio de Abogados. Pero el hecho no revistió mayor importancia pues, como es sabido, el combate contra los privilegios nunca es pacífico, como señalo Adam Smith en su *Riqueza de las Naciones*: «El miembro del Parlamento que apoya las propuestas para fortalecer dicho monopolio puede estar seguro de adquirir no solo la reputación de ser un experto en economía política sino también popularidad e influencia entre una clase de personas cuyo número y riqueza les proporcionan una enorme importancia. Por el contrario, si se les opone, y aún más si tiene suficiente poder como para desbaratar sus planes, entonces ni la honradez más acrisolada, ni el rango más prominente, ni los más grandes servicios a la comunidad podrán protegerlo de las agresiones y los ataques más infames, los insultos a su persona y en ocasiones hasta los verdaderos peligros derivados de la ira insolente de monopolistas furiosos y frustrados». En la época en que fueran escritas estas palabras no había autoridad de defensa de la competencia.

La actividad de fomento y promoción de la competencia, más allá de lo dispuesto en sede colegiada, cubría prácticamente, todo el calendario útil. Con ello, el TDC era conocido, respetado y solicitado para emitir opinión. Las resoluciones por abusos de posición de dominio y por acuerdos entre empresas —dependientes de la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia— eran el complemento de una actividad técnicamente instruida y socialmente reconocida.

La prudencia aconseja detenerse en este punto y no desvelar ahora lo que debe ser juzgado más adelante, justo antes del olvido. Muchas actitudes deben permanecer en el recuerdo permanente.

Balance

¿Un balance? Una etapa creativa en el contexto de unos equipos intelectualmente efervescentes —en su conjunto— mayoritariamente libres y guiados por el objetivo de contribuir a mejorar la eficiencia de la economía española y el bienestar de sus ciudadanos a través de la eliminación de los privilegios injustificados.

Solo falta una mayor utilización del análisis económico, el abandono del análisis limitado a las conductas por objeto —expresión de la pereza administrativa— y su sustitución por el análisis de las conductas sobre la base de sus consecuencias y de la aplicación de los principios del análisis económico. Y, por último, sustituir el análisis *ex-ante* de las operaciones de concentración por un análisis *ex-post*.

Terminado mi mandato —reducido en un año por modificación de la Ley Reguladora— se me ofreció seguir. Es bueno tener la mente clara y saber retirarse a tiempo. Lo que me ha sucedido después también ha sido muy relevante.

2000-2005. Cincuenta años de la Ley de Defensa de la Competencia: avances y retos
Gonzalo Solana González

En los 50 años transcurridos desde que en España se implantase la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, la economía española ha registrado profundas transformaciones.

Muchos han sido los factores que han contribuido a estos cambios. En el plano político, la implantación de la democracia y la adaptación de nuestras normas e instituciones a los estándares europeos. En el ámbito económico destacan las medidas adoptadas en los Pactos de la Moncloa, que facilitaron la corrección de acusados desequilibrios existentes, y los esfuerzos realizados para la plena integración y participación de nuestro país en la construcción de la Unión Económica y Monetaria europea.

En los avances registrados han jugado un papel determinante tanto los efectos derivados de la apertura de la economía española, y la consecuente internacionalización de la actividad, como la introducción de mayor competencia efectiva en los mercados internos.

En este tránsito, la legislación de la defensa de la competencia ha desempeñado un papel importante adquiriendo una trascendencia creciente, tanto en lo que se refiere a los medios disponibles para su aplicación como en el reconocimiento de la sociedad a su función. De hecho se ha convertido en una parte esencial de la política económica actual, en la que las actuaciones por el lado de la oferta son cada día más relevantes ante la creciente globalización de las relaciones económicas a nivel mundial.

La razón de ser de la Defensa de la Competencia

Con el transcurso de los años la legislación de la defensa de la competencia ha ido evolucionando, adaptándose a los cambios del entorno económico e institucional, dotando a las autoridades de más y mejores medios, pero mantenimiento invariable su razón de ser: garantizar la libertad de empresa y contribuir a que un mejor funcionamiento de la economía se traslade a los ciudadanos en términos de un mayor bienestar económico.

A este respecto conviene recordar lo establecido tanto en el preámbulo de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia como en la exposición de motivos de su antecesora, la Ley 16/89.

Así, el preámbulo de la normativa en vigor comienza destacando que «el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma de los poderes públicos…La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes…Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado».

Por su parte, en la Exposición de Motivos de Ley 16/89 se señalaba que «la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa… La defensa de la competencia ha de concebirse como un mandato de los poderes públicos que entroncan directamente con el artículo 38 de la Constitución».

En estos dos textos se concretan con una claridad meridiana la razón de ser de la defensa de la competencia y se establece su marco de actuación.

En primer lugar, queda claro que su razón de ser es proteger el ejercicio de uno de los derechos constitucionales básicos recogidos en el Título II de la Constitución Española relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos, en este caso la libertad de empresa. «La

competencia,… constituye en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de libertad de empresa».

En segundo lugar, se entiende que la defensa de la competencia es una intervención de los poderes públicos para garantizar el buen funcionamiento de los mercados, pero que esta intervención debe ser medida y justificada al señalarse que «resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir innecesariamente en la toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado».

Por último, queda claramente de manifiesto la importancia que para la economía de mercado tiene la competencia, pues introduce más eficiencia en el sistema económico, permite disponer de más productos y servicios y en mejores condiciones, tanto de precios como de calidad y servicio y, en definitiva, es un elemento fundamental para una mejora del bienestar del conjunto de la sociedad.

Retos de la Defensa de la Competencia en España

A pesar de que la sociedad reconoce mayoritariamente la importancia y la trascendencia de la competencia y de que el conocimiento de la legislación de la defensa de la competencia es creciente, se constata que esta materia es todavía bastante controvertida.

Aunque es entendible que los operadores económicos que son sancionados o que deben cumplir trámites ante las autoridades de defensa de la competencia puedan discrepar de las decisiones o quejarse por los costes en que tiene que incurrir, es preocupante que entre muchos empresarios prevalezca la idea de que la Ley de Defensa de la Competencia es una «ley contra las empresas», cuando, como se ha explicado con anterioridad, su razón de ser es la contraria.

Es difícil establecer con exactitud cuáles son los motivos que explican esta percepción pero entre ellos habría que revisar la influencia de cómo se transmite a la sociedad las actuaciones de las autoridades competentes. A este respecto, en los últimos tiempos el mensaje principal que se ha trasladado es el relativo a la imposición de elevadas multas, lo que ha dejado en un segundo plano la justificación de la intervención en defensa del interés general y de las medidas que se derivan de las resoluciones.

También sería preciso valorar hasta qué punto afecta negativamente a la imagen de la defensa de la competencia el que sus actuaciones sean exclusivamente, o al menos principalmente, de carácter represivo y desde la Administración, bien sea en las actuaciones contra conductas restrictivas de la competencia o en el control de concentraciones

La defensa de la competencia debe ser un objetivo de toda la sociedad y hay que establecer mecanismos de mayor participación de la sociedad civil. De hecho, en muchos países de nuestro entorno las actuaciones de las autoridades se complementan de una manera mucho más activa con iniciativas de institutos, fundaciones, centros universitarios u otros entes que participan en la defensa de la competencia mediante iniciativas dirigidas a explicar mejor la legislación, a promover acciones que faciliten una mayor competencia o a revisar la situación de la competencia en mercados de productos o servicios básicos. En definitiva, a complementar la faceta represiva que se aplica desde la Administración con una participación más activa desde la sociedad civil, con la divulgación y concienciación de las ventajas de la libre competencia.

En este sentido, es preciso que organismos empresariales intermedios se involucren más en la defensa de la competencia y contribuyan a un mejor conocimiento de la legislación existente, sobre todo entre las empresas de menor dimensión, dada la elevada participación de las mismas en el tejido empresarial español. Las empresas españolas y todos los operadores económicos tienen que interiorizar en sus decisiones diarias las implicaciones de la legislación de defensa de la competencia de la misma manera que lo hacen con otras materias, como la laboral, fiscal, financiera,..

Es cierto que la defensa de la competencia es una materia relativamente reciente, comparada con otras que afectan a la actividad empresarial, y que presenta una cierta complejidad pero ello no exime de su cumplimiento.

Por otro lado, es especialmente importante que las intervenciones públicas estén debidamente justificadas y sean proporcionales a los objetivos que explican su razón de ser.

En este sentido, es fundamental la fundamentación jurídica de las resoluciones. Uno de los principales activos que ha acumulado la defensa de la competencia en España es que ha razonado extensamente sus decisiones, lo que ha contribuido a garantizar los derechos de las partes afectadas y ha creado una doctrina u orientación sobre sus interpretaciones. La absoluta separación que existía entre el órgano de investigación y resolución con el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia favorecía que el análisis de las decisiones en dos órganos claramente diferenciados fuese amplío y se complementara, sobre todo al existir un organismo dedicado exclusivamente a la resolución. El cambio organizativo derivado de la Ley 15/2007 con la creación de la Comisión Nacional de la Competencia y su continuidad en la actual Comisión Nacional de Mercados y Competencia puede dificultar la continuidad de este modelo, por lo que es pertinente hacer los mayores esfuerzos para justificar lo máximo posible estas intervenciones.

Por otra parte, es preciso garantizar a las partes afectadas una capacidad de defensa suficiente y equilibrada en un expediente, y que el uso por parte de la Dirección de Competencia de la información reservada sea limitada a sus fines, es decir, comprobar que existen indicios suficientes de infracción de la ley para decidir si es pertinente incoar un expediente.

Mención especial requiere la introducción de la figura de la clemencia en nuestra legislación. Sin duda, este instrumento ha permitido enfrentarse y actuar con eficiencia contra los cárteles, una práctica muy dañina para la competencia contra la que no se disponía de medios suficientes para luchar contra ella. Pero su aplicación presenta algunos aspectos preocupantes. En primer lugar, puede ser utilizada, en el sentido textual de la palabra, por determinadas empresas que han formado parte de estos acuerdos prohibidos con fines espurios, muy alejados del interés general, y que son contrarias a los fines que sigue la defensa de la competencia. En segundo lugar, puede llevar a que las autoridades se centren casi en exclusiva en estas prácticas tan perjudiciales y se relaje la actuación contra abusos de posición de dominio y otras conductas anticompetitivas.

Por último, una referencia a la política de sanciones. Las sanciones han de ser acordes a lo establecido en la legislación, de la suficiente cuantía para que desestimulen el incumplimiento de la legislación pero sin que provoquen la desaparición de competidores en el mercado. El objetivo fundamental de la defensa de la competencia es evitar un deterioro de las condiciones de competencia efectiva en los mercados.

Un balance muy satisfactorio

Transcurridos 50 años desde la entrada en vigor de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia el balance de la aplicación de la defensa de la competencia en España es muy satisfactorio.

Las sucesivas modificaciones legislativas sin lugar a dudas han mejorado las condiciones para una mejor y más efectiva aplicación de la defensa de la competencia en España y para que haya una mayor y mejor cultura de la libre competencia en nuestro país. Y de ello tenemos que felicitarnos.

Por ello, aunque quedan retos por afrontar, hay que valorar muy positivamente la aplicación de la defensa de la competencia en España y animar a los actuales responsables a que sigan trabajando para que la defensa de la competencia sea respetada en España, mediante una aplicación rigurosa y fundamentada de la legislación.

2005-2011. Un sexenio inolvidable y la transición del Tribunal de Defensa de la Competencia a la Comisión Nacional de la Competencia

Luis Berenguer Fuster

El 30 de septiembre de 2005 fui nombrado Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, y ya en mi toma de posesión anuncié lo que era un secreto a voces: iba a ser el último Presidente del Tribunal. No descubría secreto alguno porque —¡por fin!— se había abierto un proceso de reforma del sistema español de defensa de la competencia que implicaba un profundo cambio institucional pedido desde hace tiempo por muchas voces, entre las cuales se contaba la mía.

El sistema español de defensa de la competencia tenía un esquema institucional diseñado en 1963 y mantenido en la Ley de 1989, pero que no se sostenía en 2005; un sistema dual basado en la existencia de dos autoridades: Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia. El consenso mayoritario de los especialistas abogaba por la unificación de ambos organismos e incluso en 1997 se creó una comisión técnica que sugirió cambios, pero que no fueron introducidos en lo que acabó siendo una mera reforma cosmética de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) realizada por la Ley 52/1999. Pero en 2004 la creación de una única autoridad de la competencia que viera reforzada su independencia había llegado a ser una petición ampliamente mayoritaria, y el Ministerio de Economía y Hacienda había abierto un positivo proceso de debate mediante la publicación de un Libro Blanco, proceso que fue impulsado y dirigido por la entonces Directora General de la Competencia, Nadia Calviño.

Como resultas del debate, se presentó el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que terminó convirtiéndose en la Ley 15/2007, aún vigente en sus aspectos fundamentales, que creó la institución única, la Comisión Nacional de la Competencia. El proceso de elaboración de esa Ley estuvo, al igual que el debate abierto como consecuencia del Libro Blanco, presidido por el respaldo técnico de los especialistas y el consenso político, lo cual en aquellos momentos se consideraba indispensable para la consolidación, y permanencia, del nuevo sistema. Buena prueba de esa afirmación la constituye su aprobación por unanimidad en el Parlamento así como las múltiples opiniones favorables que se publicaron en todos los medios especializados.

La nueva Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2007 y por mor de lo dispuesto en la correspondiente disposición transitoria, pasé a convertirme en el primer Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia. No era fácil la tarea que teníamos ante nosotros, pero creo que, a pesar de las dificultades y con la ayuda de un excepcional grupo de funcionarios y personal que se empeñaron en ello, con un cierto espíritu de cruzada, pudimos conseguir el objetivo que no consistía ni más ni menos que convertir la Autoridad española de la competencia en una institución prestigiosa tanto dentro de Europa como a nivel mundial.

Pero, para ello, la primera tarea consistía en fusionar los dos anteriores organismos encargados de la competencia: Tribunal y Servicio. Debo confesar que ésa constituyó mi principal preocupación. Ambos organismos habían venido funcionando no solo de forma separada sino con frecuencia enfrentada desde su creación. Pero de esas dos partes había que crear un todo, y así hubo de hacerse mediante la participación en la elaboración de normas de desarrollo (Reglamento y Estatuto) y, también cuando fue necesario, con cierta dosis de mano izquierda. La aportación en tal tarea de los dos primeros Directores de Investigación, Carlos Pascual y Clara Guzmán, fue fundamental para conseguir ese objetivo, ya que si no nos considerábamos todos parte de un todo, difícilmente podríamos ofrecer ni una imagen frente al exterior ni un trabajo que mereciera el reconocimiento intelectual de todo el colectivo dedicado al mundo de la competencia. Es cierto que hubo que resolver problemas que no estaban previstos en la Ley, e incluso que la solución dada en la misma podría convertirse en una fuente de conflictos entre la Dirección de Investigación y el Consejo. Fue preciso, por lo tanto, arbitrar fórmulas flexibles e imaginativas que implicaran que donde podría haber un nido de

conflictos, se sustituyera el conflicto por la colaboración entre todos en aras del prestigio y buen funcionamiento de la CNC. Y en ese orden de cosas la adecuación de la estructura orgánica a las necesidades de una moderna autoridad constituía un elemento esencial; y las medidas adoptadas en el Estatuto, como por ejemplo superar la división que antes existía entre las Subdirecciones (tanto en el Servicio como en el Tribunal), que implicaban el establecimiento de estructuras estancas entre la persecución de conductas y la tramitación de los expedientes de concentración empresarial, para, en su lugar, crear subdirecciones sectoriales, según el modelo de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, resultó fundamental.

Pero eran más cosas las que había que adaptar para el despegue de la nueva Autoridad, y para ello se aprobó el Plan de Lanzamiento 2008-2009, en el que, entre otros extremos, se adquiría un profundo compromiso a favor de la transparencia. Concluido, creo que exitosamente, ese Plan, se aprobó un Plan de Actuación para el período 2012-2015. El cumplimiento de ambos ha regido la vida de la CNC hasta su conversión en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Pero, al tiempo, era necesario centrarse en la persecución de las conductas más dañinas para la competencia. Con anterioridad algunos malvados aseguraban que el TDC se dedicaba a sancionar a los kioskeros, a los panaderos y a las autoescuelas, y no le faltaba razón a quien tal cosa afirmaba. Es cierto que el TDC intervino en otros muchos expedientes en sectores de mayor impacto en la economía nacional (telecomunicaciones, energía, sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, etcétera) sobre todo en sus últimos tiempos, pero no es menos cierto que el hecho de que la práctica totalidad de los expedientes se abrieran como consecuencia de denuncias de los interesados, impedía elegir prioridades y una dedicación a la persecución de las conductas y sectores donde más daño se producía al funcionamiento del mercado. La verdad es que, aunque en los últimos años el porcentaje se había incrementado, eran pocos los expedientes que se iniciaban de oficio, y prácticamente inexistentes las inspecciones que se realizaban. Y naturalmente, así poco efecto disuasorio, particularmente de los cárteles que desarrollaban su dañina tarea en el secreto, podrían tener las actuaciones. Por lo tanto la primera medida consistió en arbitrar los sistemas para impulsar un programa de inspecciones y, aunque los medios personales y materiales eran reducidos, mal que les pese a algunos raro era el mes en el que no se practicaba una nueva inspección.

Bien es cierto que la tarea quedaba facilitada por la aplicación del programa de clemencia, a partir de febrero de 2008. En los debates del Libro Blanco y luego del Proyecto de Ley no fueron pocas las voces que manifestaron sus dudas sobre su aplicación. Se consideraba que ese mecanismo, de inspiración anglosajona y que había sido introducido en la política comunitaria de la competencia en el año 1996, no iba a surtir efecto por ser incompatible con nuestra mentalidad propia de la Europa del sur y nuestra tradición católico-romana. Justo es confesar que esas opiniones hicieron mella en quienes confiábamos que no fuera así y empezamos a tener dudas, dudas que quedaron despejadas cuando desde el día en el que el Consejo de Ministros anunció su aprobación hasta el día en el que comenzaron a admitirse las peticiones, hubo quien hizo cola en las puertas de la CNC y el primer día de su vigencia hubo una cola de hasta ocho operadores que pretendieron acogerse al programa de clemencia. Desde luego quien se pasó más de cuatro días haciendo cola en las puertas de la CNC para ser el primero en registrar su petición tuvo su recompensa porque se ahorró el importe de la multa que le hubiera correspondido, ya que hubo otro aspirante a acogerse al programa de clemencia por el mismo cártel que fue menos diligente por lo que, en lugar de recibir la exención, hubo de contentarse con la reducción del importe de la multa.

Si analizamos lo sucedido en los primeros años de implantación del programa de clemencia nadie puede dudar del éxito del mismo. Indudablemente los cárteles constituyen la conducta más dañina para la competencia por cuanto que suponen, como nos decía el desapare-

cido maestro Garrigues, la sustitución de la lucha por el cliente, que resulta esencial en una economía de mercado, por la lucha contra el cliente. Y, además, implican la alteración de las condiciones de mercado. Y a pesar de las revisiones jurisdiccionales, algunas de ellas difícilmente comprensibles, constituye una opinión generalizada en el sector que los efectos beneficiosos de las sanciones impuestas, particularmente a los cárteles, para el funcionamiento del mercado y para el abaratamiento de los precios, han sido considerables.

Pero para que tenga efecto el programa de clemencia, y al tiempo para que las actuaciones sancionadoras de la Autoridad de la Competencia tengan efecto disuasorio, era preciso incrementar, y en buena medida racionalizar, y hacer previsible el importe de la multa. Para que los presuntos infractores pudieran saber, de antemano, a lo que se arriesgaban si optaban por saltarse las reglas del mercado e infringir las normas de la competencia. Es cierto que en nuestra legislación de procedimiento administrativo de carácter general, la Ley 32/1992, ya había establecido el criterio según el cual el importe de la multa en cualquier expediente sancionador debería alcanzar, como mínimo, el del importe del beneficio ilícito obtenido, pero en sus resoluciones, el Tribunal de Defensa de la Competencia no llegaba a calcular tal beneficio. Creímos en su momento, en línea con la Comisión Europea, que establecer unos criterios que permitieran cuantificar el importe de la multa a imponer previamente, calculando el beneficio ilícito, y hacerlo previsible, no solo redundaría en el efecto disuasorio de las sanciones, sino que incrementaría la seguridad jurídica, así como la predecibilidad de las mismas. A tales efectos se elaboró una Comunicación de Multas que establecía los criterios que iban a regir cuando la CNC impusiera sanciones por conductas anticompetitivas. Hubo que recordar al elaborarla que con esa actuación se limitaba la discrecionalidad de la CNC, porque en cuanto que se limitaban los amplios criterios que la Ley 15/2007 permitía para la imposición de sanciones, suponía una limitación de la discrecionalidad. Naturalmente esa limitación obligaba exclusivamente a la CNC y no a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo que, en la revisión de las resoluciones sancionadoras, no siempre han aceptado estos criterios, si bien y en honor a la verdad, sin explicar suficiente y convincentemente cuáles eran los criterios sustitutivos que aplicaban.

Pero una de las actividades más novedosas que permitía la nueva Ley y, sobre todo la normativa de su desarrollo, se refiere al ámbito de la promoción de la competencia. Bien es cierto que con vigencia de la Ley de 1989 el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó unos informes de regulación y a favor de la introducción de competencia mediante el cambio de la regulación, que terminaron convirtiéndose en unos documentos de culto a los que con frecuencia deberíamos referirnos, pero esta actividad había disminuido en los últimos tiempos, indudablemente debido a las limitaciones introducidas en la reforma de la legislación de la competencia introducidas por la Ley 52/1999, pero aun así, y con la creación del nuevo organismo, el legislador se percató de la importancia de esta actividad y el impacto positivo que podría tener para introducir competencia en los sectores, al tiempo que para modificar la legislación obsoleta, o bien para evitar que la nueva regulación que se propusiera, contuviera limitaciones innecesarias o desproporcionadas al funcionamiento competitivo del mercado. Conscientes de ese compromiso, se creó la Dirección de Promoción de la Competencia, que desempeñaría las importantes funciones que en ese campo permitía la legislación.

Por un lado se realizaron informes que analizaron el funcionamiento competitivo de los mercados, o, mejor dicho, las insuficiencias de dicho funcionamiento competitivo en determinados sectores, tales como el de los carburantes, la retransmisión de acontecimientos deportivos, las actuaciones de las sociedades de gestión de derechos de la propiedad intelectual, las restricciones a la competencia en la contratación pública, los colegios profesionales, etcétera, y se publicaron guías sobre la manera de elaborar una regulación más eficiente y favorecedora de la competencia, o para el funcionamiento de las asociaciones empresariales, las cuales pudieron

servir de pautas para adecuar conductas y normas al funcionamiento competitivo del mercado .

El segundo campo de promoción de la competencia viene referido a los informes que, preceptivamente, se deberían elaborar con carácter previo a la elaboración de cualquier norma que contuviera restricciones a la competencia. En el período al que me vengo refiriendo, se elaboraron más de 70 informes sobre proyectos normativos, de los que me cabe afirmar, con cierta sensación de orgullo, que, aunque sea tarea costosa cuantificarlo, en un buen número de casos han surtido efecto y se ha evitado que se aprobara una normativa que creara barreras de entrada o bien permitiera restricciones a la competencia. Pero no sería justo dejar de reconocer algún sonoro fracaso como el obtenido cuando los argumentos referidos a las limitaciones al libre establecimiento de las superficies comerciales, o a ciertas restricciones a la competencia en el campo de los servicios profesionales no fueron asumidos por el proponente (o en la propia tramitación parlamentaria, que parece que es un terreno idóneo para el funcionamiento de los *lobbies*) durante el proceso de adaptación a la Directiva de Servicios, con los efectos perniciosos que, en definitiva, terminarán repercutiendo para los usuarios y consumidores.

Y no se puede olvidar la utilización del novedoso mecanismo de la legitimación activa introducido en el artículo 12.3 de la Ley de 2007, que permitía recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las normas que contuvieran restricciones innecesarias o desproporcionadas a la competencia. Gracias a este mecanismo se obtuvo una sentencia que anuló las anticompetitivas prórrogas a los concesionarios de autobuses concedidas por la Generalitat Valenciana.

No sería justo terminar estas páginas sin hacer referencia a la actividad internacional de la Comisión Nacional de la Competencia, en la que creo que no se ha bajado del alto nivel que en esa materia dejaron mis predecesores, tanto en el Servicio como en el Tribunal de Defensa de la Competencia. Actividad que se centró en tres dimensiones: la europea, la latinoamericana y la del resto del mundo. En la primera de ellas, la participación en las reuniones de la European Competition Network (ECN) de la European Competition Authorities (ECA), así como en las reuniones de Directores Generales, resultó intensa; y ocasión tuvimos de celebrar en Madrid una reunión de la ECA, que engloba a las autoridades de competencia europeas. Igualmente, celebramos el Día Europeo de la Competencia en mayo de 2010, con asistencia del Vicepresidente Almunia y Presidentes de otras Autoridades europeas.

En el ámbito latinoamericano, se intensificó la labor emprendida, mediante la celebración anual de la Escuela Iberoamericana de la Competencia y el Foro Iberoamericano; la celebración de éste último se hizo coincidir con el Foro Latinoamericano de la OCDE, entrando en un proceso de buenas relaciones entre ambos del que pueden obtenerse sinergias. Al tiempo, se iniciaron seminarios para las autoridades latinoamericanas sobre temas de competencia en los centros de formación que la Agencia de Cooperación Internacional tiene en distintos puntos del Subcontinente Latinoamericano. Todo ello redundó en el estrechamiento de las relaciones entre las autoridades de competencia de nuestra misma lengua, lo cual creo que ha producido favorables resultados.

Por último nuestra actuación en la International Competition Network fue cada vez más importante, interviniendo activamente en los paneles y ponencias.

Indudablemente esos seis años fueron, para mí, inolvidables. El trabajo realizado para la puesta en marcha de un nuevo organismo y su proyección exterior creo que mereció la pena. Y así me lo hace pensar que la prestigiosa publicación *Global Competition Review* que califica anualmente la labor de las autoridades de la competencia mediante la asignación de estrellas, incrementara anualmente la calificación de la autoridad española, y, partiendo de una calificación media, se alcanzó, con la asignación de cuatro estrellas, a las más prestigiosas agencias mundiales. O como cuando nos dedicó la portada de uno de sus números, creo que en 2008, con la imagen de un toro bravo sobre la bandera española y el expresivo título *Spain sharpens his horns,* España afila sus cuernos.

2011-2013. La aportación de un juez Joaquín García Bernaldo de Quirós

La llegada

Todos sabemos cuándo hemos nacido a la vida, recordamos aspectos esenciales de ella en sus comienzos, novelamos nuestros recuerdos y, unos más y otros menos, en algún momento reflexionamos sobre nuestra existencia. Pero el porqué de nuestro nacimiento siempre es contado por otros. No estuvimos allí.

A finales del año 2011 parece ser que se decidió que era conveniente que un juez presidiera la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que ya era mucho más que un Tribunal de Defensa de la Competencia. Otros jueces más adecuados que yo no pudieron o no quisieron aceptar, y eso hizo que se contara conmigo. En algún momento otros dirán si fue una decisión acertada o no, a mí solo me corresponde reflejar como he entendido mi propia existencia como Presidente de esa magnífica y admirable Institución.

Durante la Segunda Guerra Mundial la flota del Mediterráneo británica tuvo que enfrentarse, con buques en su mayoría diseñados durante la Gran Guerra de primeros de siglo, contra la pujante, nueva y potente flota creada por el impulsivo Duce. Ante esta situación se le preguntó a un célebre almirante británico cómo veía la situación bélica. Y respondió, en expresión resumida por mí, que una flota se puede hacer en 30 años, pero una marina se hace en 300. En la mejor tradición nelsoniana, hizo más hincapié en la formación de las personas, su adiestramiento y su espíritu, que en los medios materiales novedosos, o al «impulso» mussoliniano, tan satíricamente descrito por Fellini en su autobiografía fílmica «Amarcord». Sabemos cómo acabó la contienda naval. El autoritarismo que busca solo señalizar el poder poseído, con desprecio a la experiencia y profesionalidad del propio equipo que le es necesario, no es liderazgo y, además, suele acabar mal.

Cuando llegué a la CNC me encontré con una marina, no con una flota. Y mi primera obligación como presidente era proteger y estimular su profesionalidad.

He tenido el placer de estar en la CNC cuando era ya una institución muy respetada, nacional e internacionalmente. Cumplía su finalidad con profesionalidad y criterio estable, fruto de un destilado de resoluciones y experiencias que, a su vez, eran el resultado de la cosecha de las aportaciones de muchos y buenos profesionales de la propia CNC, del Tribunal de Defensa de la Competencia, del Servicio de Defensa de la Competencia y de la Abogacía que colaboraba en la aplicación del Derecho de la Competencia. Mi principal preocupación era no malgastar ese valioso producto del esfuerzo y de la lealtad a la satisfacción del interés general. Creo que lo conseguimos. Ese equipo aceptó que jugara con ellos, y les estoy muy agradecido.

Cuando se percibió con claridad el deseo del legislador de integrar la CNC con los reguladores españoles, solo pedí al equipo de profesionales que mantuvieran el ritmo de trabajo y no decayera su espíritu de servicio. Solo lo pedí una vez, pero su profesionalidad hizo que durante dos años la CNC mantuviera su actividad, la incrementara y resolviera más que nunca.

Esa, para mí, es la demostración de la eficiencia, confiar y contar con los mejores.

El papel de la institución frente a la sociedad. La defensa del interés general

La experiencia de más de 20 de años de juez me ha permitido saber juzgar las conductas de las personas. Nunca me ha gustado juzgar a las personas, pero mi obligación era juzgar sus conductas. Y eso es lo que pude aportar al brillante Consejo de la CNC que tuve el honor de presidir.

En la CNC nunca se juzgó, en el sentido moral, a los mercados, a las empresas o a los poderes públicos. Al aplicar la Ley, que era su obligación y razón de ser, estábamos cumpliendo con lo querido por el legislador. En primer lugar, con el del Estado español, pero

también con las obligaciones del Reino de España en la integración europea y como sujeto de obligaciones internacionales. Porque la vigilancia de la buena competencia por los mercados, y en el mercado, es aval de seriedad para una sociedad que pretende relacionarse internacionalmente. Y que necesita inversiones exteriores.

La contribución de la CNC a la satisfacción del interés general superior de España, como sociedad avanzada, era estimular la buena competencia y corregir las malas prácticas. Es un discurso común hablar de mejora en la posición del consumidor si se aplica con determinación la legislación *antitrust.* No lo niego, pero me parece una justificación insuficiente. El Derecho de Competencia no solo protege y regula relaciones privadas. Juega un importante papel en la arquitectura institucional de un Estado, y por eso cada vez más se observa y contempla como parte del derecho, que solo de forma académicamente reduccionista, se denomina público.

Porque se olvida a veces que la legislación *antitrust* protege a las empresas en mayor medida, si cabe, que a los consumidores. Aunque al final también redunda, de manera obvia, en ellos. No debemos olvidar que las buenas leyes nacen para servir a la sociedad. La legislación económica puede carecer de justificación moral si no satisface al interés general de la sociedad.

Durante la presidencia que desempeñé siempre insistí en el aspecto moral de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Y lo vinculaba, como lo hago ahora en estas reflexiones que la revista *Información Comercial Española* me permite hacer, con las reformas profundas que necesita nuestra sociedad. En efecto, ahora que se exigen reformas profundas, estructurales y duraderas, que permitan sentar las bases de una sociedad moderna y económicamente fuerte, no olvidemos que la convicción de competir lícitamente para garantizar el bienestar a nuestros ciudadanos y la fortaleza de nuestras mejores empresas no es compatible con prácticas abusivas e ilícitas. No puede ser tolerada por una sociedad que aspira a que quien tenga el mérito, tenga su oportunidad. La mejora de nuestra sociedad, y quizá su gran reforma pendiente, es desterrar cualquier residuo de tolerancia frente al ventajista que defrauda a la propia sociedad que le permite realizar su actividad económica. Que la misma sociedad exija a los poderes públicos, con responsabilidad en ello, que no amparen y, además, persigan estas auténticas estafas sociales que minan nuestro futuro a cambio de rentas obtenidas con prácticas contrarias a la Ley. Ningún beneficio económico puede ser justificado si se ha hecho defraudando a la Ley. No es bueno para nuestra sociedad, ni para nuestro país, que se desconfíe de nuestra práctica económica.

Por eso la seriedad y rigor en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia que ha hecho la CNC, durante la etapa que la presidí, y por supuesto antes, ha sido en beneficio de nuestros empresarios incipientes en la actividad, que, por méritos propios, tenían el derecho a obtener beneficios racionales de su capacidad e inventiva, pero que otros operadores económicos rechazaban porque veían amenazadas sus rentas, en algunos casos, oligopólicas.

La CNC lo entendió así. Cumplió con rigor su obligación de reaccionar en defensa de la buena competencia. No siempre acertó, pero fue coherente con su mandato legal, y, sobre todo, ha entendido que se debía solo a la Ley, y, a través de su aplicación, a la sociedad.

En esta labor la CNC no solo se coordinó con la Comisión Europea y ejerció su responsabilidad respecto de la aplicación uniforme del Derecho de la Competencia según el Tratado, junto a la Doctrina y la Jurisprudencia que lo interpretan, sino que también tuvo una importante labor de colaboración recíproca con las Autoridades y Servicios Autonómicos de Defensa de la Competencia.

En efecto, algunas Comunidades Autónomas decidieron suprimir sus respectivas autoridades de competencia. Otras se encontraron en una situación financiera tan negativa que mermaron la actuación de sus autoridades. La CNC incrementó su labor de coordinación aceptando la resolución de expedientes

instruidos por la autoridades autonómicas suprimidas, y elaborando un protocolo procedimental para integrar en un órgano resolutorio estatal los expedientes instruidos por los servicios de investigación autonómicos. Fue un buen modelo de integración de órganos formalmente autonómicos en un órgano estatal resolutivo. Con la oportuna supresión de costes por duplicidades de órganos.

Por otra parte, y respecto de las Comunidades que conservaron sus órganos de resolución, ofrecimos nuestra colaboración para realizar, desde la CNC, cuantos proyectos de promoción de competencia de ámbito autonómico se consideren pertinentes por dichas autoridades. Propuesta que fue bien acogida al suponer, así se les indicó, que la CNC era órgano con sensibilidad autonómica desde su concepción integradora de la función estatal que le había sido encomendada.

La necesaria vía expansiva de la aplicación del Derecho de la Competencia

Quizás uno de los principales logros del nuevo sistema normativo insaturado por la Ley 15/2007 haya sido la inclusión de las Administraciones Públicas (AA PP) como receptor directo de los mensajes de competencia. Las AA PP no pueden permanecer neutrales en este ámbito, sino que tienen que promover activamente un entorno más competitivo, eliminando las trabas y las restricciones no justificadas para permitir que los agentes económicos intervengan en todos los sectores productivos. La captura del regulador es el crimen perfecto del Derecho de la Competencia. Y si se captura no solo al regulador sectorial, sino a la misma Administración Pública, estatal, autonómica o local, el daño puede ser de proporciones bíblicas.

En efecto tal y como señalábamos de manera reiterada en el Consejo de la CNC, las AA PP no pueden convertirse en colaborador necesario de prácticas contrarias a la competencia. Más frecuentemente de lo que nos hubiera gustado, hemos podido comprobar que las AA PP promueven, facilitan o intervienen en prácticas de los operadores para repartirse el mercado o para fijar precios más altos, perjudicando así a toda la sociedad y muy especialmente a los consumidores.

Esa obligación de recordar, mediante la esencial labor de promoción del Derecho de Competencia, a todas las Administraciones Públicas que su sometimiento al principio de legalidad (ex arts. 9 y 103 de nuestra Constitución) incluye también la Legislación nacional sobre el Derecho de Competencia, y que si no lo cumplen siempre estará la poderosa legitimación activa de la CNC, ahora CNMC, para instar ante los Tribunales la recta y buena administración.

El coste de la no competencia. La inmoralidad de consentirlo

El análisis económico nos puede decir cuánto cuesta la falta de competencia en la sociedad. La respuesta jurídica tiene que decirnos si determinada conducta en relación con el Derecho de Competencia es justa.

Como jurista pregunté a mi gabinete cual podría ser el coste para la sociedad española de nuestra falta de adecuada respuesta ante las infracciones del Derecho de Competencia en nuestro país. Y muy resumidamente obtuvimos estos datos.

Según distintos estudios, la existencia de un cártel implica, de media, un incremento de los precios de los bienes y servicios cartelizados de entre el 20 por 100 y el 30 por 100. Nuestra experiencia con algunos de los últimos cárteles desmantelados, como el de los sobres de papel, mostró que el sobrecoste que imponen los cárteles puede ser incluso superior al 30 por 100. Si tomamos únicamente, a modo de ejemplo, las resoluciones de la CNC referidas a este tipo de conductas dictadas en 2012, constatamos que la presencia de estos cárteles podría haber supuesto, en una estimación conservadora teniendo en cuenta el número de cárteles detectados y desmantelados en relación con los existentes según los estudios económicos que fijan la tasa de su detección, una

reducción en el bienestar de los consumidores, por unos mayores precios y por la pérdida producida por la reducción de cantidades, de entre 1.100 y 1.200 millones de euros, solo en un año.

Y tenemos que recordar en este momento las palabras de nuestro Tribunal Supremo cuando dijo «la comisión de las infracciones concurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas «(STS de 23 de marzo de 2003 [RJ\2005\2613]), es decir, alertando sobre la infravaloración de las sanciones impuestas teniendo en cuenta el daño social producido y el beneficio ilícito obtenido.

En la Comisión Nacional de la Competencia tuvimos que escuchar críticas, a veces desde el sector público, sobre nuestra política sancionadora y sus aparentes excesos.

Contesto ahora diciendo que la pregunta que la sociedad debe hacerse es: si el mal funcionamiento de una institución pública, por dejación de sus funciones o por incompetencia de sus miembros, puede suponer un costo de más de 1.000 millones de euros anuales.

TRIBUNA DE ECONOMÍA

Todos los artículos publicados en esta sección son sometidos
a un proceso de evaluación externa anónima

Paz Rico Belda*

EL PROCESO DE TRANSMISIÓN DE LA POLÍTICA MONETARIA A LA ESTRUCTURA TEMPORAL DE LOS TIPOS DE INTERÉS EN ESPAÑA

Este trabajo analiza el grado y la velocidad de respuesta de la estructura temporal de los tipos de interés en España a variaciones del tipo de interés oficial. Para ello se especifica y estima un modelo de corrección de error que tiene en cuenta la anticipación de las acciones de política monetaria, permitiendo obtener un estimador eficiente de la relación de largo plazo. Los resultados obtenidos indican que los tipos de interés descuentan con antelación los movimientos de política monetaria. Asimismo, las acciones de la política monetaria se transmiten rápida y completamente a los tipos monetarios, mientras que en los tipos a más largo plazo la transmisión no es completa, aunque la velocidad de transmisión ha aumentado desde 1999.

Palabras clave: *política monetaria, anticipación, modelo de corrección de error.*
Clasificación JEL: *G.*

1. Introducción

El mecanismo de transmisión de la política monetaria resulta de suma importancia puesto que permite entender la interacción entre el sector real y el monetario de la economía. Aunque el mecanismo de transmisión de la política monetaria incluye varios canales[1], la mayor parte de los economistas consideran que el canal del tipo de interés es el principal mecanismo a través del cual la política monetaria afecta a la actividad económica.

De acuerdo con Mishkin (1995), el canal del tipo de interés consiste en el tradicional efecto keynesiano por el que la política monetaria se trasmite, a través de las expectativas y de las condiciones de liquidez, a la estructura temporal de los tipos de interés nominal y real, e indirectamente a los planes de consumo y de inversión de los consumidores y empresas no financieras. El interés de este trabajo recae en la transmisión de las acciones de política monetaria a los tipos de interés del mercado

* Departamento de Análisis Económico. Universidad de Valencia.
Una versión preliminar de este trabajo fue publicada como *Working Paper* del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas.

El autor desea agradecer a uno de los evaluadores del trabajo sus interesantes y valiosas sugerencias. No obstante, cualquier error es solo responsabilidad del autor.

Versión de febrero de 2012.

[1] El canal del tipo de interés, del crédito, del tipo de cambio, del precio de otros activos y de las expectativas.

monetario, así como a los tipos de interés a más largo plazo, que determinan las decisiones de inversión y ahorro de los agentes económicos. En el mecanismo de transmisión de la política monetaria resulta especialmente crítico el grado y velocidad por el que una variación del tipo de interés de corto plazo se transmite a los tipos que determinan las decisiones de los agentes económicos. Analizar el grado y velocidad de respuesta de los tipos de interés a un *shock* de política monetaria resulta esencial para conocer la efectividad del mecanismo de transmisión de la política monetaria.

En general, el mecanismo por el que los impulsos monetarios de la autoridad monetaria influyen sobre los tipos de interés de los mercados financieros es complejo, puesto que depende de la naturaleza y el grado de competencia del sistema financiero, de la estructura de financiación de corto y largo plazo de los agentes económicos, y de la percepción que los mercados financieros tengan del carácter más o menos transitorio de la política monetaria. La respuesta y velocidad de transmisión de una decisión de política monetaria puede no ser uniforme entre los distintos mercados o activos financieros.

La evidencia empírica en general, y la de los países europeos en particular, permite concluir que el proceso de transmisión es lento, no es completo y existen diferencias significativas entre activos financieros, así como entre países[2]. A pesar de la existencia de abundante literatura empírica al respecto, no se ha investigado con demasiada profundidad la anticipación de la política monetaria. Hay que tener en cuenta que si los mercados financieros anticipan las acciones de política monetaria, un cambio futuro en el tipo de interés oficial será descontado por los mercados antes de que tenga lugar. No considerar que los mercados anticipan los futuros movimientos de los tipos de interés oficiales distorsiona la percepción del proceso de transmisión de la política monetaria. Por otro lado, la evidencia empírica para nuestro país no va más allá de finales de los años noventa o principios de la década anterior. Los trabajos más recientes se centran en el área del euro y no proporcionan evidencia concreta para España.

En este trabajo se va a profundizar en las peculiaridades propias del mecanismo de transmisión de las acciones de política monetaria a la estructura temporal de los tipos de interés en España[3]. La metodología seguida en este trabajo, basada en la de Phillips y Loretan (1991), permite tener en cuenta, explícitamente, los efectos de futuras acciones de política monetaria. En concreto, el objetivo de este trabajo es examinar el mecanismo de transmisión de una variación del tipo oficial en los mercados interbancario y de deuda pública. Para ello se utiliza datos de los tipos de interés de estos mercados durante el período que abarca desde enero de 1989 hasta diciembre de 2008. Durante este período se produjo el establecimiento de la Unión Monetaria Europea (UME), lo que supuso una cesión del control de la política monetaria de los países implicados, entre ellos España, al Banco Central Europeo. Por esta razón, interesa comprobar si este hecho tuvo repercusiones en el proceso de transmisión de la política monetaria.

La estructura del trabajo es como sigue: tras esta introducción se expone, en el apartado 2, la metodología econométrica utilizada. A continuación, en el apartado 3 se presentan los datos, y en el apartado 4 la evidencia empírica obtenida. Por último, en el apartado 5 se recogen las principales conclusiones del trabajo.

2. Metodología econométrica

El mecanismo de transmisión de los tipos de interés sugiere una relación muy estrecha entre las acciones del banco central y los tipos de interés de mercado. Sin em-

[2] Para una panorámica de la literatura empírica, véase DE BONDT (2005), SORENSEN y WERNER (2006), GROPP *et al.* (2007) y MAROTTA (2009).

[3] La ETTI recoge tipos de interés cupón cero pero en muchos estudios, como en éste, se aproxima la ETTI por los tipos de interés del mercado monetario y por los tipos de interés de la deuda pública.

bargo, mientras hay considerable evidencia de que la política monetaria tiene efectos en los tipos de corto plazo, la relación entre las acciones de la autoridad monetaria y los tipos de largo plazo parece ser más débil y variable.

El mecanismo de transmisión de los tipos de interés descansa en una sencilla versión de la hipótesis de las expectativas de la estructura temporal de los tipos de interés. Según esta hipótesis, los tipos de largo plazo son medias de los tipos de corto plazo corrientes y esperados. Por tanto, la hipótesis de las expectativas implica que la política monetaria afecta a los tipos de largo plazo, influyendo tanto en los tipos de corto plazo como en las expectativas de mercado sobre los tipos futuros. De esta forma, la relación entre las acciones de política monetaria y los tipos de largo plazo no es sencilla, al depender de las expectativas sobre la futura dirección de la política monetaria.

En el contexto de la teoría de la cointegración, la hipótesis de las expectativas implica que los tipos de corto y largo plazo están cointegrados, lo que implica que el diferencial de tipos es una variable estacionaria y existe un modelo de corrección de error (MCE) que caracteriza la dinámica de los tipos de interés. Por tanto, la cointegración y el MCE son una forma natural de analizar la relación entre los tipos de interés de mercado y el tipo oficial. De esta forma, siguiendo el enfoque estándar en la literatura, se va a especificar un MCE que recoge la dinámica a corto plazo y la relación a largo plazo entre los tipos de interés de mercado y el tipo oficial establecido por la autoridad monetaria.

Para muchos bancos centrales, el tipo de interés con vencimiento a muy corto plazo del mercado monetario refleja la ejecución de la política monetaria. Tras decidir la acción de política monetaria, la autoridad monetaria trata de mantener los tipos de interés de corto plazo del mercado monetario en niveles acordes con su decisión. Por tanto, el tipo de interés a un día del mercado interbancario puede ser considerado como *proxy* del tipo oficial de la autoridad monetaria (Burgstaller, 2005 y Mojon, 2000). Hay que considerar, además, que el tipo de interés a un día del mercado interbancario constituye un ancla en las expectativas, sobre las que se forman los tipos de interés en los restantes plazos del mercado interbancario.

En este trabajo para abordar la relación entre las acciones de política monetaria y los tipos de interés de mercado[4] se analiza, en primer lugar, si los tipos de interés de mercado están cointegrados con el tipo interbancario a un día, en cuyo caso se mueven conjuntamente en el largo plazo. En caso de cointegración, se especifica y estima un MCE que permite, entre otras cosas, contrastar si la transmisión de la política monetaria a largo plazo es completa o no. Asimismo, el MCE proporciona la respuesta impulso ante un *shock* monetario, el efecto máximo de la acción de política monetaria y el tiempo necesario para alcanzar dicho efecto máximo.

A largo plazo la relación entre el tipo de interés oficial y los tipos de mercado vendrá determinada por la siguiente expresión:

$$R_t = \alpha_0 + \alpha_1 r_t + \varepsilon_t \qquad [1]$$

donde: R_t es el tipo de interés de mercado en t, r_t es el tipo de interés del mercado interbancario a un día en t, ε_t es el termino de perturbación ruido blanco, y α_0 y α_1 son los parámetros del modelo. Siguiendo a Rousseas (1985), α_0 recoge el *markup* constante y α_1 el grado de respuesta de los tipos de interés de mercado en el largo plazo. El ajuste a largo plazo es completo cuando α_1 es igual a uno.

La ecuación [1] puede estimarse por mínimos cuadrados, lo que proporciona un estimador superconsistente del efecto a largo plazo. El problema con este procedimiento, propuesto por Engle y Granger (1987), es que, al no considerar la dinámica del proceso generador (PGD) de R_t y r_t, el estimador no tiene una distribución asintótica estándar. Esto imposibilita poder contrastar, válidamente, si la respuesta de los tipos de interés a la política monetaria es completa o no.

[4] Se refiere a los tipos del mercado interbancario y de deuda pública.

Asimismo, el estimador mínimo cuadrático no es asintóticamente insesgado y este sesgo, en muestras finitas, puede ser elevado y persistente (Stock,1987; Phillips y Loretan, 1991 y Barnejee *et al.* 1993). Por tanto, en muestras finitas, el sesgo puede llevar a incorrectas afirmaciones respecto a la efectividad del mecanismo de política monetaria. En este sentido, Phillips y Loretan (1991) aconsejan incorporar explícitamente la dinámica del PGD (*leads y lags)*, lo que permite obtener estimadores asintóticamente normales e insesgados, que se comportan bien en muestras pequeñas.

Generalmente, en la literatura se ha venido considerando que la dinámica del tipo de interés de mercado viene determinada por la siguiente expresión[5]:

$$R_t = \beta_0 + \gamma_0 r_t + \gamma_1 r_{t-1} + \beta_1 R_{t-1} + v_t \qquad [2]$$

que puede reparametrizarse de la siguiente forma:

$$\Delta R_t = \gamma_0 \Delta r_t + \delta [R_{t-1} - \alpha_0 - \alpha_1 r_{t-1}] + v_t \qquad [3]$$

lo que puede ser interpretado en términos de MCE[6]. γ_0 es el efecto impacto. Si su valor es menor que uno indica que el ajuste no es completo a corto plazo. El efecto a largo plazo α_1 es igual a

$$\frac{\gamma_0 + \gamma_1}{1 - \beta_1}$$

y el *markup* α_0 es igual a

$$\frac{\beta_0}{1 - \beta_1}$$

$\delta=(\beta_1-1)$ es la velocidad de ajuste al equilibrio. Cabe esperar que el signo de δ sea negativo debido a que los tipos de interés revierten a su media. En caso de cointegración este parámetro será estadísticamente significativo. Si los tipos no están cointegrados, la especificación en primeras diferencias recogerá la dinámica del tipo de interés de mercado sin riesgo de regresión espuria.

$$\frac{\gamma_0 - \alpha_1}{\delta \alpha_1}$$

es el retardo medio de ajuste de los tipos de interés a una acción de política monetaria[7] (Hendry,1995). En concreto, este valor indica el número de retardos, por término medio, necesarios para alcanzar el equilibrio.

El modelo [3] puede generalizarse, recogiendo dinámicas de R_t y r_t más complejas.

Si en [2] se introduce q y p retardos de R_t y r_t, respectivamente, el multiplicador a largo plazo vendría determinado por

$$\alpha_1 = \frac{\sum_{i=0}^{p} \gamma_i}{1 - \sum_{i=1}^{q} \beta_i};$$

y el *markup* α_0 por

$$\frac{\beta_0}{1 - \sum_{i=1}^{q} \beta_i}.$$

Además, en este caso el MCE incluiría retardos de ΔR_t y Δr_t y podría expresarse:

$$\Delta R_t = \gamma_0 \Delta r_t + \delta [R_{t-1} - \alpha_0 - \alpha_1 r_{t-1}] + \sum_{i=1}^{p-1} \varphi_i \Delta r_{t-i} + \sum_{i=1}^{q-1} \phi_i \Delta R_{t-i} + v_t \qquad [4]$$

[5] Suponiendo un único retardo.

[6] El teorema de representación de Granger permite obtener el MCE a partir de la reparametrización del modelo de desequilibrio teniendo en cuenta la relación de largo plazo. Este modelo considera la posibilidad de no estacionariedad y cointegración, evitando la regresión espuria y asegurando la ortogonalidad entre los regresores.

[7] El retardo medio se obtiene como

$$\frac{\gamma_0 - 1}{\delta}$$

cuando el ajuste a largo plazo es completo.

donde $\delta=\pi-1$, siendo $\pi = \beta_1 + \beta_2 + L + \beta_q$. Los parámetros φ_i y ϕ_i están relacionados, respectivamente, con los coeficientes de los retardos de r y R en la dinámica.

Por otro lado, los movimientos anticipados de política monetaria pueden interiorizarse en los tipos de interés de mercado antes incluso de que tenga lugar la acción de política monetaria. Si esto es así, las estimaciones empíricas estarían sesgadas si no se tiene en cuenta este hecho. En este sentido, la metodología que proponen Phillips y Loretan (1991) tiene en cuenta las acciones de política monetaria futuras descontadas en el presente a la hora de estimar la relación de largo plazo[8].

Además de existir correlación serial en el PGD de R_t y de r_t, recogida en [4], también puede existir intertemporalidad, esto es correlación entre los términos de error de los PGD de R_t y de r_t, que conlleva estimaciones sesgadas e inferencia no válida si no se tienen en consideración. Si el término de error del PGD de R_t está correlacionado con el término de error del PGD de r_t, la obtención de un estimador asintóticamente eficiente conlleva introducir adelantos *(leads)* de Δr_t en la dinámica de R_t (ver Barnejee, Dolado y Mestre, 1996). Al considerar el *feedback* de los PGD de R_t y de r_t, el modelo [4] quedaría ampliado de la siguiente forma:

$$\Delta R_t = \psi_1 \Delta r_t + \delta\left[R_{t-1} - \alpha_0 - \alpha_1 r_{t-1}\right] + \sum_{i=1}^{L} \theta_i \Delta r_t + i + \\ + \sum_{i=1}^{p-1} \varphi_i \Delta r_{t-i} + \sum_{i=1}^{q-1} \phi_i \Delta R_{t-i} + v_t \qquad [5]$$

donde ψ_1 es el efecto total a corto plazo, que recoge el efecto impacto (γ_0) y los efectos adelantados (θ_i)[9], por lo que

$$\psi_1 = \gamma_0 + \sum_{i=1}^{L} \theta_i.$$

El efecto a largo plazo ahora vendrá determinado por

$$\alpha_1 = \frac{\sum_{i=0}^{p} \gamma_i + \sum_{i=1}^{L} \theta_i}{1 - \sum_{i=1}^{q} \beta_i}$$

y el retardo medio de ajuste de los tipos de interés por

$$\frac{\psi_1 - \alpha_1}{\delta \alpha_1}.$$

De esta forma, del término de error del PGD de R_t se extrae el efecto de variaciones futuras anticipadas en el tipo de interés oficial. La metodología seguida en este trabajo puede considerarse equivalente al sistema propuesto por Johansen (1988), pero, a diferencia de este último, proporciona un estimador de la relación a largo plazo que explícitamente tiene en cuenta la anticipación de las futuras acciones de política[10].

El modelo [5] proporciona la estimación de la dinámica de corto plazo y de la relación de largo plazo, que es eficiente y asintóticamente insesgada, garantizando que la inferencia en la relación de largo plazo es válida.

3. Descripción de los datos

Como ya se ha indicado, en este trabajo se analiza la transmisión de la política monetaria a los tipos de interés de los mercados interbancario y de deuda pública españoles. Los tipos interbancarios proceden del *Boletín Económico del Banco de España,* mientras que los tipos de interés de la deuda pública han sido obtenidos del *Boletín Estadístico del Banco de España.* Del mer-

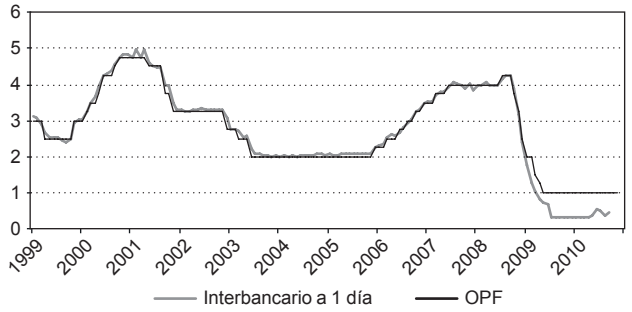
[8] SELLON (2002) argumenta que los tipos de interés de mercado parecen anticipar las acciones de política monetaria. Por su parte, LIU *et al.* (2008) consideran que la omisión de la dinámica puede ser un problema, particularmente grave, cuando los tipos de interés se ven influidos por las expectativas sobre los tipos de interés oficiales.

[9] En la estimación se ha obtenido el efecto impacto y los efectos adelantados por separado.

[10] A diferencia del procedimiento de Johansen, la metodología de Phillips y Loretan no proporciona un test de cointegración, sino que la asume, lo que conlleva tener que comprobar a priori si se cumple la cointegración.

GRÁFICO 1

EVOLUCIÓN DEL TIPO INTERBANCARIO A UN DÍA Y DEL TIPO DE LAS OPERACIONES DE FINANCIACIÓN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO (OPF)



FUENTE: Boletín Económico del Banco de España.

CUADRO 1

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS

Series en niveles

	Mercado Interbancario			Deuda pública		
	1 día	3 meses	1 año	Letras	Bonos 3 años	Bonos 10 años
Media	6,666	6,819	6,898	6,457	6,878	6,385
Desviación típica	4,448	4,475	4,427	4,090	4,071	2,849
Máximo	15,666	15,979	15,896	14,380	15,030	13,050
Mínimo	1,976	2,026	2,032	1,830	2,170	3,090
Asimetría	0,746	0,768	0,774	0,692	0,687	0,907
Curtosis	2,061	2,120	2,138	1,968	1,920	2,294
Bera-Jarque	31,071	31,344	31,419	29,796	30,523	32,514
ADF	$\eta_{\mu=-1,292}$	$\eta_{\mu=-1,602}$	$\eta_{\mu=-1,694}$	$\eta_{\mu=-1,374}$	$\eta_{\mu=-1,424}$	$\eta_{\mu=-2,01}$
PP	$\eta_{\mu=-1,081}$	$\eta_{\mu=-1,333}$	$\eta_{\mu=-1,393}$	$\eta_{\mu=-1,109}$	$\eta_{\mu=-1,217}$	$\eta_{\mu=-2,433}$
DF-GLS	$\eta_{\tau=-1,755}$	$\eta_{\tau=-1,389}$	$\eta_{\tau=-1,620}$	$\eta_{\tau=-2,073}$	$\eta_{\tau=-1,816}$	$\eta_{\tau=-1,479}$

Series en primeras diferencias

	Mercado Interbancario			Deuda pública		
	1 día	3 meses	1 año	Letras	Bonos 3 años	Bonos 10 años
Media	-0,048	-0,043	-0,044	-0,042	-0,040	-0,036
Desviación típica	0,338	0,300	0,296	0,273	0,295	0,249
Máximo	1,124	0,954	0,977	0,890	0,720	0,750
Mínimo	-1,981	-1,745	-1,554	-1,110	-0,940	-0,780
Asimetría	-1,291	-0,854	-0,775	-0,731	-0,228	0,026
Curtosis	10,664	8,813	7,206	5,460	3,470	3,728
Bera-Jarque	654,088	367,078	200,922	81,884	4,282	4,551
ADF	$\eta_{n=-5,538}$	$\eta_{n=-5,869}$	$\eta_{n=-5,907}$	$\eta_{n=-8,360}$	$\eta_{n=-5,616}$	$\eta_{n=-5,446}$
PP	$\eta_{n=-14,914}$	$\eta_{n=-11,996}$	$\eta_{n=-10,126}$	$\eta_{n=-8,402}$	$\eta_{n=-9,985}$	$\eta_{n=-14,179}$
DF-GLS	$\eta_{\tau=-4,197}$	$\eta_{\tau=-2,889}$	$\eta_{\tau=-2,795}$	$\eta_{\tau=-2,796}$	$\eta_{\tau=-2,812}$	$\eta_{\tau=-3,018}$

NOTAS: ADF=Augmented Dickey-Fuller test; PP=Phillips-Perron test; y DF-GLS= Dickey-Fuller test with GLS detrending. Los subíndices significan τ=tendencia, μ=constante y n=ni constante ni tendencia.
Valores críticos del contraste de ADF y PP:

	η_n	η_μ	η_τ
5%	-1,94	-2,87	-3,43
10%	-1,61	-2,57	-3,14

Valores críticos del contraste de DF-GLS:

	η_μ	η_τ
5%	-1,94	-2,92
10%	-1,62	-2,62

FUENTE: Banco de España y elaboración propia.

cado interbancario se ha considerado el tipo de interés a tres meses y a un año. En este trabajo, como proxy del tipo de interés oficial se ha seleccionado el tipo de interés interbancario a un día. Esta selección responde al hecho de que este tipo se encuentra fuertemente correlacionado con el tipo oficial. No obstante, como puede apreciarse en el Gráfico 1, a partir de 2009 el comportamiento del interbancario a un día se aleja del tipo oficial, debido a las tensiones experimentadas en el mercado interbancario, como consecuencia de la crisis de liquidez y confianza. Por este motivo, el período muestral seleccionado finaliza en diciembre de 2008[11].

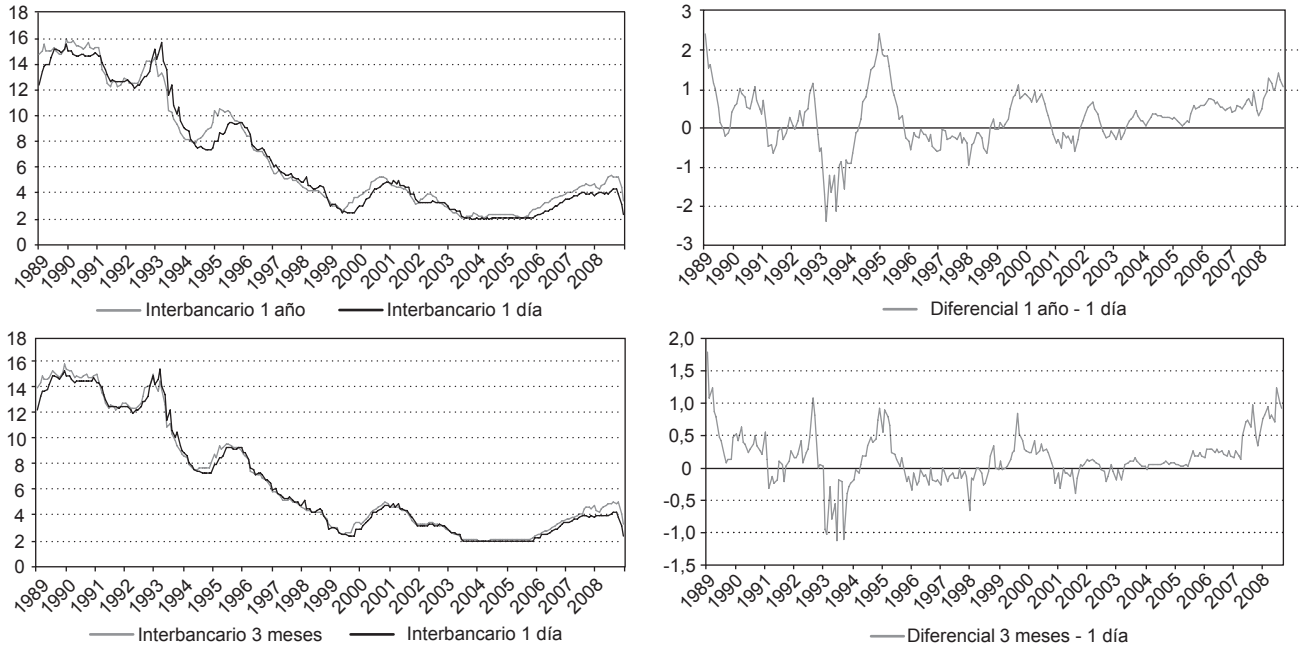
Del mercado de deuda pública, los tipos de interés considerados han sido el tipo de interés de las letras a un año, de los bonos a tres años y de los bonos a diez años. Los datos son mensuales y abarcan el período desde enero de 1989 a diciembre de 2008. No obstante, el período muestral para los tipos de interés de los bonos a diez años comienza en noviembre de 1991.

El Cuadro 1 recoge los estadísticos descriptivos de cada uno de los tipos de interés en niveles y en primeras diferencias. Como puede comprobarse, los tipos de interés medios del mercado interbancario y de deuda son bastante similares al tipo medio del interbancario a un día. Ninguno de los tipos de interés considerados se distribuye como una normal. Finalmente, los contras-

[11] Se reserva el período enero 2009 – diciembre 2010 para analizar la capacidad predictiva del modelo fuera de la muestra.

GRÁFICO 2

TIPOS DE INTERÉS DEL MERCADO INTERBANCARIO



FUENTE: Banco de España.

tes de raíz unitaria[12] indican que los tipos de interés en niveles son variables integradas de orden uno, mientras que sus primeras diferencias son estacionarias.

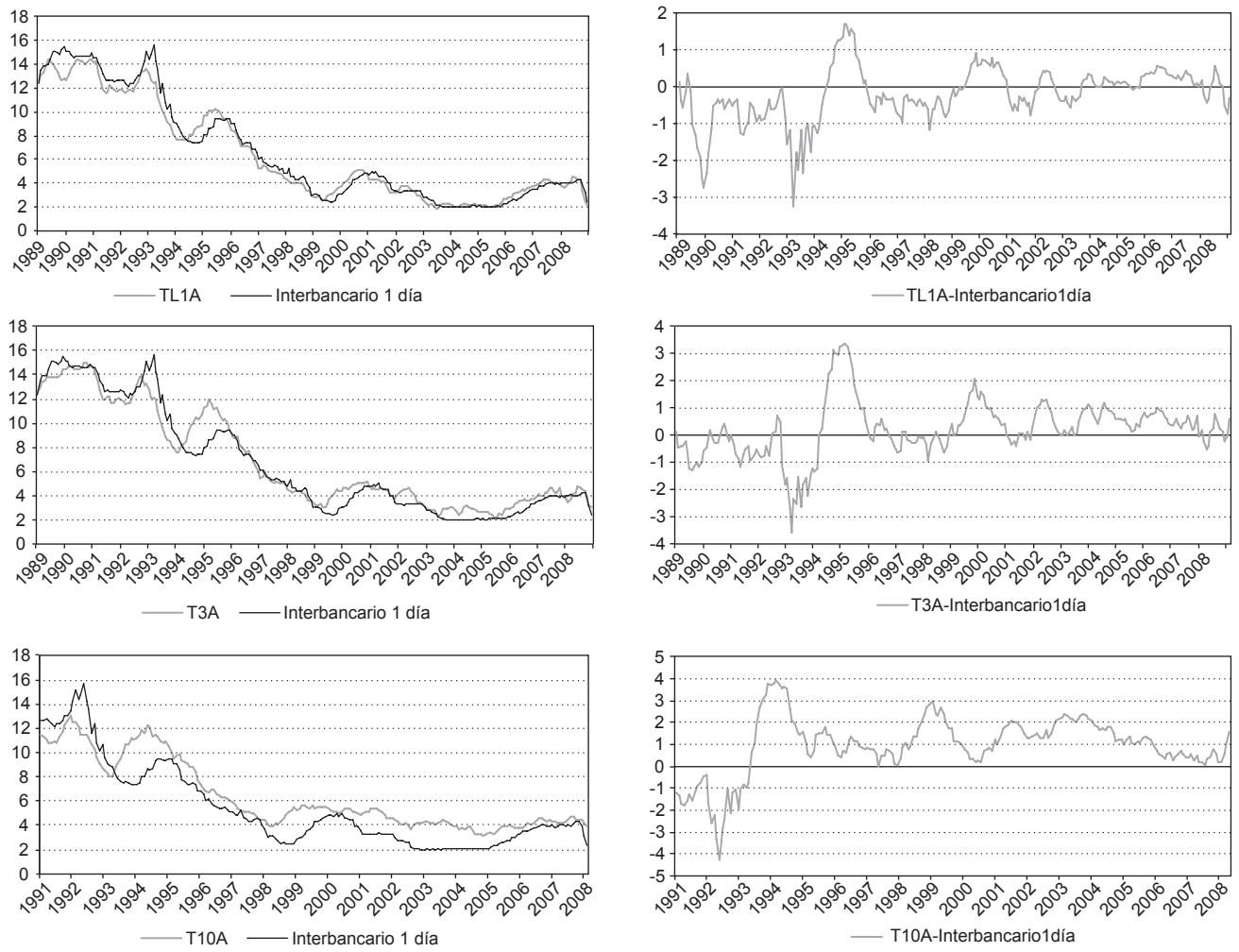
Los Gráficos 2 y 3 recogen la evolución de cada tipo de interés de mercado y el tipo interbancario a un día, así como el diferencial de cada tipo con el interbancario a un día. El Gráfico 2 evidencia que los tipos de interés del mercado interbancario muestran una evolución similar al tipo interbancario a un día, a la vez que se observa claramente un comportamiento adelantado, reflejando que el mercado descuenta las futuras acciones de política monetaria. El comportamiento adelantado se observa más claramente en el interbancario a un año frente al de tres meses, lo que indica que el factor expectativas es, como cabría esperar, más relevante en los tipos a más largo plazo. En general, los tipos de interés del mercado interbancario presentan una tendencia claramente decreciente, que finaliza a finales de los años noventa. Por su parte, los tipos de interés del mercado de deuda (ver Gráfico 3) presentan también una evolución similar y claramente adelantada respecto del tipo interbancario a un día. Todos ellos presentan una tendencia decreciente, que también desaparece a finales de los años noventa.

Los gráficos de los diferenciales de los tipos de interés del mercado interbancario y de la deuda con respecto al tipo interbancario a un día parecen indicar que el diferencial revierte a su media, lo que supon-

[12] En cada contraste se ha elegido, con el criterio de Schwarz, la mejor especificación de entre las consideradas: sin constante ni tendencia, con constante, y con constante y tendencia.

GRÁFICO 3

TIPOS DE INTERÉS DE LA DEUDA PÚBLICA

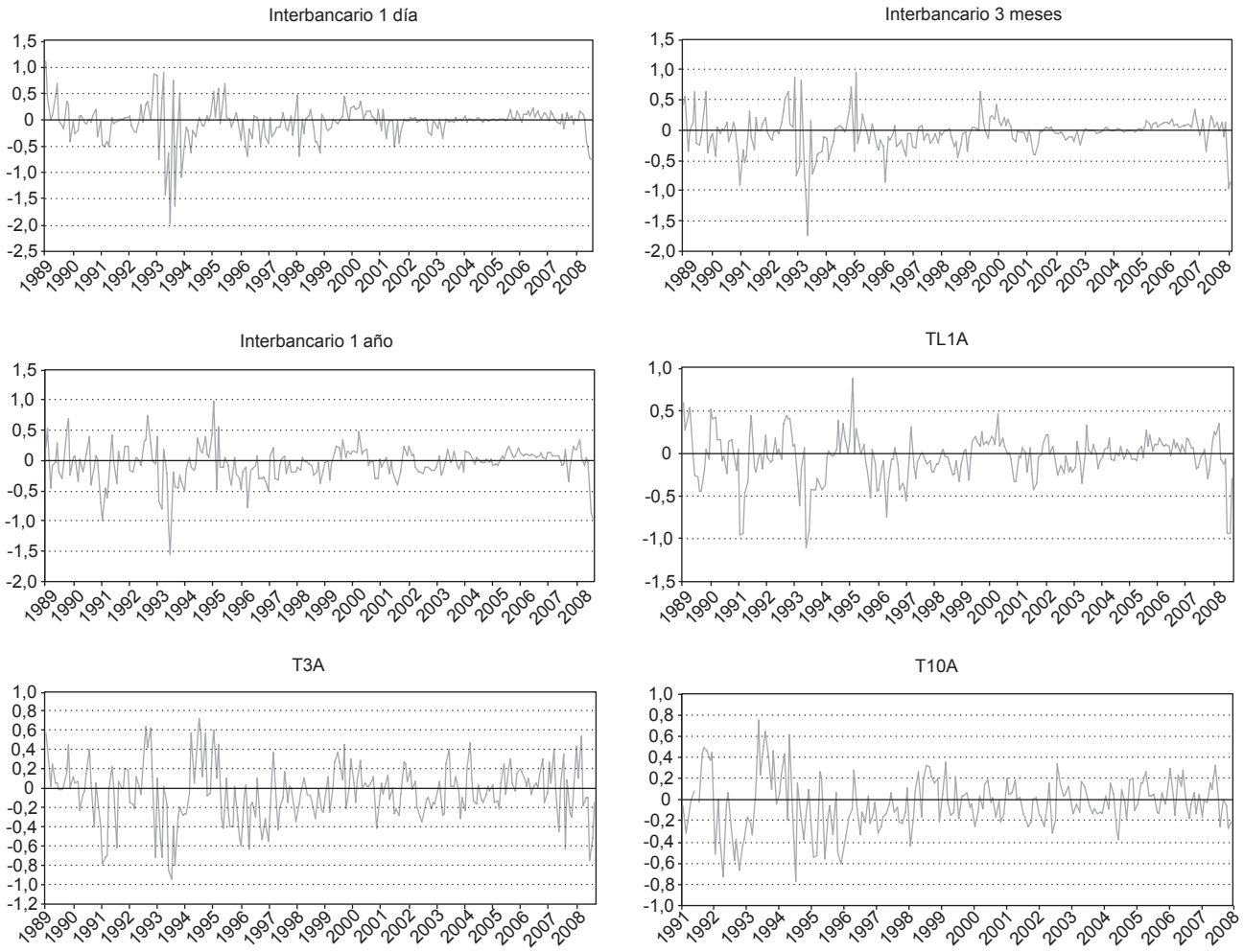


NOTAS: TL1A = tipo de las letras a un año. T3A = tipo de los bonos a tres años. T10A = t ipo de los bonos a diez años.
FUENTE: Banco de España.

dría la existencia de una relación a largo plazo entre el interbancario a un día y los tipos de mercado. Esto se contrasta formalmente con el test de cointegración. A pesar de la relativa estabilidad que presentan los diferenciales, se observa una mayor volatilidad de éstos en la primera mitad de la década de los noventa, coincidiendo con la crisis del tipo de cambio, y al final de la muestra con las crisis de liquidez y confianza, que caracterizaron a los mercados. Por otro lado, del comportamiento de los diferenciales no parece distinguirse un cambio de régimen a partir del establecimiento de la UME.

GRÁFICO 4

PRIMERA DIFERENCIA DE LOS TIPOS DE INTERÉS



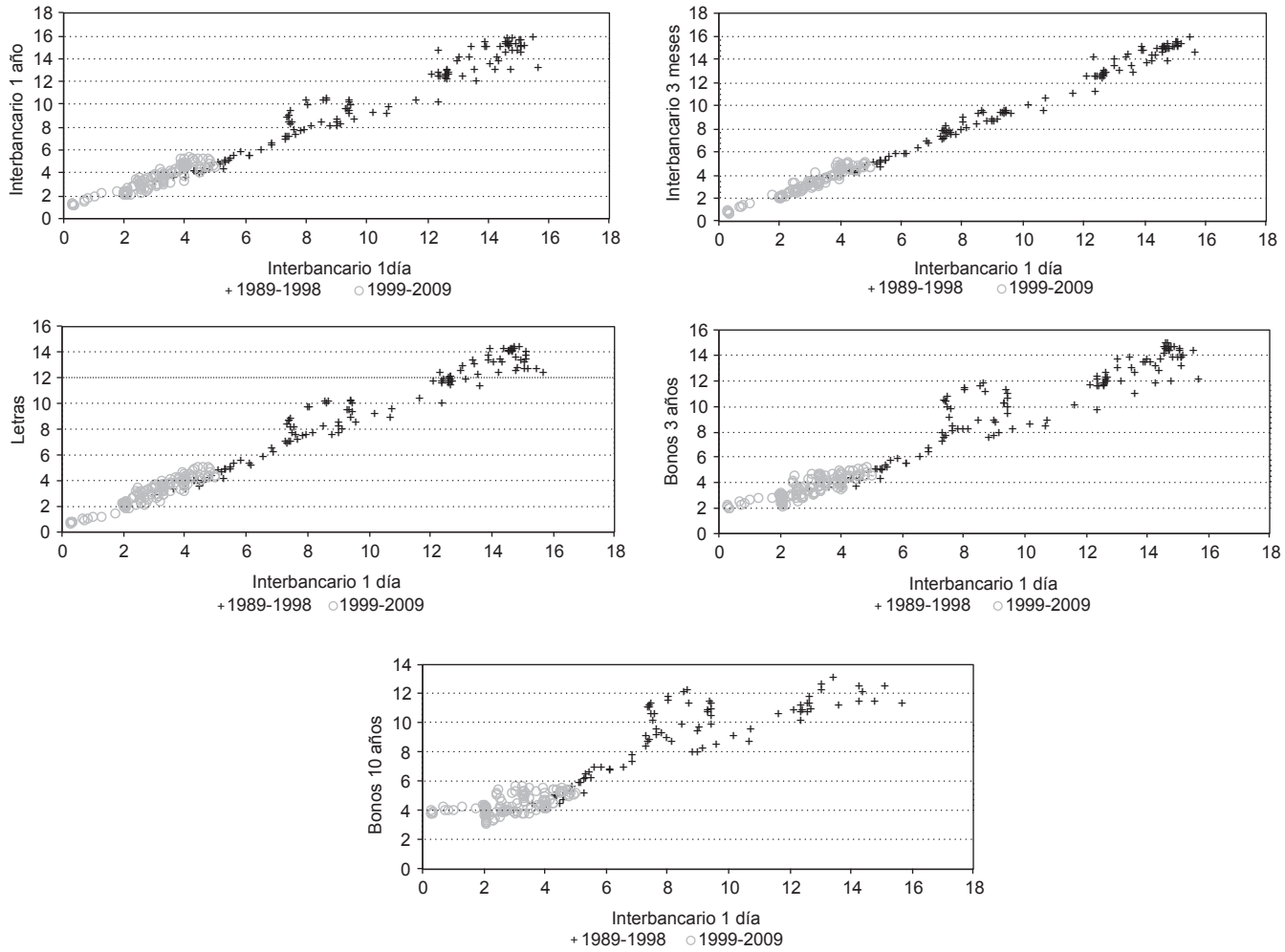
NOTAS: TL1A = tipo de las letras a un año, T3A = tipo de los bonos a tres años y T10A = tipo de los bonos a diez años.
FUENTE: Banco de España.

Nuevamente, los gráficos de la primera diferencia de los tipos de interés del mercado interbancario y de deuda (ver Gráfico 4) permiten observan una mayor volatilidad en la primera parte de la muestra, pudiéndose fechar la reducción de la volatilidad hacia la segunda mitad de la década de los noventa. Asimismo, la volatilidad de las series se incrementa ligeramente al final de la muestra, coincidiendo con la crisis financiera iniciada en el verano de 2007.

Finalmente, el Gráfico 5 recoge la dispersión entre los distintos tipos de interés considerados y el interbancario a un día. Del mismo puede observarse

GRÁFICO 5

DISPERSIÓN ENTRE LOS TIPOS DEL MERCADO INTERBANCARIO Y DE DEUDA CON EL INTERBANCARIO A UN AÑO



FUENTE: Banco de España.

el menor nivel medio de los tipos de interés a partir de 1999, respecto del primer subperíodo, por lo que la nube de puntos en el segundo subperíodo aparece más cerca de los ejes. Por otro lado, también se observa la mayor volatilidad que presentan los tipos de interés antes de 1999.

Este gráfico puede considerarse una primera aproximación en el análisis de si se ha producido o no un cambio en la relación a largo plazo entre el tipo oficial y cada uno de los tipos de interés, a partir de la introducción del euro. A este respecto, la observación del gráfico no parece mostrar, en general, un cambio estructural en dicha relación.

CUADRO 2

TEST DE COINTEGRACIÓN DE JOHANSEN

Mercado interbancario

Interbancario 3 meses

	Valor propio	Estadístico traza	Valor crítico	Estadístico máximo	Valor crítico
r=0	0,3622	109,28	20,26	102,55	15,89
r≤1	0,0291	6,73	9,16	6,73	9,16

Interbancario 1 año

	Valor propio	Estadístico traza	Valor crítico	Estadístico máximo	Valor crítico
r=0	0,3099	91,11	20,26	84,58	15,89
r≤1	0,0282	6,53	9,16	6,53	9,16

Mercado de deuda

Letras

	Valor propio	Estadístico traza	Valor crítico	Estadístico máximo	Valor crítico
r=0	0,1876	51,58	20,26	47,36	15,89
r≤1	0,0183	4,21	9,16	4,21	9,16

Bonos 10 años

	Valor propio	Estadístico traza	Valor crítico	Estadístico máximo	Valor crítico
r=0	0,1075	24,96	20,26	21,84	15,89
r≤1	0,0161	3,13	9,16	3,13	9,16

Bonos 3 años

	Valor propio	Estadístico traza	Valor crítico	Estadístico máximo	Valor crítico
r=0	0,0737	20,74	20,26	17,45	15,89
r≤1	0,0143	3,29	9,16	3,29	9,16

FUENTE: Banco de España y elaboración propia.

4. Resultados empíricos

En el apartado anterior se comprobó que todos los tipos de interés son variables integradas de orden uno. El siguiente paso es contrastar si los tipos de mercado están cointegrados con el tipo interbancario a un día.

De acuerdo con los resultados del contraste de Johansen, presentados en el Cuadro 2, los tipos de interés del mercado interbancario y deuda están cointegrados con el tipo de interés interbancario a un día y por tanto existe una relación a largo plazo entre ellos. El Cuadro 3 recoge los resultados del contraste de Gregory y Hansen (1996) que permite contrastar la hipótesis nula de no cointegración frente a la hipótesis de cointegración con cambio estructural endógeno. La razón de hacer dicho contraste es comprobar si el establecimiento de la UME supuso un cambio en la relación a largo plazo entre los tipos de interés de mercado y el interbancario a un día. Los resultados indican que no se puede rechazar la hipótesis de no cointegración, por lo que se rechaza la existencia de cambio estructural en la relación de largo plazo.

Confirmada la cointegración entre los tipos de interés, el siguiente paso ha sido estimar la ecuación [5] que permite obtener la dinámica de cada uno de los tipos de interés y la relación a largo plazo con el interbancario a un día. Los resultados de dicha estimación, para cada uno de los tipos de interés considerados, aparecen recogidos en el Cuadro 4. Se ha incluido un máximo de tres *leads* del tipo de interés a un día. La introducción de retardos del tipo de interés de mercado, o del interbancario a un día en la ecuación, se ha hecho si los residuos indicaban la existencia de autocorrelación. Por otro lado, los resi-

CUADRO 3

TEST DE COINTEGRACIÓN CON CAMBIO DE RÉGIMEN DE GREGORY Y HANSEN

Mercado interbancario

	Interbancario 3 meses		*Interbancario 1 año*	
	Estadístico	Breakpoint	Estadístico	Breakpoint
ADF	-4,5440	2005.11	-4,9588	1993.12
Z_t.....	-2,1831	1991.11	-2,2192	1991.11
Z_α.....	-1,7443	1991.11	-1,9200	1991.11

Mercado de deuda

	Letras		*Bonos 10 años*	
	Estadístico	Breakpoint	Estadístico	Breakpoint
ADF	-5,2942	1996.03	-5,5100	1996.09
Z_t.....	-1,8177	1991.11	-1,8613	1994.04
Z_α	-1,7763	1991.11	-1,4942	1994.04

	Bonos 3 años	
	Estadístico	Breakpoint
ADF	-5,1082	1996.07
Z_t.....	-1,6967	1991.11
Z_α	-1,5843	1991.11

NOTAS: Valores críticos de los estadísticos (Tabla 1 de Gregory y Hansen 1996): ADF y Z_t -4,61; Z_α -47,04.
FUENTE: Banco de España y elaboración propia.

duos presentaban esquema *arch* en su varianza, por lo que se ha procedido a modelizarlos como tal.

El coeficiente α_1 recoge la respuesta a largo plazo y se observa que ésta es completa[13] en el mercado interbancario, mientras que en el mercado de deuda la respuesta no es completa y además se reduce con el vencimiento.

En relación al *mark-up,* α_0, éste incrementa con el vencimiento de los tipos de interés del mercado interbancario y de deuda. Con respecto a la velocidad de ajuste, ésta es negativa y estadísticamente significativa en todos los tipos de interés, lo que indica que todos ellos revierten a su valor de equilibrio de largo plazo. Por tanto, los tipos de interés se ajustarán hacia arriba cuando se sitúen por debajo del equilibrio y al contrario. Se observa que tanto en el mercado interbancario como en el de deuda dicha velocidad se reduce con el vencimiento. De esta forma, para el interbancario a tres meses el coeficiente es 0,22, lo que implica que el 22 por 100 del desequilibrio de largo plazo desaparece en un período, frente al 15,25 por 100 del interbancario a un año. Por su parte, en las letras el 14,32 por 100 del desequilibrio de largo plazo desaparece en un período, frente al 4,6 por 100 en los bonos a diez años.

Por lo que se refiere al efecto a corto plazo de la política monetaria, en el interbancario a tres meses una variación unitaria del tipo oficial tiene un efecto impacto del 28,42 por 100, habiéndose previamente adelantado dicho movimiento en casi un 19 por 100. De esta forma, el efecto a corto plazo se sitúa alrededor de un 50 por 100, por lo que el efecto total que la política monetaria tiene sobre el tipo de interés interbancario a tres meses se completa en algo más de dos meses. En el caso del interbancario a un año, éste anticipa con tres meses el 20 por 100 del movimiento de política monetaria, y dado que el efecto impacto es de alrededor de un 22 por 100, el efecto total a corto plazo se sitúa en torno del 42 por 100. Considerando la velocidad de ajuste, el período medio para alcanzar el equilibrio es de algo menos de cuatro meses.

En el mercado de deuda se anticipa los movimientos de política monetaria y el efecto impacto es inexistente en los bonos a largo plazo, mientras que en las letras y en los bonos a tres años se sitúa alrededor del 14 por 100. El período medio de ajuste al equilibrio oscila entre los 4,3 meses de las letras y cerca del año y medio de los bonos a diez años.

Se ha considerado la posibilidad de que el establecimiento de la UME afectase al proceso de transmisión de la política monetaria a los tipos de interés. Hay que tener en cuenta que durante el subperíodo 1989-1998 la competencia de la política monetaria correspondía a las autoridades españolas, mientras que a partir de 1999, con la incorporación de España a la moneda única, la competencia de la política monetaria recayó exclusivamente

[13] El coeficiente es igual a la unidad.

CUADRO 4

MODELO DE CORRECCIÓN DE ERROR

	Dinámica a corto plazo										*Largo plazo*		
	Efecto impacto	Efecto adelantado			Velocidad de ajuste	RM	R^2	DW	ARCH(12) Residuos	ARCH(12) Residuos^2		*Markup*	α_1=1
	γ_0	θ_1	θ_2	θ_3	δ						α_1	α_1	p-value
Interbancario 3 meses	0,2842*	0,1155**	0,1158	0,0786**	-0,2196*	2,3739	0,6351	2,0913	12,2140	1,7146	1,0092*	0,0990*	0,3518
	3,9252	1,6658	1,1532	1,6507	-5,2918						102,6034	2,2480	
Interbancario 1 año	0,2174*	0,0019	0,0143	0,2025*	-0,1525*	3,8050	0,4595	2,0224	15,7740	10,1980	0,9847*	0,3412*	0,4296
	3,0206	0,0230	0,1560	3,7418	-4,9209						51,0782	3,8834	
Letras 1 año	0,1473*	0,0149	-0,0480	0,2077*	-0,1432*	4,2634	0,5079	1,8741	4,2285	7,8900	0,9117*	0,3929*	0,0000
	2,2936	0,1661	-0,6097	4,3325	-4,4832						45,2528	3,4345	
Bonos 3 años	0,1386*	-0,0620	-0,0767	0,2174*	-0,0836*	7,1794	0,3349	1,9528	15,2570	6,6576	0,8902*	0,7820*	0,0224
	2,2867	-0,7447	-0,8486	3,5445	-3,2888							18,6492	3,0849
Bonos 10 años	0,0473	-0,0963	-0,0755	0,1762*	-0,0460*	16,5206	0,2272	1,7946	11,7410	3,5296	0,7326*	2,0021*	0,0694
	0,58929	-1,1866	-0,95482	3,1765	-2,7014						5,0016	3,2807	

NOTAS: Debajo de cada coeficiente estimado aparece el estadístico t de *Student* obtenido a partir de la matriz de covarianzas consistente con heterocedasticidad de Bollesrslev-Wooldrige. * significativo al 5 por 100, **significativo al 10 por 100, RM= retardo medio. El modelo estimado es el modelo [5] del texto:

$$\Delta R_t = (\gamma_0 + \sum_{1}^{L}\theta_i)\,\Delta r_t + \delta\,[R_{t-1} - \alpha_0 - \alpha_1 r_{t-1}] + \sum_{i=1}^{L}\theta_i\,\Delta r_{t+i} + \sum_{i=1}^{p-1}\varphi_i\,\Delta r_{t-i} + \sum_{i=1}^{q-1}\phi_i\,\Delta R_{t-i} + v_t$$

FUENTE: Banco de España y elaboración propia

en manos del Banco Central Europeo. Por esta razón, se ha estimado la ecuación [5], antes y después de 1999, contrastando la hipótesis nula de igualdad de parámetros frente a la hipótesis alternativa de cambio estructural. Para ello, se ha introducido en el modelo, corregido por heterocedasticidad[14], una variable *dummy,* que toma valor cero hasta diciembre de 1998 y valor uno a partir de enero de 1999. El contraste de estabilidad estructural se ha basado en comprobar que los parámetros antes y después de 1999 son iguales, lo que se ha hecho utilizando el test de Wald. El Cuadro 5 recoge los resultados para todos los tipos de interés considerados, a excepción de las letras para las cuales no se obtuvo evidencia de cambio estructural.

Del Cuadro 5 se deduce que el establecimiento de la UME introdujo cambios en la dinámica del mercado interbancario y en el segmento a medio y largo plazo del mercado de deuda. Así, se observa que, a partir de 1999, en el mercado interbancario la política monetaria deja de tener efecto impacto a la vez aumenta la anticipación de la acción de política monetaria. Por ejemplo, en el interbancario a tres meses el efecto impacto en el primer subperíodo es del 40 por 100, con un anticipo del 11 por 100, mientras que en el segundo subperíodo no hay efecto impacto pero se anticipa casi el 50 por 100 de la acción de política monetaria. Dado que la

[14] Hay evidencia de que las perturbaciones son heterocedásticas, y por ello se ha considerado la matriz de covarianzas de los estimadores consistente con heterocedasticidad de Bollerslev-Wooldridge.

CUADRO 5

MODELO DE CORRECCIÓN DE ERROR CON VARIABLE *DUMMY*

		Dinámica a corto plazo										Largo plazo		
		Efecto impacto	Efecto adelantado			Velocidad de ajuste	RM	R^2	DW	ARCH(12) Residuos	ARCH(12) Residuos^2	Efecto largo plazo	*Markup*	α_1=1
		γ_0	θ_1	θ_2	θ_3	δ						α_1	α_1	p-value
Interbancario 3 meses	*1989-1998*	0,4030*	0,1183*	0,0263	0,0853*	-0,2475*	1,9665							
		8,4834	2,0292	0,4684	2,8718	-3,8998								
								0,6301	2,2804	11,5890	5,9568	1,0158*	0,0376*	0,0009
	1999-2008	-0,0108	0,1748*	0,1725	0,1618*	-0,4452*	1,1203					2,1619	2,9014	
		-0,1527	3,0102	2,3568	2,6852	-8,2455								
Interbancario 1 año	*1989-1998*	0,3501*	-0,1260	-0,0058	0,2199*	-0,1248*	3,4461							
		4,9747	-1,3350	-0,0603	3,7315	-3,3616								
								0,4713	1,9764	16,4030	9,3072	0,9763*	0,3433*	0,2550
	1999-2008	-0,1137	0,3059*	0,0029	0,1858*	-0,2233*	2,2766					46,9561	4,6640	
		-0,9613	2,3874	0,0207	2,3568	-4,6152								
Bonos 3 años	*1989-1998*	0,2967	-0,1812**	0,0620	0,2016*	-0,0467**	13,3037							
		4,0338	-1,8169	-0,7316	3,3076	-1,9496								
								0,3651	1,9658	20,2980	5,3222	0,8384*	1,0177*	0,0291
	1999-2009	-0,5178*	0,4590*	-0,0466	0,1355	-0,1770*	6,0454					11,3998	4,4075	
		-2,8849	2,4889	-0,2344	1,1503	-3,6657								
Bonos 10 años	*1989-1998*	0,2061*	-0,2236*	0,0816	0,2230*	-0,0328	-							
		2,1298	-2,4037	-0,9148	3,2053	-1,3025								
								0,2719	1,9133	10,0790	2,6101	0,6981*	2,2551*	0,0058
	1999-2009	-0,4422*	0,2884*	-0,0087	0,0695	-0,0558*	21,8845					3,4391	3,2172	
		-2,8327	2,9341	-0,0601	0,7343	-2,3400								

NOTAS: Debajo de cada coeficiente estimado aparece el estadístico t de *Student* obtenido a partir de la matriz de covarianzas consistente con heterocedasticidad de Bollesrslev-Wooldrige. * significativo al 5 por 100, **significativo al 10 por 100, RM= retardo medio. El modelo estimado es el modelo [5] del texto:

$$\Delta R_t = (\gamma_0 + \sum_{1}^{L}\theta_i)\,\Delta r_t + \delta\,[R_{t-1} - \alpha_0 - \alpha_1 r_{t-1}] + \sum_{i=1}^{L}\theta_i\,\Delta r_{t+i} + \sum_{i=1}^{p-1}\varphi_i\,\Delta r_{t-i} + \sum_{i=1}^{q-1}\phi_i\,\Delta R_{t-i} + v_t$$

FUENTE: Banco de España y elaboración propia.

velocidad de ajuste aumenta a partir de 1999, el período medio de ajuste pasa de situarse en alrededor de dos meses a algo más de un mes. En el tipo interbancario a un año, el impacto en el primer subperíodo es del 35 por 100 y se anticipa un 22 por 100, mientras que en el segundo subperíodo no hay efecto impacto y se anticipa el 48 por 100 de la acción de la autoridad monetaria. Asimismo, el período medio de ajuste se reduce en el segundo subperíodo frente al primero. En el interbancario a un año el impacto a largo plazo es completo, mientras que el interbancario a tres meses presenta una ligera sobre reacción.

Por lo que respecta a la deuda, en el segundo subperíodo aumenta la velocidad de ajuste, a la vez que se observa un impacto negativo y una mayor cuantía de la anticipación de las acciones de política monetaria. El período medio de ajuste se reduce, como consecuencia del incremento de la velocidad y de la mayor cuantía de la

anticipación de la política monetaria. No obstante, esta reducción sería mayor si el efecto impacto no fuera negativo. El impacto negativo puede interpretarse en el sentido de que los tipos de interés descuentan movimientos en sentido contrario a las acciones de política monetaria, puesto que esperan que a largo plazo las acciones de política monetaria reviertan. Esto, no obstante, dificulta la labor de la autoridad monetaria puesto que, al anticipar movimientos en sentido contrario, se reduce el control en este segmento de mercado. Un aumento del tipo oficial conlleva una caída de los tipos a largo plazo, puesto que descuentan la reversión de la política, dando una señal contraria a la que desea la autoridad monetaria y, por tanto, dificultando su política. Finalmente, la relación de largo plazo no se ve afectada, pero hay que observar que en el bono a diez años los tipos no estarían cointegrados en el primer período, puesto que la velocidad de ajuste estadísticamente es igual a cero[15].

De estos resultados puede concluirse que con la autoridad monetaria europea el proceso de transmisión de la política monetaria a los tipos de interés se ha agilizado, como consecuencia de una mayor y mejor señalización de sus actuaciones, lo que permite una mayor anticipación, por parte de los agentes, de la futura política monetaria.

Finalmente, se ha analizado la capacidad predictiva de los modelos estimados dentro y fuera del período muestral, con el doble objetivo de comprobar si predicen adecuadamente y si la crisis de liquidez y confianza distorsionó, y en qué dirección, la evidencia empírica obtenida con estos modelos. Para obtener la predicción para 2009 y 2010 no se ha sustituido el tipo oficial de la autoridad monetaria por el tipo interbancario a un día, puesto que, como se vio en el Gráfico 1, en ese período no puede considerarse una buena *proxy* de la política monetaria. Para esos dos años, se ha considerado el tipo oficial de las OPF a la hora de obtener las predicciones.

[15] Con un nivel de confianza del 81 por 100 podría considerarse distinto de cero.

El Cuadro 6 recoge los estadísticos que permiten analizar la capacidad predictiva de los modelos. Estos estadísticos se han calculado para el período 1989-2010 y para el período extra muestral 2009-2010. La variable de predicción considerada, al obtener los estadísticos para evaluar la capacidad predictiva, ha sido la primera diferencia de los tipos de interés. Los resultados indican que los modelos muestran una capacidad predictiva elevada en los tipos de interés interbancarios, puesto que el Índice de Theil está más próximo de cero que de uno. Asimismo, un elevado porcentaje del error de predicción viene explicado por factores aleatorios, de forma que los componentes sesgo y varianza son muy reducidos. Por otro lado, la crisis no ha supuesto un empeoramiento de la capacidad predictiva de estos modelos. El Índice de Theil para el período 2009-2010 ha seguido estando más cerca de cero que de la unidad y los componentes sesgo y varianza han seguido siendo muy reducidos.

Con respecto a la deuda, los modelos no predicen correctamente la variabilidad de los tipos de interés, presentando un notable componente varianza en el error de predicción. No obstante, un elevado porcentaje del error de predicción viene explicado por factores aleatorios. En el período extra muestral 2009-2010 el componente varianza del error es todavía mayor, lo que indica que la crisis aumentó la variabilidad de los tipos y los modelos no son capaces de predecirla correctamente. Por su parte, en los bonos a diez años la crisis distorsiona la capacidad predictiva del modelo, incrementando no solo el componente varianza sino también aumentando el sesgo de la predicción.

El Gráfico 6 recoge la predicción intra y extra muestral de los tipos de interés en niveles y en primeras diferencias. La evidencia que de él se obtiene ratifica lo que se ha concluido con los estadísticos descriptivos del Cuadro 6, esto es que la capacidad predictiva es elevada, aunque en los tipos a más largo plazo los modelos no predicen correctamente su volatilidad. En concreto, al observar el gráfico de la primera diferencia de los tipos de interés de los bonos se evidencia que la variabilidad predicha es mucho menor de la que

CUADRO 6

EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD PREDICTIVA

	Interbancario 3 meses	Interbancario 1 año	Letras 1 año	Bonos 3 años	Bonos 10 años
Período: enero 1989 – diciembre 2012					
Error cuadrático medio	0,1703	0,2109	0,1904	0,2378	0,2093
Error absoluto medio	0,1121	0,1506	0,1400	0,1864	0,1595
Coeficiente de Theil	0,3054	0,3910	0,3884	0,4900	0,5499
Componente sesgo	0,0005	0,0113	0,0021	0,0081	0,0028
Componente varianza	0,0562	0,0759	0,1344	0,2191	0,2956
Componente aleatorio	0,9433	0,9129	0,8635	0,7729	0,7016
Diebold y Mariano test					
ABS loss	-0,0481	-0,0265	-0,0209	-0,0241	-0,0114
(p-value)	(0,0008)	(0,0195)	(0,0009)	(0,0006)	(0,0562)
Squared loss	-0,0475	-0,0224	-0,0154	-0,0160	-0,0056
(p-value)	(0,0058)	(0,0358)	(0,0033)	(0,0014)	(0,1607)
Período: enero 2009 – diciembre 2012					
Error cuadrático medio	0,1188	0,1625	0,2390	0,3028	0,1712
Error absoluto medio	0,0914	0,0887	0,1667	0,2255	0,1448
Coeficiente de Theil	0,2310	0,2951	0,4997	0,6992	0,7372
Componente sesgo	0,0082	0,0465	0,0006	0,0960	0,1493
Componente varianza	0,0055	0,0126	0,3760	0,2535	0,4828
Componente aleatorio	0,9863	0,9409	0,6234	0,6505	0,3678
Diebold y Mariano test					
ABS loss	-0,0289	-0,0784	-0,0339	-0,0283	0,0182
(p-value)	(0,3781)	(0,0028)	(0,1037)	(0,2062)	(0,1923)
Squared loss	-0,0177	-0,0169	-0,0199	-0,0191	0,0083
(p-value)	(0,3444)	(0,2379)	(0,0637)	(0,3547)	(0,1583)

FUENTE: Banco de España y elaboración propia.

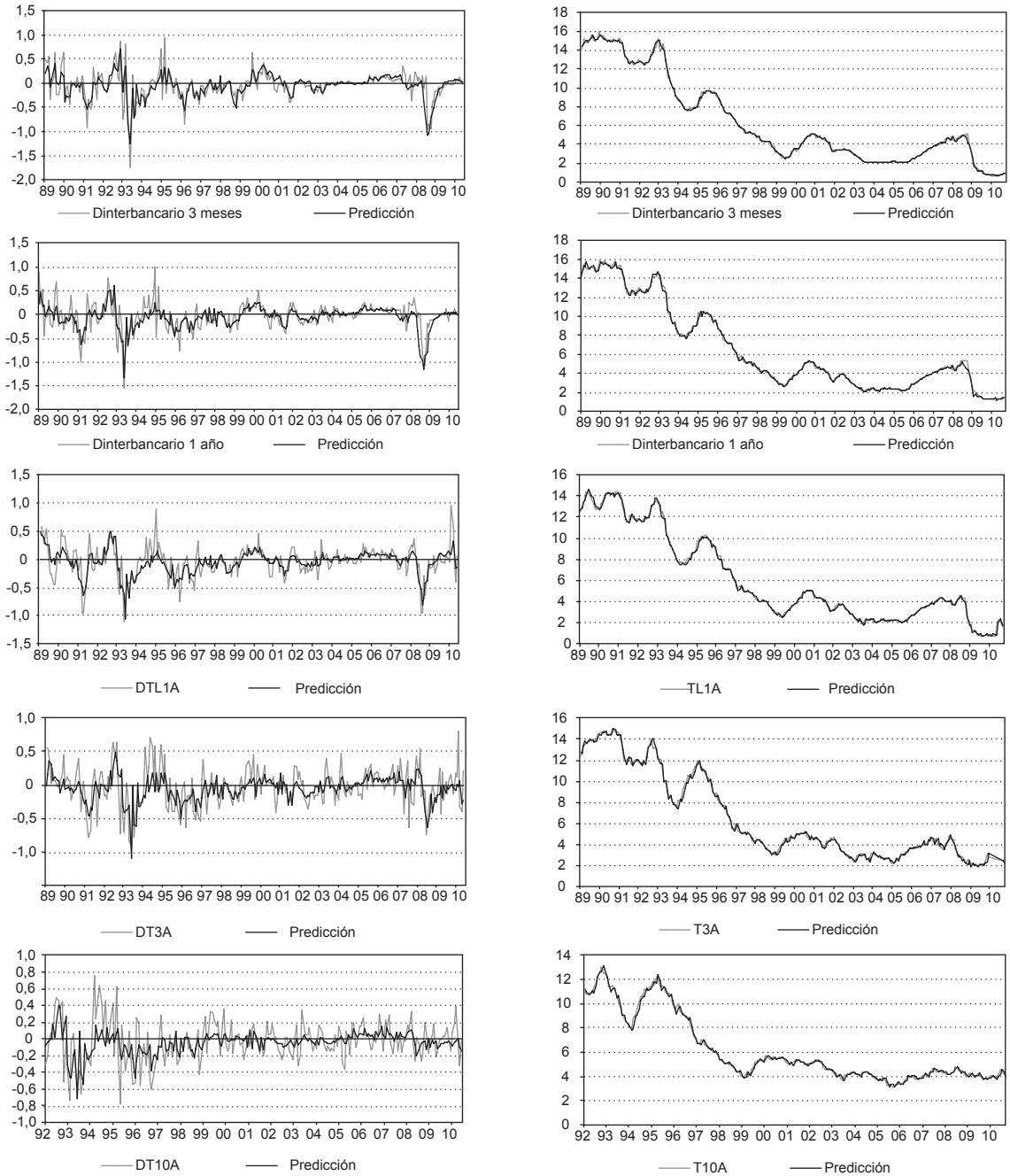
realmente se observa. Esta evidencia podría ser consecuencia de que los tipos de interés a largo no solo responden a los movimientos corrientes y esperados de política monetaria, sino que se ven afectados por acontecimientos extraordinarios, no sistemáticos, no recogidos en los modelos[16]. Sirva como ejemplo, la actual incertidumbre en los mercados de deuda soberana que está conllevando aumentos en las primas de riesgo, que hacen que los tipos a largo plazo estén alcanzando niveles máximos.

Finalmente, comentar que el Cuadro 6 recoge el contraste de Diebold y Mariano (1995) en el que se compara la capacidad predictiva de los modelos con un modelo ARIMA que recoge el comportamiento de cada tipo de interés. Como puede verse, para el período com-

[16] Esto en cualquier caso no invalida los modelos puestos que éstos han superado con éxito los contrastes de validación al uso.

GRÁFICO 6

PREDICCIÓN DE LOS TIPOS DE INTERÉS



NOTAS: TL1A= tipo de las letras a un año. T3A= tipo de los bonos a tres años. T10A= tipo de los bonos a diez años. DTL1A= primera diferencia del tipo de las letras a un año. DT3A= Primera diferencia del tipo de los bonos a tres años. DT10A= primera diferencia del tipo de los bonos a diez años.

FUENTE: Banco de España y elaboración propia.

pleto, los modelos presentan una capacidad predictiva mayor a la de los modelos ARIMA. No obstante, cuando el análisis se circunscribe únicamente al período fuera de la muestra no hay evidencia de que exista ganancia de los modelos frente a modelos univariantes.

5. Conclusiones

Este trabajo analiza empíricamente el efecto que la política monetaria tiene sobre los tipos de interés del mercado interbancario y del mercado de deuda pública. Se ha considerado explícitamente la posibilidad de que los mercados anticipen las acciones de la autoridad monetaria. Las implicaciones que los resultados obtenidos tienen sobre la transmisión de la política monetaria a los tipos de interés son:

A) Los tipos de interés de mercado descuentan con antelación los movimientos futuros de política monetaria.

B) Las acciones de política monetaria se transmiten rápida y completamente a los tipos de interés monetarios, aunque el tipo a muy corto plazo presenta una ligera sobre reacción.

C) En los tipos a más largo plazo, que determinan las decisiones de consumo e inversión de los agentes económicos, la trasmisión a largo plazo no es completa. Este resultado responde al hecho de que los tipos de interés a largo plazo responden a factores de mercado, por lo que no están sujetos al control directo del Banco Central Europeo.

D) Se evidencia un cambio estructural en la dinámica de los tipos de interés del mercado interbancario y de deuda a medio y largo plazo, a partir del establecimiento de la UME. En concreto, en el mercado interbancario aumenta la anticipación de la acción de política monetaria. Esto, junto con el aumento de la velocidad de transmisión, permite que en el mercado interbancario la transmisión de las acciones de la autoridad monetaria sea más rápida. En el mercado de deuda, aumenta la velocidad de ajuste, a la vez que se observa una mayor cuantía de la anticipación de las acciones de política monetaria, por lo que el proceso de transmisión es más rápido de lo que solía ser. No obstante, el impacto negativo que presentan los tipos de interés a más largo plazo del mercado de deuda dificulta la política monetaria, al dar una señal contraria a la que desea la autoridad monetaria. Sin la existencia de esta respuesta contraria a la acción de la política monetaria el proceso de transmisión sería mucho más rápido de lo que lo es.

E) La crisis de liquidez ha alterado el funcionamiento de los mercados afectando a la trasmisión de la política monetaria, que se ha visto distorsionada. Así lo ha entendido también la autoridad monetaria, como lo demuestra el establecimiento de medidas excepcionales en los últimos años. La evidencia empírica muestra que la crisis de liquidez y confianza ha distorsionado la transmisión de la política monetaria en los tipos a largo plazo, que han estado sometidos a las tensiones de los mercados asociadas a la falta de confianza, pese a la persistencia de unas condiciones de abundante liquidez, proporcionada por el Banco Central Europeo. Por otro lado, sin embargo, la crisis de liquidez y confianza no parece haber afectado a la transmisión de la política monetaria en los tipos a corto plazo, poniendo de relieve la efectividad del esfuerzo de la autoridad monetaria en estabilizar los mercados monetarios.

Referencias bibliográficas

[1] BARNERJEE, A.; DOLADO, J.J.; GALBRAITH, J. W. y HENDRY, D.F. (1993): «Cointegration, Error- correction and the Econometric Analysis of Nonstationary Data». *Oxford University Press,* Oxford.

[2] BURGSTALLER, J. (2005): «Interest Rate Pass-through Estimates from Vector Autoregressive Models. Department of Economics. Johannes Kepler University of Linz». *Working Paper* Nº. 0510. Diciembre

[3] DE BONDT, G. (2005): «Interest Rate Pass-through Empirical Results for the Euro Area», *German Economic Review,* 6, pág. 37-78.

[4] DIEBOLD, F.X. y MARIANO, R.S. (1995): «Comparing Predictive Accuracy», *Journal of Business and Economic Statistics,* 13, pág. 253-263.

[5] ENGLE, R. F. y GRANGER, C.W.J. (1987): «Co-integration and Error Correction: Representation, Estimation and Testing». *Econometrica,* 55, pág. 251-276.

[6] HENDRY, D. F. (1995): «Dynamic Econometrics». *Oxford University Press,* Oxford.

[7] GREGORY, A. W. y HANSEN, B. E. (1996): «Residual-based Tests for Cointegration in Models with Regime Shifts», *Journal of Econometrics,* 70, pág. 99-126.

[8] GROPP, R.; SORENSEN, C. y LICHTENBERGER, J-D. (2007): «The Dynamics of Bank Spreads and Financial Structure», *ECB Working Paper Series* Nº. 714, enero.

[9] LIU, M.; MARGARITIS, D. y TOURANI-RAD, A. (2008): «Monetary Policy Transparency and Pass- through of Retail Interest Rates». *Journal of Banking and Finance,* 32, pág. 501-511.

[10] MAROTTA, G. (2009): «Structural Breaks in the Lending Interest Rate Pass-through and the Euro», Economic Modelling 26, pág. 191-205.

[11] MISHKIN, F., ed. (1995): «Symposium on the Monetary Transmisión Mechanism», *Journal of Economic Perspectivas,* 9, pág. 3-10.

[12] MOJON, B. (2000): «Financial Structure and the Interest Rate Channel of ECB Monetary Policy», *ECB Working Paper Series* Nº. 40.

[13] PHILLIPS, P.C.B. y LORETAN, M. (1991): «Estimating Long-run Economic Equilibria». *Review of Economic Studies,* 58, pág. 407-436.

[14] ROUSSEAS, S. (1985): «A Markup Theory of Bank Loan Rates». *Journal of Post Keynesian Economics,* 8, pág. 135-144.

[15] SELLON, G.H. (2002): «The Changing US Financial System: Some Implication for the Monetary Transmission Mechanism. Federal Reserve Bank of Kansas City» *Economic Review,* First Quarter, pág. 5-35.

[16] SORENSEN, C. y WERNER, T. (2006): «Bank Interest Eate Pass-through in the Euro Area», *ECB Working Paper Series,* Nº. 580, enero.

[17] STOCK, J.H. (1987): «Asymptotic Properties of Least Squares Estimator of Cointegrating Vectors. *Econometrica,* 55, pág. 1035-1056.

Colección **MANUALES PRÁCTICOS**

CLAVES para ENTRAR y PERMANECER en los MERCADOS

Con la crisis se ha vuelto imprescindible para las empresas proyectarse hacia el exterior, pero los importadores demandan cada vez más originalidad. No se trata de una moda, sino de un condición *sine qua non*.

Este manual es sobre todo práctico. Por eso dedica un capítulo a la que es una de las principales preocupaciones de las empresas: la formas de financiarla. Revisa tanto los instrumentos públicos que hay disponibles para ello como los privados, y detalla en qué consisten otras fuentes de financiación alternativa como el *crowdfunding*, las comunidades de crédito o la banca ética.

470 páginas
Formato: 135 x 210 mm
PVP: 25 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-7811-742-0

Puede adquirir la obra en Internet, en ICEX y en las principales librerías

ICEX España Exportación e Inversiones
Pº. de la Castellana, 14 - 28046 MADRID - tel.: 91 349 6275/34
c.e.: libreria@icex.es - www.icex.es/publicaciones

ICEX

Ernesto J. Veres Ferrer*
Gabriel Foix Escura**
Jose M. Pavía Miralles***

EL MERCADO DE LAS TARJETAS BANCARIAS EN ESPAÑA: UNA PANORÁMICA

Con casi 70.000.000 de tarjetas en circulación y un movimiento de más de 200.000 millones de euros anuales, no existe (hasta donde llega nuestro conocimiento) ningún trabajo que ofrezca una panorámica integral del mercado de las tarjetas bancarias en nuestro país. El objeto de este documento es subsanar esta deficiencia profundizando en sus distintas dimensiones. El artículo analiza la evolución del mercado, ofreciendo una visión global de su situación actual, estudia el impacto que las tarjetas tienen sobre las entidades bancarias españolas y cómo inciden sobre algunos de sus intangibles, enumera los distintos tipos de fraude, ponderando su importancia, y examina el efecto que ha tenido Internet sobre este medio de pago, destacando los retos que el comercio electrónico está suponiendo para la seguridad del dinero electrónico.

Palabras clave: *tarjetas de crédito, cambio tecnológico, comercio electrónico, sistema financiero, fraude.*
Clasificación JEL: *G29, G32.*

1. Introducción

Es de plena actualidad la discusión sobre si el sector financiero español es eficiente y suficientemente robusto (e.g., Palomo Zurdo y Sanchis Palacio, 2010; Berges Lobera *et al.,* 2011; Suárez y Carbó Valverde, 2011; Vives, 2011; BOE, 2012a, 2012b y Climent-Serrano y Pavía, 2013). Su influencia sobre el grado de competitividad real de la economía española es evidente con efectos sobre el crédito y la deuda soberana (véase, Fernández, 2010; Merler y Pisani-Ferry, 2012 y Climent, 2013), siendo en estos momentos objeto de análisis por parte de estudiosos, autoridades públicas y agentes económicos nacionales e internacionales. El debate ha calado en los medios de comunicación y ha descendido a amplios sectores sociales no necesa-

* Departamento de Economía Aplicada. Universitat de Valencia.
** Departamento de Riesgos. Banco de Valencia.
*** Departamento de Economía Aplicada. Universitat de Valencia.
Los autores desean agradecer las sugerencias realizadas por un evaluador anónimo.
Versión de julio de 2013.

riamente especializados, desatando un extenso debate. La adecuada valoración de la estructura de riesgo del negocio bancario, no obstante, implica que todos sus componentes, incluidos la seguridad y eficiencia de los sistemas de pago, merecerían ser estudiados y analizados.

Centrándonos en el ámbito de los medios de pago, se observa que las ganancias de eficiencia que se han venido alcanzado en los últimos años derivan, principalmente, de la migración de los tradicionales medios de pago, basados en soportes documentales y físicos, a los actuales, basados en el carácter electrónico de su operativa. Es esta condición la que, en último término, ha propiciado una auténtica revolución en su gestión (Ferguson, 2000), al permitir automatizar los procesos, abaratándolos de forma sustancial, e incrementar su eficacia, aunque a costa de incrementar sus riesgos.

Dentro del conjunto de instrumentos de pago electrónicos disponibles en la actualidad, la tarjeta (de crédito y débito) ha sido la herramienta que ha evolucionado de manera más destacada, hasta llegar a convertirse en el medio de pago más popular y eficiente en gran cantidad de países (Pavía *et al.,* 2012). Su importancia creciente, frente a fórmulas de pago más clásicas y tradicionales, ha motivado que, sobre ellas, se haya centrado en los últimos años enorme atención, poniendo en cuestión multitud de aspectos, tales como su operativa y transparencia, el coste de su emisión y mantenimiento, el precio asociado a su utilización o la seguridad de su uso (e.g., Banco de España, 2005; Adams *et al.,* 2004; Hunt, 2003; MacFarlane, 2005 y Quah y Sriganesh, 2008).

Conscientes de la importancia que para las economías desarrolladas ha adquirido el pago mediante tarjeta, los bancos centrales, como garantes del buen funcionamiento de los sistemas de pago, han acometido una serie de acciones orientadas a conocer en profundidad las características de las tarjetas y de los mercados en los que principalmente son usadas, para así disponer de una visión integral de su naturaleza (Banco de España, 2010). Desafortunadamente, sin embargo, aún en la actualidad, solo es posible disponer de un conocimiento fragmentado. De hecho, las mismas aportaciones sobre el particular acometidas desde la teoría económica, e iniciadas en fecha muy reciente con el pionero trabajo de Baxter (1983), son, hasta el momento, reducidas (e.g., Smith y Lipsky, 2005 y Wildfang y Marth, 2006).

En el caso español, excluyendo los informes anuales del Banco de España sobre medios de pago, donde se incluyen algunas estadísticas sobre el mercado de tarjetas bancarias, no parece existir ningún trabajo que haya prestado especial atención a este importante mercado, que mueve más de 200.000 millones de euros anuales, y a sus riesgos asociados. Mercado que en el caso español es especialmente relevante. Por ejemplo, si atendemos al número de cajeros automáticos y terminales de punto de venta, encontramos que España se sitúa entre los países del mundo con más cajeros y terminales de punto de venta per cápita del mundo (Banco Mundial, 2013a, 2013b).

El presente trabajo pretende arrojar algo más de luz sobre este mercado e ilustrar la situación global del sector de las tarjetas en la economía española, profundizando en sus distintas dimensiones. En concreto, el resto del documento está estructurado como sigue. En el apartado segundo se analiza la importancia y tamaño del mercado a través de un conjunto de indicadores relevantes. El apartado tercero se centra en estudiar el impacto de las tarjetas en el negocio bancario español. El apartado cuarto detalla los distintos tipos de fraude, ponderando la importancia de cada uno de ellos. El apartado quinto analiza el efecto de Internet, señalando los retos y desafíos que supone. Finalmente, un último apartado concluye el documento.

2. El mercado español de las tarjetas de crédito en cifras

Al igual que ocurría en el resto del mundo desarrollado, en los últimos 30 años el desarrollo tecnológico ha propiciado un incremento espectacular de los me-

dios de pago electrónicos en España, especialmente del más común de ellos: las tarjetas bancarias. Fruto de esta evolución, en 1994 el Banco de España firmó un primer convenio de colaboración con las organizaciones gestoras de tarjetas bancarias[1] con el fin de estudiar su uso y evolución. Desde entonces, el número de tarjetas en España ha crecido con tasas acumuladas cercanas al 3 por 100 anual, con 2008 como punto de inflexión (ver Gráfico 1). Una evolución similar ha experimentado el número de operaciones y el importe gestionado y, asimismo, también ha aumentado el número de terminales de puntos de venta minorista (TPV), estando España en sintonía con el resto de países de la Unión Europea desde finales de la década de los noventa del Siglo XX y duplicando en 2010 prácticamente los existentes diez años antes.

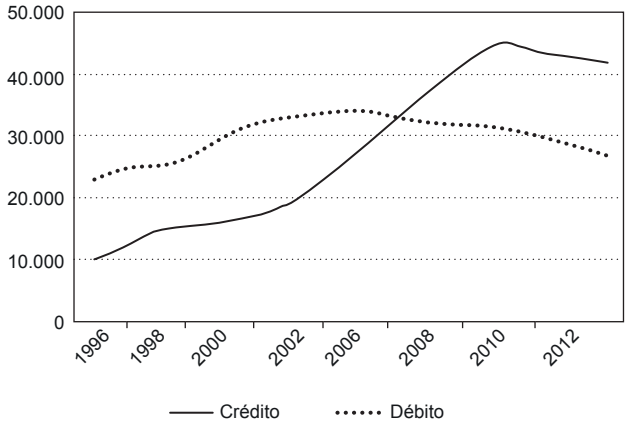
En la década 1995-2005, el crecimiento experimentado por las tarjetas de crédito fue superior al registrado por otros sistemas de pago. Concretamente, expresado en términos del número de operaciones, su tasa media interanual creció el 21 por 100, valor muy superior al que experimentaron, por ejemplo, las transferencias y adeudos domiciliados; ambos con incrementos cercanos al 12 por 100. De hecho, este incremento sostenido permitió que en el año 2005 el pago con tarjetas equivaliera ya a la mitad de los abonos efectuados con medios distintos del efectivo, proporción que en 1994 no alcanzaba el 25 por 100 (Banco de España 2012).

En el último sexenio, sin embargo, el crecimiento se ralentiza fruto de la aguda crisis económica y del deterioro de las transacciones en la economía española. Siendo en los últimos años la evolución incluso decreciente, tanto en lo que respecta al número de operaciones como en lo relativo al importe medio asociado a las mismas. Para las operaciones de compras en terminales de punto de venta, en el sexenio 2006-2011, la tasa media anual del incremento del número de operaciones fue del 8,58 por 100 y dicha tasa media alcanzó para los importes asociados el 5,59 por 100, con ambas variables presentando una clara tendencia decreciente en el período. Análogo comportamiento experimentaron las retiradas de efectivo en cajeros, aunque con sensiblemente menores tasas medias de variación interanual: un 0,22 por 100 para el número de operaciones —con tasas de variación interanuales negativas desde el año 2009— y un 1,64 por 100 para los importes retirados —con tasas de variación negativas en los años 2009 y 2011— (Banco de España, 2012).

En el importante volumen de operaciones asociado al uso de tarjetas —tanto en número como en importe— no es ajena la red de terminales de puntos de venta y de cajeros existentes en nuestro país, cuyas redes per cápita son las mayores entre los principales países de la Unión Europea. En cifras, y para el año 2011, el parque de cajeros y terminales de puntos de venta ascendía a 57.243 y 1.425.478, respectivamente (Cuadro 1), lo que per cápita representaba, 1.241 cajeros y 29.546

GRÁFICO 1

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE TARJETAS EN ESPAÑA, 1996-2011 (En miles)



FUENTE: Elaboración propia a partir de datos de Banco de España (varios años).

[1] En la actualidad, en España solo hay tres empresas gestoras de tarjetas: Euro6000, ServiRed y 4B.

CUADRO 1

PANORÁMICA DE TARJETAS DE PAGO Y SU USO EN ESPAÑA, 2011

	Función de caja	Función de débito	Función de crédito y débito diferido	Función de monedero electrónico
Número de tarjetas (miles)	69.403	27.079	41.891	1.912
Número de cajeros/terminales	57.243	1.425.478	1.425.478	16.310
Número de transacciones (millones)	938	1.062	1.302	0,15
Importe transacciones (miles de millones euros)	108	44,78	62,10	0,62

FUENTE: Elaboración propia a partir de Banco de España (2012).

TPVs por millón de habitantes; frente a, por ejemplo, los 1.030 y 8.693 de Alemania, los 893 y 22.151 de Francia, los 853 y 20.651 de Italia, o los 853 y 21.688 de Reino Unido (Banco de España, 2013).

Centrándonos en el año 2011, según las estadísticas del Banco de España (Banco de España, 2012), el número de operaciones de compras en terminales de punto de venta (en miles) realizadas con tarjetas ascendió a 2.232.631 y el importe de las mismas fue de casi 100.000 millones de euros. En cuanto a las operaciones de retirada de efectivo en cajeros, las cifras respectivas alcanzaron casi los 1.000 millones de operaciones, y superaron con creces los 105.000 millones de euros.

Estos datos se obtuvieron con un parque total de 68.970.000 de tarjetas, de las cuales 41.890.000 eran de crédito y 27.080.000 eran de débito. Un resumen esquematizado de la panorámica de las tarjetas de pago y dispositivos de uso en España, referida al año 2011, se ofrece en el Cuadro 1.

3. El impacto de las tarjetas en las entidades de crédito

Para hacer un examen exhaustivo de las tarjetas de crédito (y débito) en España, es necesario estudiar el impacto que las mismas tienen en las entidades que las comercializan. Este impacto se puede analizar desde tres puntos de vista distintos: los ingresos directos que generan en la entidad, el servicio intangible que presta en los distintos tipos de cliente y, finalmente, los riesgos que ocasiona la gestión de estos medios de pago, tanto en los riesgo directos, vinculados con el fraude, como en los indirectos, relacionados con el riesgo reputacional.

Por lo que se refiere a los ingresos directos de las tarjetas, las entidades generan ingresos por dos vías: *i)* comisiones de servicio e *ii)* intereses generados por la financiación del importe transferido. Respecto a la primera de las vías, de manera general, las entidades perciben comisiones de servicio por hasta tres conceptos diferentes: a) la emisión de la tarjeta, b) la tasa de intercambio en los cajeros automáticos y c) las tasas de intercambio en el comercio minorista. Las dos primeras comisiones, a) y b), son pagadas por el receptor de la tarjeta, mientras que la tercera de ellas, c), se cobra directamente al comercio receptor de la transferencia. En concreto, y a partir del análisis de las cuentas anuales publicadas en 2011 por las principales entidades, las comisiones netas por estos conceptos representaron aproximadamente un 22 por 100 de todos los ingresos por comisiones del sistema financiero español, existiendo, no obstante, una gran disparidad en función de la orientación de cada entidad, alcanzando, por ejemplo, un 38,69 por 100 en Bankia o un 12,54 por 100 en Banco Santander.

Por lo que respecta a la financiación de los importes transferidos por las tarjetas de crédito, las tasas de interés son muy elevadas, por lo que dependiendo del tipo de entidad puede llegar a ser un producto muy lucrativo. Para el grueso del sistema financiero español, sin embargo, los ingresos por intereses de las tarjetas alcanzan apenas el 1 por 100 del total de ingresos financieros (Asociación Española de Banca, 2013).

En particular, analizando las cifras del año 2010, tenemos que las comisiones netas supusieron el 17,68 por 100 del margen bruto de todas las entidades, y que de éstas el 22 por 100 correspondieron a las comisiones con tarjetas, por lo que si añadimos la parte del margen de interés correspondiente, obtenemos que de cada 100 euros de margen bruto del sistema financiero español más de 4 euros provienen directamente del negocio de las tarjetas (Asociación Española de Banca, 2013).

Las tarjetas de crédito, sin embargo, adquieren una mayor dimensión y su importancia para el sector va más allá de su impacto estrictamente cuantitativo desde el momento en que se convierten en el medio de pago más común en las relaciones comerciales entre particulares. En efecto, las mejoras tecnológicas de los últimos años han permitido que las entidades financieras ampliaran su cometido tradicional de canalizar el ahorro hacia la inversión añadiendo uno nuevo: el proveer medios de pago eficientes y seguros en todas las relaciones comerciales, incluso en las de menor tamaño. Es por ello que disponer de un servicio de tarjetas eficaz y seguro es indispensable para satisfacer la demanda de los clientes, permitiendo mejorar su vinculación con la entidad y facilitando que éstos puedan acceder también a otros productos de ahorro o financiación. En este sentido, la eficiencia está relacionada con la disminución de las tasas de intercambio por las transferencias realizadas, mientras que la seguridad, en cambio, está relacionada con la fiabilidad y la confianza que los particulares depositan en las tarjetas. Si falla la seguridad o simplemente la percepción de seguridad, buena parte del negocio se desmorona.

Así se llega al tercer aspecto que debe considerarse, el riesgo de fraude en las tarjetas bancarias, donde por acción fraudulenta se entiende toda aquella transacción electrónica que o bien no tiene como contrapartida una transacción real o bien quebranta los derechos de propiedad del titular[2]. El fraude en tarjetas afecta también por una doble vía: económica y reputacional. En primer lugar el fraude afecta de manera directa en la cuenta de resultados. En la mayoría de los casos, el fraude supone un quebranto económico para las entidades, que se anotan «pérdidas en otras actividades de explotación», e implica una inversión en desarrollo tecnológico, seguridad y lucha contra el fraude. Cuando se trata de analizar el fraude en una entidad de crédito, la primera distinción es entre «fraude adquiriente» y «fraude emisor»[3]. Esta distinción es importante porque la entidad que sufra un «fraude emisor» es la responsable en primera instancia del fraude, mientras que la entidad que recibe un «fraude adquiriente» está exenta *a priori* de responsabilidad. Por este motivo, las entidades están inicialmente más preocupadas por el fraude emisor. En la lucha contra el fraude, no obstante, deben estar implicadas tanto la entidad emisora del fraude como la entidad adquiriente[4].

Existe muy poca información sobre el importe de fraude con tarjetas en España, pero los datos dispo-

---

[2] La Ley 16/2009 de servicios de pago (BOE, 2009) establece las responsabilidades de cada uno de los intervinientes en los casos de fraude en medios de pago.

[3] Se entiende por «fraude adquiriente» todo aquel fraude realizado por tarjetas de otras entidades en cajeros y comercios de una entidad de crédito. Por el contrario, el «fraude emisor» es el fraude realizado en comercios, cajeros o tarjetas de una entidad de crédito en otras entidades. Ejemplos: a) Tarjeta robada a un cliente de BBVA que se utiliza para comprar entradas de cine en ServiCaixa. Emisor: BBVA; adquiriente, CaixaBank. b) En un cajero de BBVA graban los datos de una tarjeta de un cliente de Banco Santander. Estos datos se utilizan para clonarla y realizar transacciones en el extranjero. Emisor, BBVA; adquiriente, Banco Santander. c) En un comercio con un TPV de Bankia gravan los datos de un cliente de Barclays y posteriormente clonan esta tarjeta y realizan una transacción. Emisor, Bankia; adquiriente, Barclays.

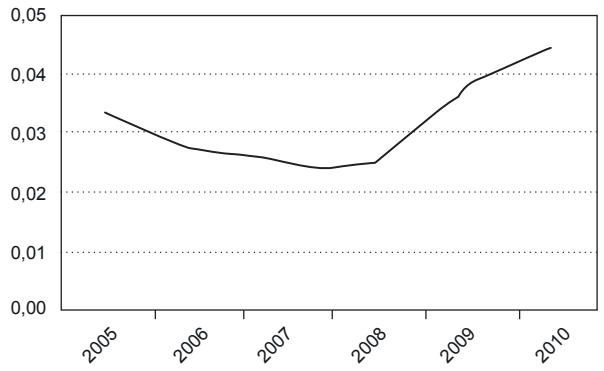
[4] Sobre los ejemplos anteriores, en a) a pesar de ser CaixaBank adquiriente, ServiCaixa puede estar obligado a pedir el número secreto de todas aquellas tarjetas emitidas en España. Mientras que para b) y c) la responsabilidad puede ser compartida con los adquirientes (Banco Santander y Barclays). En ambos caso, sin embargo, toda la responsabilidad es del emisor si la transacción se realiza en algún país sin los medios de seguridad necesarios.

nibles muestran que su importe está por debajo del 0,05 por 100 del volumen total de las transacciones (ver Gráfico 2). Es decir, de cada 100 euros pagados con tarjetas, menos de 5 céntimos son fraudulentos. Ello supone que para una entidad de ámbito nacional no específicamente especializada en banca minorista, el fraude con tarjetas pueda suponer entorno al 10 por 100 de todos sus quebrantos. En los últimos años, sin embargo, debido al auge creciente del comercio electrónico en España (que ha propiciado nuevos mecanismos de fraude) y a la caída de la actividad económica y del consumo, su impacto muestra una tendencia creciente (ver Gráfico 2).

Además del quebranto económico, el fraude también supone un riesgo reputacional para la entidad, que, aunque sea de difícil cuantificación, está en la base de toda la política antifraude. Esta política hace que, por norma general, las propias entidades sean quienes soporten los perjuicios económicos del fraude, incluso aunque se pueda llegar a sospechar de un comportamiento poco ético por parte del titular de la tarjeta[5]. De manera general, la política que se transmite es que el pago con tarjeta es completamente seguro y que el posible fraude que pudiera producirse se debe principalmente a causas imputables a las entidades. A continuación se discutirá este aspecto en el análisis de los distintos tipos de fraude y se analizará el efecto Internet.

GRÁFICO 2

EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE IMPORTE DEFRAUDADO CON TARJETAS EN ESPAÑA



FUENTE: Elaboración propia a partir de GARCÍA SÁNCHEZ (2010).

4. Tipos de fraude

Con la popularización de las tarjetas de crédito, el fraude emerge como una cuestión fundamental en el negocio de las tarjetas. La tipología de usos fraudulentos comprende un abanico amplio. Desde formas clásicas, como el robo o el comportamiento deshonesto, hasta otras más recientes, como la piratería de claves (*phishing* o *skimming*), la clonación o la generación de tarjetas virtuales (*carding*). El Banco de España junto con la Unidad de delitos económicos y electrónicos de la Guardia Civil y las tres empresas gestoras de tarjetas (Euro6000, 4B y ServiRed) establecen las normas de seguridad que deben cumplir los tres principales dispositivos físicos implicados (tarjetas, terminales de venta de los comercios y cajeros automáticos), aunque, como veremos, con el desarrollo tecnológico, el *e-commerce* y el uso cada vez más frecuente de Internet, el crecimiento de las formas de fraude internas está siendo exponencial y su combate cada vez más complicado (Pavía *et al.,* 2012).

[5] En este sentido, de acuerdo con DELAMAIRE *et al.* (2009), los bancos se enfrentan con un dilema ético sobre si vale la pena investigar algunas transacciones sospechosas cuyo coste puede superar el de la propia transacción: «From an ethical perspective, it can be argued that banks and credit card companies should attempt to detect all fraudulent cases. Yet, the unprofessional fraudster is unlikely to operate on the scale of the professional fraudster and so the costs to the bank of their detection may be uneconomic. The bank would then be faced with an ethical dilemma. Should they try to detect such fraudulent cases or should they act in shareholder interests and avoid uneconomic costs?» (p. 66). Es importante, no obstante, destacar asimismo el papel de los seguros. Todas las entidades de crédito y las empresas de gestión de tarjetas tienen seguros para cubrir posibles incidencias con las tarjetas. Hoy en día, los seguros cubren muchos de los quebrantos dependiendo del tipo, el grado de responsabilidad y el tipo de cobertura que se contrate. El auge de las tarjetas ha propiciado también una mejora en la cobertura y precio de los seguros.

El modo más conocido y tradicional de uso fraudulento de una tarjeta es el basado en el robo. Las incidencias debidas a tarjetas robadas o extraviadas, sin embargo, suponen actualmente un escaso 12 por 100 de los episodios fraudulentos y, lo que es más, al igual que ocurre en el resto de Europa (Delamaire *et al.,* 2009), están perdiendo terreno debido a la efectividad de las contramedidas implementadas. La identificación del titular para la firma y, sobre todo, el *chip* incorporado en la nueva generación de tarjetas, que obliga a introducir el PIN (número secreto) asociado a la tarjeta para validar las compras en los establecimientos físicos, están revelándose como medidas bastante efectivas. En este tipo de fraude el titular puede además cooperar inmediatamente de forma activa, informando del hecho tan pronto es consciente del robo y/o extravío.

Otra forma tradicional de fraude es la solicitud fraudulenta basada en la suplantación de identidad. Su incidencia, sin embargo, es muy escasa, apenas de un 2 por 100. Es un tipo de fraude cuya responsabilidad recae exclusivamente en el ámbito de las entidades emisoras. La contramedida parece obvia, no conceder tarjetas a desconocidos. Hay que tener en cuenta que algunas tarjetas se conceden en una relación comercial fría y en zonas muy concurridas como estaciones de tren, aeropuertos o centros comerciales. Además del comportamiento anterior, también se pueden dar otro tipo de fraudes basados en comportamientos deshonestos, como el uso del crédito de una tarjeta sin intención de resarcir los costes o la simulación de una compra fraudulenta. Su incidencia, sin embargo, se estima escasa.

El *phishing*, que en cifras de 2010 representaba en torno al 22 por 100 de las incidencias, es una forma de fraude que ha aparecido con la popularización de la banca por Internet y el comercio electrónico. La forma más habitual de *phishing* consiste en la suplantación del *interface web* de un comercio legal donde el cliente introduce los datos de la tarjeta y el PIN. Los datos defraudados con este sistema pueden utilizarse *a posteriori* en comercio electrónico o directamente para clonar tarjetas. En este tipo de fraude el titular de la tarjeta tiene inicialmente menor capacidad para detectar el fraude más allá de estar atento a cambios «extraños» o no habituales en la *interfaz* de pago en Internet. Es habitual, no obstante, que el *phishing* venga precedido por correos electrónicos con reclamos comerciales llamativos para atraer a la mayor cantidad de clientes hacia la *web* fraudulenta. Además de contramedidas tales como la identificación del sitio *web* como «comercio seguro», campañas de formación y educación dirigidas a los titulares de las tarjetas también podrían ser efectivas.

Las falsificaciones engloban la tipología más amplia de fraudes (62 por 100) y en ellas se agrupan las distintas vías a través de las cuales se consiguen todos los datos necesarios de una tarjeta legal, con los cuales se puede crear otra (duplicar o clonar) para utilizarla sin el permiso del propietario. Estos datos se suelen capturar en cajeros automáticos o en los terminales de venta de los comercios (TPV).

En cajeros, originalmente, lo habitual era introducir una microcámara sobre el teclado que permitiera leer todos los datos de una tarjeta, desde nombre, número y fecha de caducidad, hasta el PIN que el titular marca en el teclado, con los que poder clonar la tarjeta o realizar compras a distancia. Esta práctica, no obstante, se neutralizó con la simple introducción de un código más (CVC) en el reverso de la tarjeta, habitualmente necesario en el comercio electrónico.

Las redes de falsificación, sin embargo, han evolucionado y actualmente el modo más novedoso para la clonación es el *skimming*. El *skimming* consiste en colocar un dispositivo electrónico (en un cajero o en un TPV) que lee la banda magnética de la tarjeta y copia, en el momento de la transacción, todos sus datos. Estos mecanismos permiten obtener datos de un gran número de tarjetas que posteriormente son clonadas y distribuidas en diversos mercados, lo que dificulta encontrar un lugar de paso común en todas ellas (Cózar Barreiro, 2010). Por ejemplo, en 2010 un banco A de ámbito nacional debió anotar un quebranto de 400.000 euros por falsificaciones en uno de sus cajeros o 1.700 tarjetas fueron clonadas en un solo cajero de otro ban-

co B en Murcia[6]. Asimismo, de acuerdo con García Sánchez (2010), entre 2005 y 2010 el 68 por 100 del fraude cometido en tarjetas españolas se realizó en el extranjero, siendo Estados Unidos, Canadá, Australia, Reino Unido y Francia los países donde se registraron los quebrantos más graves.

Recientemente, las contramedidas que se están implantando para luchar contra este tipo de fraude van en la línea de incrementar la participación del titular en la seguridad y de relacionar ésta con otros dispositivos independientes del sistema de pago. Son los casos de las notificaciones de compra al móvil del titular vía un SMS; por ejemplo, imponiendo la restricción de que, para determinados tipos de compra o importes, deba ser el titular quien acepte el cargo a través de su móvil o alertando al usuario (también a través de un SMS) cuando se produzca un movimiento no habitual —donde el comportamiento habitual de los titulares de las tarjetas ha sido aprendido previamente utilizando, por ejemplo, sistemas de redes neuronales— (Delamaire *et al.,* 2009).

La lucha contra el fraude es una carrera sin fin. Tan pronto se neutraliza un modo de falsificación, se descubre otro. Los sistemas más avanzados de falsificación son los conocidos como *carding*, en los cuales no se clona o duplica una tarjeta, sino que directamente se crea una nueva. Los falsificadores conocen los algoritmos de creación de nuevas tarjetas y a partir de una ya existente crean nuevas tarjetas como si fueran la propia VISA, Mastercard, etcétera. Es un sistema completamente novedoso en el que ni titular ni entidad emisora, pueden aportar mucho pues se realiza completamente a sus espaldas.

El análisis anterior muestra que en un porcentaje importante de fraudes el titular de la tarjeta es un sujeto pasivo cuya capacidad para una reacción suficientemente rápida es más bien escasa. Es por ello que, para una lucha eficaz contra el fraude, se necesitan mejorar los mecanismos de detección de transacciones fraudulentas como complemento al uso de contramedidas que lo dificulten. En este sentido, diversas técnicas estadísticas están resultando de utilidad en la lucha contra el fraude. Diversas aplicaciones pueden encontrarse en la literatura utilizando técnicas tan variadas como árboles de decisión (e.g., Fan *et al.,* 2001), algoritmos genéticos o de redes neuronales (e.g., Dorronsoro *et al.,* 1997 y Bentley *et al.,* 2000) o técnicas de agrupación (e.g., Bolton y Hand, 2002).

5. Efecto de Internet. Internet en la seguridad del dinero electrónico

Internet ha supuesto una auténtica revolución social que está abriendo nuevas e interesantes oportunidades en todos los ámbitos, incluidos el ámbito financiero y comercial. La evaluación de los sistemas de pago modernos, por tanto, requiere del análisis de la irrupción de Internet y el comercio electrónico[7], el cual, a pesar de estar revelándose como una nueva fuente de ingresos, constituye en la actualidad el reto más importante a la seguridad de las transacciones electrónicas.

Internet está teniendo una responsabilidad divergente, positiva y negativa, en el uso (y abuso) de las tarjetas. Por una parte, ha incrementado la comodidad, universalidad e inmediatez que ofrece la tarjeta como medio de pago, aumentando sus prestaciones y utilidad, hasta el punto de que incluso las mismas Administraciones Públicas están favoreciendo su uso en sus relaciones con la ciudadanía. Como contrapartida, sin embargo, esta misma universalidad, unida al desarrollo tecnológico y a la globalización del medio (que permite realizar compras en un país con una tarjeta emitida en un país distinto desde un tercer país), está dificultando su control y está favoreciendo la difusión de los fraudes.

[6] Afortunadamente, para el banco B, se consiguió detectar el dispositivo de copia antes de que empezaran a usarse las falsificaciones. El único coste fue cancelar todas las tarjetas y volver a emitirlas.

[7] Entendemos por comercio electrónico cualquier transacción comercial que se realiza sin necesidad de que comprador y vendedor se encuentren en el mismo lugar ni en el mismo momento del tiempo y cuyo contraprestación económica se realiza a través de Internet

El comercio electrónico permite una nueva vía para la clonación u obtención de datos de tarjetas mucho más opaca para el usuario y, por tanto, también mucho más segura para el defraudador. El uso del *phishing* y del *malware* o software malintencionado (un virus que se introduce en los TPVs o en las bases de datos de grandes empresas que copia los datos de las transacciones realizadas) están cambiando las reglas de la seguridad del dinero electrónico. Los fraudes se realizan ahora de manera masiva, llegando a atacar miles y miles de tarjetas bancarias simultáneamente (e.g., EFE, 2009). Este aspecto permite que los sistemas de fraude sean cada vez más elaborados, complejos y efectivos. La gran cantidad de tarjetas potencialmente atacadas permite reducir los costes unitarios del fraude y a la vez es una garantía de éxito, pues aunque la mayoría de los usuarios permanezcan alerta, basta que un pequeño porcentaje baje la guardia para compensar la tentativa de fraude.

Es por lo que las propias entidades de crédito y las gestoras de tarjetas vienen lanzado campañas a los usuarios de comercio electrónico exhortándoles a estar atentos a posibles indicios que les permitan advertir a tiempo que están siendo atacados. Reglas básicas como que ninguna entidad le pedirá nunca revelar las claves secretas, que no deben responderse ofertas llamativas o que solo se compre en *webs* conocidas, son reglas básicas que hoy por hoy cualquier usuario conoce. Frente a una nueva amenaza, se requiere de un aprendizaje de nuevas actitudes defensivas por parte de los usuarios.

Por otra parte, el comercio electrónico está permitiendo también una mayor opacidad y seguridad para el defraudador, siendo en este aspecto donde el impacto del *e-commerce* está suponiendo un mayor cambio cualitativo. De hecho, en la actualidad, se observa que la mayor parte del fraude adquiriente se consuma en un país distinto al del emisor, concentrándose en adquisición de bienes y/o servicios. Por ejemplo, con datos para España del sexenio 2005-2010 encontramos que *i)* un 93 por 100 del fraude se perpetró en comercios (frente al 7 por 100 que se cometió en cajeros) y que *ii)* el 68 por 100 del fraude emitido por tarjetas españolas se realizó en el extranjero. En esta misma línea, en el caso de Reino Unido, un informe reciente de la Financial Fraud Action detalla que, en 2011, del total de fraude emitido por tarjetas fraudulentas británicas solo el 23,5 por 100 se cometió en Reino Unido, frente al 63 por 100 que representó en 2007 (Financial Fraud Action, 2012). Este significativo descenso se debe a que la tecnología del identificador PIN está cada vez más extendida, por lo que los defraudadores están teniendo que recurrir a países o negocios sin PIN, la mayoría de ellos residentes en EE UU.

Esta globalización del fraude tiene una enorme implicación para las entidades domésticas, tanto en lo que respecta a la responsabilidad en el fraude como en lo que concierne a las herramientas para combatirlo. Por una parte, la división teórica entre fraude emisor y fraude adquiriente pierde gran parte de su utilidad práctica. Las entidades solo llegan a conocer que uno de sus clientes ha sido defraudado, por lo que atendiendo a criterios de negocio, reputacionales e incluso legales[8] tienden a resarcir el importe y zanjar el asunto. Es prácticamente imposible o muy costoso rastrear el beneficiario del fraude y su origen; y, puesto que normalmente son operaciones de poco importe, por motivos de eficiencia, el quebranto se resuelve con un apunte a pérdidas operacionales. La consecuencia de esta dificultad es que, para la entidad, cobra más importancia si cabe el papel de los mecanismos de detección del fraude y el rol del usuario como sistema de alarma, bien alertando *a priori* de posibles fraudes, bien reaccionando con rapidez una vez se ha producido el fraude para evitar que este sea más gravoso.

Por otro lado, la segunda implicación de la internacionalización es que, en un régimen de libre comercio internacional acentuado por el comercio electrónico entre particulares, la lucha contra el fraude también debería

[8] Debido a la rapidez con que los defraudadores actúan y diseñan los procesos cibernéticos, muchos fraudes, por novedosos, no están tipificados en el Código Penal, existiendo evidentes vacíos legales para perseguirlos. A esto, se suma la existencia de normas legales muy variopintas según países y tipología de tarjetas (ver ADICAE, 2010).

ser global. Cada vez se escucha con mayor frecuencia a responsables de entidades bancarias y administradores de tarjetas plantear la necesidad de adecuar las normativas legales para el control de esta piratería, y asocian la persistencia de este tipo de fraudes a la ausencia de un marco regulatorio que permita sancionar con severidad estas prácticas fraudulentas, por lo que sería deseable esperar en el futuro pasos en esta línea. Afortunadamente, en el caso de las tarjetas bancarias esta lucha se ve favorecida por la elevada internacionalización de las entidades de crédito y los organismos reguladores, y porque el mercado está controlado por unas pocas empresas globales (las norteamericanas Discover, Mastercard, VISA y American Express y la japonesa, JCB). Estas cinco entidades formaron el *Payment Card Industry Security Standards Council* en 2006 y desde entonces es la plataforma que unifica las principales medidas de seguridad en las tarjetas.

6. Conclusiones

El desarrollo tecnológico ha cambiado la percepción que tenemos del dinero, especialmente en su función como medio de pago. De una visión histórica del dinero como activo físico (oro, monedas o billetes) se ha pasado a una visión del dinero como anotación en cuenta. Este cambio de paradigma, que a gran escala ha cambiado la forma de diseñar la política monetaria, tiene su reflejo en el comportamiento minorista. En los últimos 30 años, el uso de las tarjetas (de crédito y débito) se ha extendido mundialmente hasta convertirse en el instrumento de pago electrónico más popular en las relaciones comerciales entre particulares (Pavía *et al.,* 2012).

Estos cambios han repercutido también en las entidades financieras, que han agregado a su cometido tradicional de canalizar el ahorro hacia la inversión la función de proveer a sus clientes de tarjetas eficientes y seguras. A pesar de la enorme importancia que el mercado de las tarjetas bancarias tiene en España (con casi 70.000.000 de tarjetas en circulación, una media en torno a 30 operaciones de compra por tarjeta y año, y un tamaño de algo más de 200.000 millones de euros, entre extracciones de efectivo y volumen de compra) no conocemos ningún trabajo que ofrezca una panorámica integral de este mercado en nuestro país. Este artículo ha pretendido llenar este hueco y esperamos sirva, por una parte, de referencia a los estudiosos del fenómeno y, por otra parte, de instrumento para conocer mejor su repercusión (directa e indirecta) en el sistema financiero español.

El trabajo analiza la evolución del mercado y ofrece una visión global de su situación actual, estudia el impacto que las tarjetas bancarias tienen sobre las cuentas de resultados de las entidades españolas y cómo inciden sobre algunos de sus intangibles, enumera los distintos tipos de fraude y ofrece una cuantificación de su importancia para el caso español, y examina el efecto que ha tenido Internet sobre este medio de pago y profundiza en los retos que esto ha supuesto para la seguridad del dinero electrónico. En definitiva, el artículo arroja algo más de luz sobre algunos aspectos no demasiado conocidos de este mercado tan cotidiano, sujeto a una acusada globalización.

Referencias bibliográficas

[1] ADAMS, R.M.; BAUER, P.W. y SICKLES, R.C. (2004): «Scales Economies, Scope Economies, and Technical Change in Federal Reserve Payment Processing.» *Journal of Money, Credit, and Banking*, 36, 943-958.

[2] ADICAE (2010): *Estudio jurídico sobre el impacto del fraude. Análisis comparativo de normativa europea, cláusulas y prácticas abusivas*. Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros. Disponible en http://asp.adicae.net/proyectos/internacionales/fraudemediosdepago/seminario/archivos/EstudioJuridicoFraude_ES.pdf [última consulta 3 julio de 2013].

[3] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BANCA (2013): *Agregados de estados financieros públicos*. Disponible en http://www.aebanca.es/es/Agregados EstadosFinancieros/index.htm [última consulta 3 julio de 2013].

[4] BANCO DE ESPAÑA (2005): «El Banco de España y la vigilancia de los sistemas de pago». *Estabilidad Financiera*, 8, 39-52.

[5] BANCO DE ESPAÑA (2010): *Memoria Anual sobre la Vigilancia de Sistemas de Pago 2009*. Banco de España: Madrid. Disponible en http://www.bde.es [última consulta 10 abril de 2012].

[6] BANCO DE ESPAÑA (2012): *Eurosistema. Estadísticas sobre medios de pago*. Disponible en http://www.bde.es/webbde/es/sispago/estadisticas.pdf [última consulta 10 abril de 2012].

[7] BANCO DE ESPAÑA (2013): *Memoria Anual sobre la Vigilancia de Sistemas de Pago 2012*. Banco de España: Madrid. Disponible en http://www.bde.es [última consulta 2 julio de 2013].

[8] BANCO MUNDIAL (2013a): *Cajeros automáticos (por cada 100.000 adultos)*, http://datos.bancomundial.org/indicador/FB.ATM.TOTL.P5 [última consulta 2 julio de 2013].

[9] BANCO MUNDIAL (2013b): *Point-of-sale terminals (per 100,000 adults)*, http://data.worldbank.org/indicator/FB.POS.TOTL.P5 [última consulta 2 julio de 2013].

[10] BAXTER, W. F. (1983): Bank Interchange of Transactional Paper: Legal and Economic Perspectives. *Journal of Law & Economics*, 24, 541-588.

[11] BERGES LOBERA, A.; MANZANO ROMERO, D. y VALERO LÓPEZ, F.J. (2011): «Sistema Bancario y Vulnerabilidad Financiera». *Información Comercial Española. Revista de Economía*, nº 863, noviembre-diciembre, 35-42.

[12] BOE (2009): Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. *Boletín Oficial del Estado,* 14 de noviembre, Sec. I, 96887-96918.

[13] BOE (2012a): Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de febrero, Sec. I, 9889-9913.

[14] BOE (2012b): Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de mayo, Sec. I, 35110-35120.

[15] BOLTON, R. y HAND, D. (2002): Statistical Fraud Detection: A Review. *Statistical Science*, 17; 235-249.

[16] CLIMENT SERRANO, S. (2013): «La reestructuración del sistema bancario español tras la crisis y la solvencia de las entidades financieras. Consecuencias para las cajas de ahorros». *Revista de Contabilidad - Spanish Accounting Review*, 16, *en prensa*.

[17] CLIMENT-SERRANO, S. y PAVÍA, J.M. (2013): «Determinants of Profitability in Spanish Financial Institutions. A Comparative Study of the Entities that Needed Public Funds and Those that Did Not». *Journal of Business Economics and Management*, en prensa.

[18] CÓZAR BARREIRO, J. (2010): «Perspectiva policial del fraude con medios de pago». *VII Jornadas Técnicas de Riesgo Operacional de las Cajas de Ahorros*. Madrid.

[19] DELAMAIRE, L; ABDOU, H. y POINTON, J. (2009): «Credit Card Fraud and Detection Techniques: a Review». *Banks and Bank Systems*, 4, 57-68.

[20] DORRONSORO, J; GINEL, F; SANCHEZ, C. y CRUZ C. (1997): «Neural Fraud Detection in Credit Card Operations». *IEEE Transactions on Neural Networks*, 8; 827-834.

[21] EFE (2009): La banca alemana bloquea 100.000 tarjetas por supuesto fraude en España. *Cinco Días*, 19/11/2009.

[22] FAN, W.; MILLER, M.; STOLFO, S.; LEE, W. y CHAN P. (2001): «Using Artificial Anomalies to Detect Unknown and Known Network Intrusions». *Proceedings of ICDM01*, 123-248.

[23] FERGUSON, R.W. JR. (2000): «Perspectives on Innovation in the Retail Payment System». *BIS Review*, 87, 1-5.

[24] FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F. (2010): «Crisis financiera, crisis real y competitividad de la economía española», *Cuadernos de Pensamiento Político*, enero/marzo, 37-60.

[25] FINANCIAL FRAUD ACTION (2012): *Fraud. The Facts 2012. The Definitive Overview of Payment Industry Fraud and Measures to Prevent it*. London: UK Payments Administration Ltd.

[26] GARCÍA SÁNCHEZ, A. (2010): «Riesgo operacional en medios de pago». *VII Jornadas Técnicas de Riesgo Operacional de las Cajas de Ahorros*. Madrid.

[27] HUNT, R.E. (2003): «Antitrust Iissues in Payment Card Networks: Can they do that? Should we let them?». *Business Review*, Q2, 14-23.

[28] MACFARLANE, I.J. (2005): Gresham's Law of Payments. *Reserve Bank of Finance Bulletin*, abril, 8-13.

[29] MELLER, S. y PISANI-FERRY, J. (2012): Hazardous Tango: Sovereign-bank Interdependence and Financial Stability in the Euro Area, *Financial Stability Review*, 16, 201-210.

[30] PALOMO ZURDO, R.J. y SANCHIS PALACIO, J.R. (2010): Efectos de las fusiones sobre la concentración y la eficiencia bancaria: el caso de las cajas rurales y los retos de la crisis financiera. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 146, 289-319.

[31] PAVÍA, J.M.; VERES-FERRER, E. y FOIX-ESCURA, G. (2012): Credit Card Incidents and Control Systems. *International Journal of Information Management*, 32, 501-503.

[32] QUAH, J. T. S. y SRIGANESH, M. (2008): Real-time Credit Card Fraud Detection Using Computational Intelligence. *Expert Systems with Applications*, 35, 1.721–1.732.

[33] SMITH, B. W. y LIPSKY, A.B. (2005): Card System Interchange Fees. *Competition Law Insight,* November 29, 1-8.

[34] SUÁREZ, J. y CARBÓ VALVERDE, S. (2011): The Spanish Crisis: Background and Policy Challenges. *Moneda y Crédito*, 232, 151-199.

[35] VIVES, X. (2011): El paradigma de la competencia en el sector bancario después de la crisis. *Papeles de Economía Española*, 130, 51-59.

[36] WILDFANG, K. C. y MARTH, R.W. (2006): The Persistence of Antitrust Controversy and Litigation in Credit Card Networks. *Antitrust Law Journal*, 73, 675-707.

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

Claves de los mercados internacionales para las pymes

	Presentación
Vicente Donoso Donoso y Víctor Martín Barroso	Evolución agregada y nivel tecnológico de las exportaciones españolas
Juan de Lucio, Raúl Mínguez, Asier Minondo y Francisco Requena	Características de las pymes exportadoras de bienes
Asier Minondo Uribe-Etxebarria	La exportación en las pymes del sector servicios
Juan A. Máñez Castillejo y Juan A. Sanchís Llopis	Presente y futuro de las exportaciones de las pymes manufactureras españolas
Fernando Alonso Guinea, José Luis Cendejas Bueno y Carlos Ruiz Fonseca	Mercados con futuro exportador para las pymes
Silviano Esteve Pérez y Diego Rodríguez Rodríguez	La innovación como factor de competitividad de las pymes
Rosario Gandoy, Carmen Díaz-Mora y David Córcoles	La inserción en redes de producción como vía de internacionalización para las pymes más capaces
Carolina Mainer Casado	La decisión de exportar y/o realizar inversión directa en las pymes

Coordinadores: **Fernando Alonso y Vicente Donoso**

Últimos números publicados:

Participación cívica y filantropía

Financiación de la internacionalización de la empresa española. Conmemorativo de los 25 años de Cofides, 1988-2013

La agenda comercial bilateral de la UE

Números en preparación:

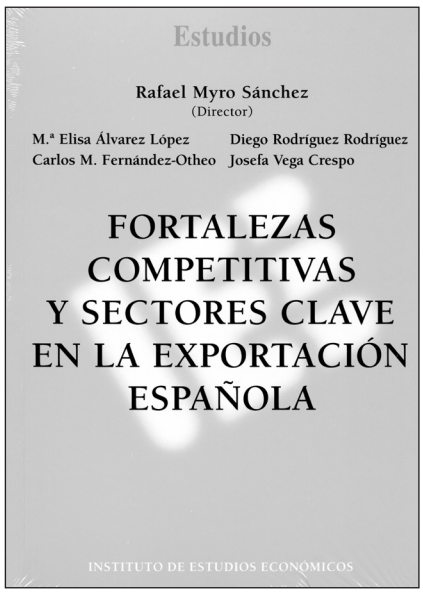
Relaciones UE-Norte de África (Europa-Mediterráneo)

Financiación empresarial y a pymes

NOTAS CRÍTICAS

FORTALEZAS COMPETITIVAS Y SECTORES CLAVE EN LA EXPORTACIÓN ESPAÑOLA

Rafael Myro Sánchez (director)
Mª Elisa Álvarez López
Carlos M. Fernández-Otheo
Diego Rodríguez Rodríguez
Josefa Vega Crespo
Instituto de Estudios Económicos.
Madrid, 2013, 374 páginas



Las exportaciones españolas se han manifestado en los últimos años como uno de los principales pilares de la economía capaces de impulsar su recuperación. Han experimentado un crecimiento elevado, sobre todo desde 2010, claramente superior al de los países europeos, en un entorno de crisis económica mundial. Lo cual contradice la opinión difundida en algunos ámbitos, acerca de la escasa capacidad exportadora del sector industrial y de servicios español, exceptuando el turístico, y evidencia la trascendencia que se debe conceder al fenómeno de la exportación en el diseño de una política económica nacional que la apoye.

En este contexto se publica, en el mes de junio de 2013, el libro *Fortalezas Competitivas y Sectores Clave en la Exportación Española*, cuyos autores son Elisa Álvarez, Carlos M. Fernández-Otheo, Diego Rodriguez y Josefa Vega, bajo la dirección del catedrático de Economía Aplicada Rafael Myro, uno de los principales expertos del análisis del sector exterior de la economía española y su competitividad. En esta obra se presenta un examen riguroso y pormenorizado de la evolución, determinantes y características de la exportación española en la última década, revelándose como un instrumento imprescindible para definir las acciones de política de apoyo a la internacionalización de las empresas españolas.

El libro aporta la respuesta a una cuestión primordial: el hecho de que las exportaciones españolas estén experimentando una elevada expansión en un contexto de ascenso de costes laborales unitarios, escaso aumento de la productividad del trabajo y cierta elevación relativa de los precios industriales, es decir, con pérdidas de competitividad. Lo que el profesor Myro denomina paradoja entre competitividad exterior y precios, lo hace investigando el patrón exportador español, identificando los sectores clave en los que descansan sus fortalezas competitivas, así como sus determinantes, tales como el tamaño de las empresas, la productividad, la pertenencia a una multinacional extranjera o la calidad y sofisticación de los productos. Asimismo, en la investigación se detectan cuáles son las carencias y debilidades específicas del resto de sectores, constituyendo estos resultados la base esencial de orientación para la implementación de las políticas de promoción.

El estudio se aborda a través de la construcción y análisis de diferentes indicadores de competitividad de 23 sectores productivos. Fundamentalmente, el peso porcentual de cada sector en las exportaciones totales, las cuotas de mercado en el comercio mundial, la propensión a exportar, la contribución a las exportaciones españolas (efecto cartera) y la contribución a las exportaciones mundiales (efecto competitividad). Para su elaboración se han utilizado datos de una gran diversidad de fuentes estadísticas, tales como la base Comtrade de Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio (OMC), la UN Service Trade, la Encuesta de Estrategias Empresariales, elaborada por la Fundación SEPI, la base World Input-Output Database (WIOD), editada por la Universidad de Groningen, la Balanza de Pagos, elaborada por el Banco de España, DataInvex, base de datos realizada por el Registro de Inversiones Exte-

riores (RIE), y otras bases de datos procedentes del Instituto Nacional de Estadística (INE).

El resultado de todos los indicadores obtenidos permite concluir que el crecimiento reciente de las exportaciones tiene bases firmes, asentadas en sectores con sólidas fortalezas competitivas, denominados sectores clave de la exportación, tales como alimentos, bebidas y tabaco, medicamentos, automoción, química, maquinaria mecánica y eléctrica, maquinaria agrícola e industrial, metálicas básicas y textil y confección. Es decir, una mezcla de sectores tradicionales y nuevos, de media-baja tecnología (30,6 por 100) y alta (43,2 por 100). Los que presentan mayores deficiencias competitivas son cuero y calzado, equipos de telecomunicaciones, instrumentos científicos y ópticos, muebles y maquinaria de oficina y ordenadores, otros productos de minerales no metálicos y manufacturas TIC.

Las bases competitivas de la favorable dinámica exportadora se encuentran en varios factores, que son analizados exhaustivamente en diversos capítulos del libro. Son los siguientes.

En primer lugar, la estructura exportadora se está adaptando de forma creciente a la demanda mundial, ampliando los destinos a un buen número de países líderes en el crecimiento de las importaciones a nivel global, tales como Rusia, China, Argelia, Turquía, Brasil y Marruecos. Aunque la presencia en dichos países todavía es baja, existiendo una marcada especialización geográfica en el destino de las exportaciones muy concentradas en el mercado comunitario, lo cual resta oportunidades de crecimiento y evidencia la necesidad de seguir mejorando, dada la relación inversa existente entre la evolución del volumen de exportaciones sectoriales de un país y su nivel de concentración espacial.

En segundo lugar, la mitad de los sectores clave en la exportación se caracteriza por ofrecer bienes de elevada sofisticación, sobresaliendo el sector de medicamentos. Es decir, gran parte de las exportaciones es de contenido tecnológico medio-alto, como ocurre en las economías desarrolladas. Sin embargo, aun siendo positivo el resultado, no deja de traslucir la necesidad de seguir avanzando en el nivel de complejidad, hasta conseguir que englobe a todo el conjunto de sectores más dinámicos, en base al análisis teórico que predice una relación directa entre crecimiento económico y sofisticación de las exportaciones. Todavía presentan bajos niveles de sofisticación los productos alimentarios, metálicas básicas y textil y confección.

En tercer lugar, la exploración de la heterogeneidad de las empresas exportadoras genera otra de las claves trascendentales que responde a la cuestión central del estudio, a través del análisis de dos aspectos, el tamaño relativo y los niveles de productividad aparente del trabajo y de costes laborales. En el primer caso, se obtiene que la mayor parte del volumen total exportado proviene de un número muy reducido de grandes empresas. El 5 por 100 de las empresas más exportadoras realiza el 75,2 por 100 de la exportación y el 1 por 100 de las empresas de más de 500 trabajadores exporta el 50 por 100 del total, siendo los sectores más importantes en la exportación los que más aportan a este colectivo (automóvil, metálicas básicas, química y farmacia y alimentos, bebidas y tabaco). En cuanto al segundo aspecto, se obtiene que las empresas más exportadoras, con predominio de las de mayor tamaño, son claramente más productivas y aunque tienen, en promedio, costes por empleado más altos, sin embargo lo compensan sobradamente con las productividades medias mayores, determinando niveles de costes laborales unitarios menores, demostrativos de su mayor eficiencia. Este resultado contribuye a explicar la paradoja entre competitividad y productividad en la economía española, ya que revela que las empresas que más exportan son las que han experimentado menos deterioro de su competitividad en precios.

En cuarto lugar, se calcula la contribución del capital extranjero a la exportación. La previsión teórica es que ésta tendría que ser positiva, al estar asociados a las empresas de capital extranjero mayores niveles de conocimientos tecnológicos, que tendrían que constituir incentivos para la internacionalización de su producción. Los resultados son significativos, pero no tan determinantes como cabría esperar. Los sectores con elevada presencia extranjera son solo algunos de los clave, como

equipos de transporte, metálicas básicas, equipos eléctricos y caucho y plásticos. Por tanto, el capital extranjero ha debido desempeñar un papel relevante en la competitividad de estas actividades, pero no en todas. Y en consecuencia, otra parte muy importante de la competitividad exterior revelada de la economía española descansa en el capital nacional. Además, durante la etapa actual de crisis económica son estas últimas las que han reflejado un mejor comportamiento exportador.

También se reconocen en el libro las regiones que desempeñan un papel más activo en los mercados exteriores, obteniéndose que son las más prósperas las que generan superiores niveles de competitividad en sus producciones. Cataluña y la Comunidad de Madrid, seguidas de la Comunidad Valenciana, el País Vasco, Galicia y Andalucía concentran las exportaciones en la mayoría de sectores. Y de ellas, las tres con mayor nivel de renta por habitante responden de las exportaciones de mayor sofisticación.

Se dedica otro capítulo al estudio del impacto que la exportación ejerce sobre el conjunto de la actividad productiva y el empleo de la economía española, a nivel agregado y por sectores, distinguiendo aquellos con mayor poder de arrastre sobre los restantes, y por tanto, con mayor capacidad de estimular la economía mediante el incremento de sus ventas. Los sectores clave aquí son: alimentos, bebidas y tabaco, metalurgia y productos metálicos, y en servicios, otras actividades auxiliares del transporte y agencias de viaje. La contribución agregada de la exportación española al aumento del PIB ha sido notable, superando los dos puntos en los años 2010 y 2012, contrarrestando así el fuerte impulso recesivo de la demanda interna. Y ha sido mayor la contribución de los servicios que la de manufacturas.

Finalmente, se ofrece un amplio estudio de la política de promoción exterior, contemplando sus fundamentos teóricos, organismos e instrumentos y sus funciones, así como una revisión de los análisis de sus efectos. Se concluye con una propuesta exhaustiva y precisa del conjunto de objetivos y medidas que deben configurar la estrategia de fomento de la internacionalización de la economía española junto con la política industrial. Se plantean tanto medidas generales dirigidas a la totalidad de sectores, como con prioridades sectoriales.

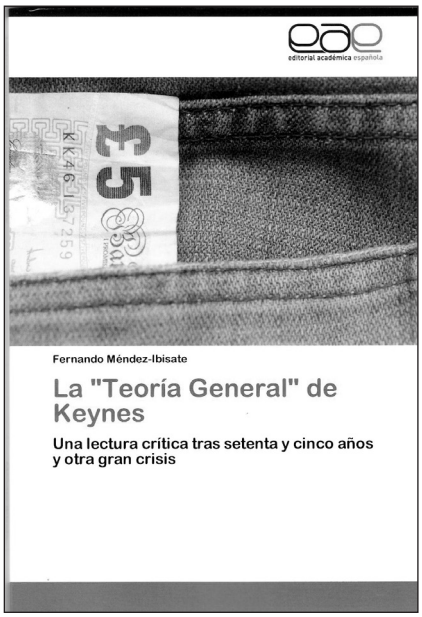
Por último, es preciso subrayar que además de los cálculos de los diferentes indicadores y estimaciones empíricas realizadas para medir y explicar la competitividad exterior de la economía española, se precede cada capítulo con una excelente revisión teórica de los enfoques relevantes sobre cada aspecto, que permite contrastar los resultados que se obtienen en cada caso con las previsiones del análisis económico.

En resumen, la obra es una combinación magnífica de fundamentación teórica y análisis aplicado, con un estilo impecable, en la que se desvelan exhaustivamente todos los factores relevantes que explican las fortalezas competitivas de las exportaciones españolas y los elementos clave necesarios para subsanar sus debilidades. Una valiosa aportación al análisis del sector exterior de la economía española, en consonancia con el rigor que caracteriza otros trabajos precedentes de su director y autores.

Carmen Martínez Mora
Profesora Titular de
la Universidad de Alicante

LA «TEORÍA GENERAL» DE KEYNES
Una lectura crítica tras setenta y cinco años y otra gran crisis

Fernando Méndez-Ibisate
Editorial Académica Española,
Saarbrücken, 2012, 111 páginas



En los años ochenta, tras la estanflación y el fuerte endeudamiento público que acompañaron a la crisis del petróleo en los países occidentales, la figura de John Maynard Keynes perdió el amplio predicamento del que había gozado durante las décadas de la *Golden Age*, tanto en el mundo académico como entre la opinión pública. Sin embargo, la crisis que se inició en agosto de 2007 ha hecho que se haya vuelto a despertar un gran interés por Keynes y su principal obra, la *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, publicada en 1936, para dar respuesta a los retos de la Gran Depresión. Es decir, las graves dificultades actuales han hecho que muchos vuelvan otra vez la mirada hacia políticas keynesianas tradicionales o hacia propuestas de estímulo supuestamente inspiradas en Keynes, aunque no siempre estén verdaderamente respaldadas por sus escritos. De ahí la oportunidad del libro del profesor Fernando Méndez-Ibisate, que —como reza su subtítulo— pretende hacer «una lectura crítica» de la *Teoría general* «tras setenta y cinco años y otra gran crisis».

Por otra parte, al texto fundamental de Keynes le sucede como a muchos otros grandes referentes de la historia del pensamiento económico, como *La Riqueza de las Naciones* de Adam Smith o *El Capital* de Karl Marx: se cita mucho, pero en realidad se ha leído comparativamente poco. En este caso, quizá la razón estriba en que no está entre las obras mejor redactadas y organizadas del economista inglés, y en que el contenido exige bastante al lector, que debe contar con un buen conocimiento previo de teoría económica. Por todo ello, también es especialmente valorable un libro como éste de Méndez-Ibisate, bien escrito y estructurado, y que transmite un análisis claro y riguroso de la *Teoría General* sin dejarse llevar por las interpretaciones más difundidas que nos legaron los seguidores de Keynes, y que a menudo han distorsionado su mensaje.

Precisamente, el objetivo del libro es intentar «desmontar —o al menos matizar— mitos e interpretaciones en exceso libres y no siempre fieles al texto de la *Teoría General*, que han perdurado y siguen transmitiéndose todavía en centros docentes y académicos como doctrina del propio Keynes», o que «se admiten como buenos y aceptables en trabajos de investigación». Así, en las conclusiones finales, tras realizar una detallada argumentación previa, se destacan algunos de los principales cambios o matizaciones respecto a las interpretaciones al uso de la *Teoría General*, y es ahí donde encontramos elementos novedosos y poco comunes que constituyen una clara aportación del trabajo. Por ejemplo, en primer lugar, se relativiza la importancia que suele otorgarse a la inflación de demanda y se afirma que en la *Teoría General* la inflación es de costes, esencialmente, salariales; la inflación solo sería de demanda en el caso muy particular e improbable de que se hubiera alcanzado ya el pleno empleo.

En segundo lugar, se subraya que no es solo la rigidez del salario monetario lo que genera fricciones en el mercado laboral keynesiano, sino la especial relación que establece Keynes entre salarios monetarios, salarios reales y precios; de hecho, buena parte del mal funcionamiento del mercado laboral estaría relacionado con la teoría de los precios; por otra parte, la idea de rigidez o mal funcionamiento de los mercados no sería original de Keynes, pues ya desde los clásicos se habían venido apuntando desajustes en éstos e intentos de algunos individuos de alterar los mercados en beneficio propio.

En tercer lugar, se destacan algunas de las lagunas y contradicciones existentes en la *Teoría General* sobre la furibunda crítica que hace Keynes a la Ley de Say. Aunque algunos estudiosos de la obra del economista británico —como Luis Ángel Rojo— ya las señalaron en su momento, lo cierto es que muchos otros expertos las siguen obviando en trabajos recientes.

En cuarto lugar, se muestran algunas características y peculiaridades de la función de consumo que no suelen atribuirse al modelo de Keynes, tales como el análisis intertemporal del consumo expuesto en la *Teoría General*, así como la influencia del tipo de interés en la función de consumo a través de dicho análisis intertemporal; o la descripción de una función de consumo con propensión marginal a consumir decreciente (en lugar de constante, como en la macroecono-

mía keynesiana); o también la consideración de que el lado del consumo no es el problema sustancial en la situación de insuficiencia de demanda que conduce al desempleo.

Por otra parte, se llama la atención sobre la práctica irrelevancia para el análisis de la *Teoría General* de la «trampa de la liquidez» como factor favorecedor de la persistencia de insuficiencia de demanda, pues según Keynes la resistencia a bajar del tipo de interés proviene de la escasa elasticidad de la oferta y prácticamente nula sustitución del dinero, junto con sus muy bajos costes de almacenamiento; asimismo se subraya la menor significación de la demanda de liquidez y sus motivos en el soporte analítico del problema económico tratado en la *Teoría General*, y se pone de manifiesto la contracción en que incurre la obra cuando otorga máxima relevancia explicativa a la demanda de dinero por motivo especulación —y en menor medida por motivo precaución— mientras que a la hora de explicar la forma de la curva de demanda de dinero en su conjunto (o las características que impiden al dinero desempeñar un papel más sustancial sobre el tipo de interés) Keynes utiliza la demanda de dinero por motivo transacción como factor explicativo clave.

En quinto lugar, se reitera la escasa eficacia o nula efectividad de la política monetaria en la *Teoría General*, y ello pese a que hay una larga tradición en el keynesianismo, tanto en el terreno teórico como en el práctico, de creer que una política monetaria expansiva permite influir al alza en las variables reales de la economía, especialmente en las que inciden de forma directa en la demanda agregada.

En sexto lugar, se enfatiza que la clave del armazón que sustenta el modelo construido por Keynes reside en la eficiencia marginal del capital, y por tanto en la formación de las expectativas a largo plazo. Éstas son formuladas sistemáticamente de modo irracional por parte de todos los agentes privados y es ahí donde surgen en último término los problemas de depresión y desempleo.

En séptimo lugar, y como una última muestra —entre otras posibles— de las conclusiones del libro, cabe señalar que se afirma que la *Teoría General* no es una obra basada fundamentalmente en el corto plazo, como se ha venido sosteniendo tradicionalmente, pues las consideraciones en el lado de la inversión y la eficiencia marginal del capital (donde reside la razón básica de la insuficiencia de demanda agregada y de los consiguientes problemas económicos) están afectadas por factores de largo plazo. En la *Teoría General* no se trata simplemente de describir algunos fallos concretos en el funcionamiento de diversos mercados, sino que la idea subyacente es que los mercados y la iniciativa particular, dejados en libre acción, conducen inexorablemente a largo plazo a la insuficiencia de demanda, depresión y al desempleo masivo. Aunque Keynes habla en cierto modo de la existencia de ciclos, se centra en el proceso de depresión, y no cree que a un período de descenso en la actividad y subempleo de la capacidad productiva le siga otra etapa de expansión impulsada por los propios mecanismos de reajuste del sistema económico: para cuando éstos entren en acción la situación puede estar ya tan mal que sea irreversible o revolucionaria.

Pero quizá la crítica fundamental que quiere transmitir el libro, y con la que éste finaliza, es que las ideas contenidas en la *Teoría General* «así como las interpretaciones perversas e interesadas de la misma», que han servido durante años para apuntalar una amplia intervención pública a través del gasto, «han hecho más daño a la libertad, la responsabilidad y la capacidad de respuesta o toma de decisiones libres de los seres humanos del que usualmente se le atribuye». Así, frente a la idea de que el sistema económico puede manipularse con relativa facilidad tocando las teclas adecuadas (que, en el caso de Keynes, accionaría una élite de expertos en busca del bien público), se reivindica la complejidad de la economía y el peligro de las consecuencias no deseadas, y al mismo tiempo se rechaza que el sistema de mercado basado en la libre empresa y la iniciativa individual haya de conducir necesariamente a la depresión y al desempleo. A *priori* se puede estar o no de acuerdo con todo ello y con el análisis crítico que se hace de algunas de las visiones más habituales de la *Teoría General*, pero lo importante es que el lector encontrará siempre referencias di-

rectas al texto original y argumentos sólidos, claros y bien elaborados. Por tanto, incluso el más keynesiano de los economistas tendrá ante sí una base racional de discusión con la que contrastar sus propios puntos de vista.

Este libro (difícil de conseguir salvo en Amazon) es un texto académico de análisis económico puro, que no entra en aquellos asuntos biográficos o históricos que podrían interesar más al público en general y que Robert Skidelsky ya abordó ampliamente. Por tanto, el lector potencial de esta obra es básicamente el especialista en teoría económica, el estudioso de la historia del pensamiento económico o el economista profesional, pero puede incluir también a aquel público —hoy cada vez más amplio— interesado por cuestiones económicas y con ciertos rudimentos en la materia. Además, al hilo de la discusión sobre la *Teoría General*, se hacen frecuentes referencias a aspectos concretos de la presente crisis, con lo que el libro cobra un notable atractivo para aquellos especialmente preocupados por la difícil situación que estamos viviendo.

En definitiva, se trata de un libro brillante que nos acerca de forma crítica y rigurosa a las ideas del economista más influente del Siglo XX, cuya ascendencia, tanto entre la profesión como entre la opinión pública informada, sigue siendo significativa en los tiempos actuales de fuerte recesión. Por tanto, este es un trabajo altamente recomendable para todo aquél que muestre algún interés por el candente debate sobre la política económica que debería adoptarse hoy por parte de los Gobiernos.

José Luis Ramos Gorostiza
Universidad Complutense de Madrid

ICE

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA *Secretaría de Estado de Comercio*

50TH ANNIVERSARY OF THE FIRST COMPETITION ACT IN SPAIN

CONTENTS

Foreword 3
Javier García-Verdugo Sales

The National Commission for Markets and Competition: a new era for competition and regulatory supervision in Spain 7
José María Marín Quemada

Redefining incentives to collusion: leniency programmes 17
Joan Ramon Borrell Arqué, Juan Luis Jiménez González and José Manuel Ordoñez de Haro

Information, institutional pressure and business strategies: the Monday effect on the Spanish gasoline market 37
Juan Luis Jiménez González and Jordi Perdiguero García

The application of competition rules to local governments and authorities and the exceptions to the above under the local legislation 57
Julia Ortega Bernardo

The significance of compliance programmes for enforcement policies of competition authorities 75
Patricia Pérez Fernández

The private-law implementation of competition rules by Spanish courts 91
Francisco Marcos Fernández

Some recollections and reflections in the wake of the fiftieth anniversary of the first competition act in Spain 105
Antonio Castañeda Boniche

The story of competition through its main players 125
Miguel Ángel Fernández Ordóñez, Amadeo Petitbó Juan, Gonzalo Solana González, Luis Berenguer Fuster and Joaquín García Bernaldo de Quirós

ECONOMIC FORUM

The process of transfer of monetary policy to the term structure of interest rates in Spain 147
Paz Rico Belda

The bank card market in Spain: an overview 167
Ernesto J. Veres Ferrer, Gabriel Foix Escura and José M. Pavía Miralles

BOOKS
Critical notes 179

CONTENTS
Contents, abstracts 185

Coordinators:
Javier García-Verdugo Sales

BORRELL ARQUÉ, Joan Ramón; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Juan Luis and ORDÓÑEZ DE HARO, José Manuel

Redefining incentives to collusion: leniency programmes

Abstract: leniency programmes have become one of the most efficient tools to combat cartels. In this article, we describe the dissemination, progress and effects of these programmes over the past two decades, following their implementation around the world. Having analysed the empirical regularities of all leniency decisions adopted by the European Union and Spain, we conclude that there is still room to extend the dissemination and application of leniency programmes in Spain, and we believe that reforms in the right direction could constitute the main source of information to detect and penalise cartels over the forthcoming decade.

Key words: cartels, competition policy, leniency programme.

JEL Classification: K21, K42, L41, L51.

CASTAÑEDA BONICHE, Antonio

Some recollections and reflections in the wake of the fiftieth anniversary of the first competition act in Spain

Abstract: The Economic Stabilisation Plan of 1959 was a great step ahead in bringing the Spanish Economy into line with the free market system and applying the guidance provided by international economic organisations and practiced by leading countries. However, four years later, with the enactment of Law 110/63 on the Repression of Practices Restricting Competition – the fiftieth anniversary of which is now being remembered –, there was a return to interventionism and protectionism that would remain unchanged until the overhaul of attitudes and behaviour required for joining the EEC in 1985, with the subsequent full application of liberalisation and market competition policies.

Key words: restrictive practices, collusion, abuse of dominant position, preventative control, cartels, liberalisation, anti-trust, free competition, integration, European Union.

JEL Classification: K21, K23, L40, L51.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel; PETITBÓ JUAN, Amadeo; SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo; BERENGUER FUSTER, Luis and GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, Joaquín

The story of competition through its main players

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Juan Luis and PERDIGUERO GARCÍA, Jordi

Information, institutional pressure and business strategies: the Monday effect on the Spanish gasoline market

Abstract: International and Spanish empirical literature concludes that competition is limited in the retail gasoline market. Based on daily prices of all service stations in Spain in the 2009-2012 period, and based on the existence of two separate groups of companies, estimates show that retail prices not only dropped artificially on Mondays, but also that this effect was intensified in 2012 and in the periods where the position in the price ranking registered greater "media coverage severity" for Spain. These results are another signal pointing in the way of market collusion.

Key words: gasoline, competition, Monday effect.

JEL Classification: L13, L59, L71.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco

The private-law implementation of competition rules by Spanish courts

Abstract: This article analyses the private-law implementation of rules on the protection of competition (EU and domestic rules) in Spain from 1999 to 2012, examining the court complaints brought and the outcomes thereof, and classifying them with a series of parameters. This empirical analysis supports the verification of a significant increase in the number of court complaints, mostly relating to distribution contracts, and at the same time it shows the limited success of anti-trust arguments and the scarce compensation awards ordered and, above all, a striking absence of complaints brought by consumers.

Key words: protection of competition, court implementation, damages, litigation, Spain.

JEL Classification: K12, K13, K21, K49, L49.

MARÍN QUEMADA, José María

The National Commission for Markets and Competition: a new era for competition and regulatory supervision in Spain

Abstract: The first part of this article analyses the optimal design of independent regulatory bodies and the advantages and disadvantages of a multi-sector and integrated model for the competition authority, which is the model currently implemented for the National Commission for Markets and Competition. The second part of the article discusses the action principles, key features and fundamental structure of this body, which has taken over the role of Spanish Competition Authority from the National Competition Commission.

Key words: competition policy, competition authorities, institutional design, National Commission for Markets and Competition (CNMC).

JEL Classification: K21, K23, L40, L51.

ORTEGA BERNARDO, Julia

The application of competition rules to local governments and authorities and the exceptions to the above under the local legislation

Abstract: This study takes as a basic reference empirical literature provided by the Decisions of the competition protection authorities ordered in the last five years, limiting the scope with which rules on competition are applied to activities of Local Governments and Authorities, and it is argued that these are not exclusively applied to local businesses but also to activities by public powers. There is also an analysis of the legal-formal and material requirements to be fulfilled for local activities to be exempted from the implementation of these rules.

Key words: Local Governments and Authorities, application of rules for the protection of competition, authorities for the protection of competition, restrictions to competition, administrative powers, exercising public powers, European Competition Law, activities exempted from the implementation of competition rules, local public services, local economic initiatives, local ordinances.

JEL Classification: K21.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia

The significance of compliance programmes for enforcement policies of competition authorities

Abstract: The awareness of illegal behaviour is complex in the scope of Competition Law, as illegal behaviour is not set forth in a specific or exhaustive way like it is in Criminal Law and - instead - rules are provided by way of more general clauses. This fact, together with the legal duty of companies to comply with rules on the protection of competition means that compliance programmes are very significant, especially in the light of the general principle of legal exemption brought in by Regulation (EC) No. 1/2003, of 16 December 2002, for rules of procedure concerning protection of competition. The question asked in practice is whether competition authorities should reduce the amount of fines in cases where a member of a company had violated protection of competition regulations when a compliance programme had been implemented on a corporate level.

Key words: Competition Law, compliance programmes, liability of legal entities, leniency programmes, amount of fines.

JEL Classification: K14, K21, K40, K42.

RICO BELDA, Paz

The process of transfer of monetary policy to the term structure of interest rates in Spain

Abstract: This article analyses the degree and speed of the response of the term structure of interest rates in Spain to variations of official rates of interest. To achieve the above an error adjustment model is specified and estimated taking into account the anticipation of monetary policy actions, allowing an efficient estimator of the long-term relationship to be obtained. Results gathered indicate that interest rates discount monetary policy movements in advance. Furthermore, monetary policy actions are rapidly and totally transferred to monetary rates, while in longer term rates the transfer is not complete, although transfer speed has increased since 1999.

Key words: monetary policy, anticipation, error adjustment model.

JEL Classification: G

VERES FERRER, Ernesto J.; FOIX ESCURA, Gabriel and PAVÍA MIRALLES, José M.

The bank card market in Spain: an overview

Abstract: With almost 70,000,000 cards in circulation and transactions amounting to over 200,000 million euros per year, there are no articles (to the best of our knowledge) offering an overall view of the bank card market in our country. The purpose of this article is to do exactly that and offer an in-depth analysis of the various aspects involved. The article analyses the progress of the market, with an overview of the current situation, studying the impact that cards have on Spanish banks and how they affect some of their intangible assets, it lists the various kinds of fraud, prioritising their importance, and examines the effect of the Internet on this payment method, highlighting the challenges that ecommerce brings for electronic money security.

Key words: credit cards, technology change, ecommerce, financial system, fraud.

JEL Classification: G29, G32.

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 Economía y Competitividad
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 ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
SUBSECRETARÍA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS, INFORMACIÓN Y PUBLICACIONES

Suscripciones y ventas por correspondencia:
Paseo de la Castellana, 162, 8.ª planta. 28046 Madrid. Teléfono 91 583 55 07/06
Suscripciones a través de la página web del Ministerio de Economía y Competitividad
distribuciónpublicaciones@mineco.es

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Los artículos enviados para su publicación en ***Información Comercial Española. Revista de Economía*** deberán contener *material original* no publicado ni presentado para su publicación en otro medio de difusión.

2. Las contribuciones se enviarán en formato Microsoft Word a la dirección de correo electrónico: revistasice.sscc@comercio.mineco.es. Todos los trabajos recibidos serán sometidos, para su aceptación, a *evaluación externa anónima.*

3. 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 aparezcan sus datos.

4. La extensión del trabajo no deberá superar los 25 folios DIN A-4, incluidos cuadros, gráficos, notas y bibliografía. Los trabajos se escribirán a doble espacio en letra de tamaño 12. Las páginas irán numeradas correlativamente.

5. Todos los artículos deberán incluir un resumen del contenido, de no más de 100 palabras, en el que se reflejen los elementos más importantes tratados en él. Se acompañarán de varias palabras clave y de la notación relativa a la clasificación por material del *Journal of Economic Literature (JEL),* para facilitar su inclusión y posterior recuperación en la *Base de Datos del ICE (BDICE).* La clasificación JEL puede consultarse en *www.revistasice.com.*

6. Los cuadros y gráficos irán numerados correlativamente y contendrán un título suficientemente explicativo y las fuentes de los datos mostrados. Los gráficos deberán tener la suficiente calidad técnica para ser reproducidos directamente; se enviarán en formato Microsoft Excel o en una aplicación compatible. A lo largo del texto, deberá indicarse el lugar exacto en que ha de insertarse cada gráfico o cuadro.

7. Al final del texto, aparecerá la lista de referencias bibliográficas, numeradas correlativamente y con el siguiente formato:

Libros (1) Apellidos e inicial del nombre de todos los autores; (2) año de publicación; (3) título completo; (4) edición; (5) lugar de publicación; (6) editorial. Ej.: CARREAU, D.; FLORY, T. y JUILLARD, P. (1990): *Droit Economique International,* 3.ª edición, París, LGDJ.

Artículos (1) Apellidos e inicial del nombre de todos los autores; (2) año de publicación; (3) título completo del artículo citado; (4) nombre de la publicación; (5) fascículo y/o volumen; (6) fecha de publicación; (7) páginas; (8) lugar de publicación. Ej.: VIÑALS, J. (1983): «El desequilibrio del sector exterior en España; una perspectiva macroeconómica», *Información Comercial Española. Revista de Economía,* número 604, diciembre, páginas 27-35, Madrid.

Se incluirán únicamente las referencias utilizadas en la elaboración del trabajo.

8. Los *anexos* se insertarán tras la bibliografía. Deberán llevar un título y una breve explicación del contenido.

9. *ICE* no se solidariza con las opiniones expuestas en los artículos publicados, cuya responsabilidad corresponde a los autores.

10. *ICE* retiene todos los derechos de reproducción de los artículos editados, aunque tiene como práctica habitual autorizar su reproducción siempre que se cite la publicación y se cuente con el permiso del autor. La autorización deberá solicitarse por escrito a la Redacción de ***Información Comercial Española.***

Revista de Economía

ICE

Información Comercial Española

Ministerio de Economía y Competitividad

00876
9 770019 977006

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD