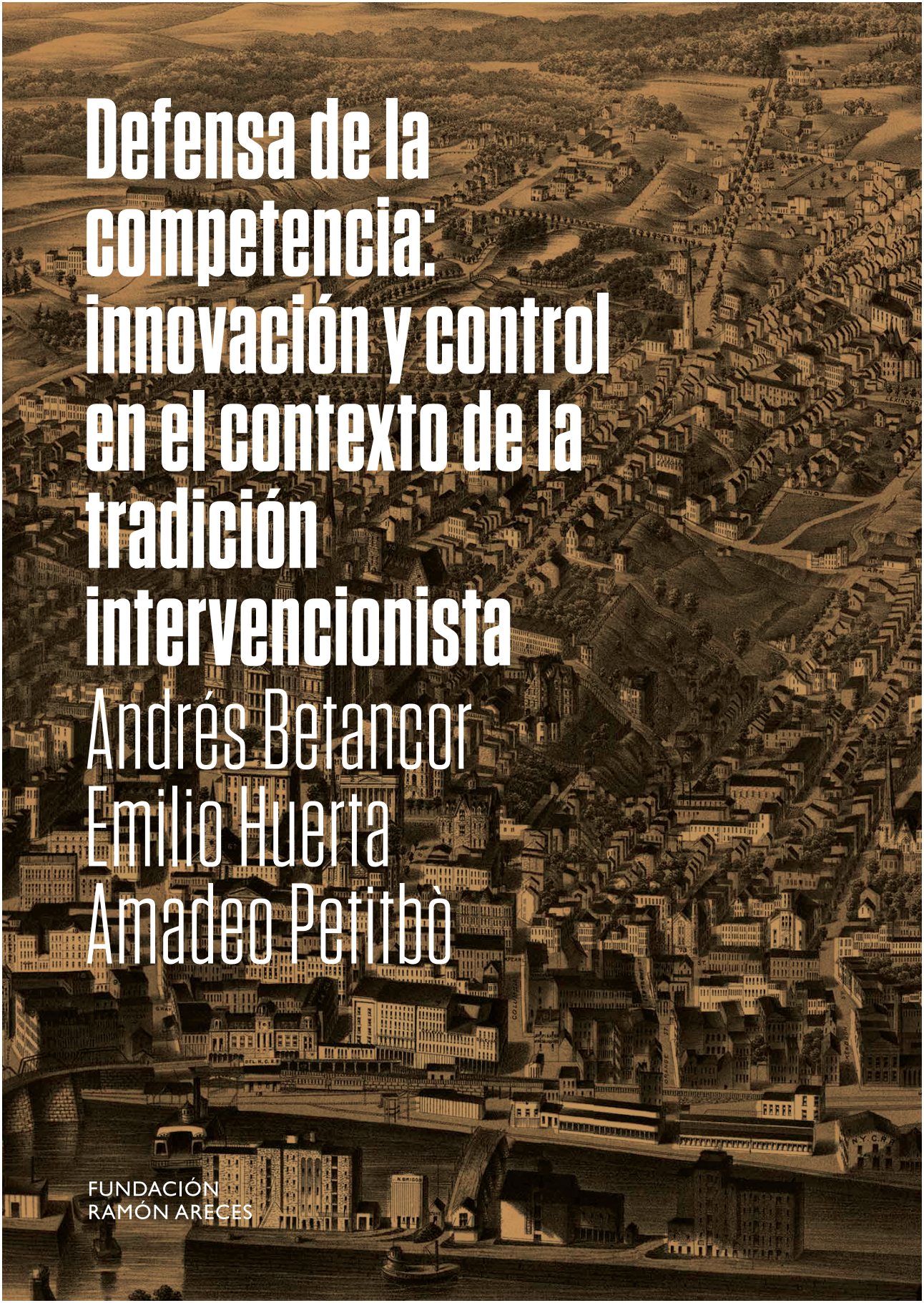


Defensa de la competencia: innovación y control en el contexto de la tradición intervencionista

Andrés Betancor
Emilio Huerta
Amadeo Petitbò

FUNDACIÓN
RAMÓN ARECES

Defensa de la competencia: innovación y control en el contexto de la tradición intervencionista

Andrés Betancor
Emilio Huerta
Amadeo Petitbò

Defensa de la competencia: innovación y control en el contexto de la tradición intervencionista

FUNDACIÓN RAMÓN ARECES

Reservados todos los derechos.

Ni la totalidad ni parte de los libros pueden reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

El contenido expuesto en este libro es responsabilidad exclusiva de sus autores.

© EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S.A.
Tomás Bretón, 21 – 28045 Madrid
Teléfono: 915 398 659
Fax: 914 681 952
Correo: cerasa@cerasa.es
Web: www.cerasa.es

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES
Vitruvio, 5 – 28006 MADRID
www.fundacionareces.es

Diseño de cubierta: Ken/www.ken.es

Depósito legal: M-14960-2020

Impreso por:
ANEBRI, S.A.
Antonio González Porras, 35–37
28019 MADRID

Impreso en España / Printed in Spain

ÍNDICE

Introducción 13

Capítulo 1. LA TRADICIÓN INTERVENCIONISTA Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA 17

Introducción 17

1. La tradición intervencionista 19
   1.1. Los inicios de las restricciones a la competencia y las reacciones a las mismas 19
   1.2. Los albores de las restricciones a la competencia debidas a la regulación en España: impuestos, monopolios y regalías 23
   1.3. Restricciones a la competencia mediante colusión y barreras de entrada 27
      1.3.1. Los gremios 27
      1.3.2. El comercio con las Indias y las compañías de comercio 33

2. La ruptura de los gremios 38
   2.1. El debate en Europa 38
   2.2. Proteccionismo, arbitristas y el debate sobre los gremios en España 40

3. Los orígenes de la defensa de la competencia en España: el Código Penal de 1848 55
   3.1. La maquinación para alterar el precio de las cosas 55
   3.2. Los monopolios en el punto de mira 59

4. El largo camino hacia la Ley de Defensa de la Competencia del año 1963 65
   4.1. La búsqueda del reconocimiento internacional del régimen 65
   4.2. Los Pactos de Madrid 73
   4.3. El apoyo americano 79
   4.4. El gobierno de los tecnócratas, los liberales y la decisión de liberalizar 82
   4.5. El Plan de Estabilización 86

5. La preparación de la Ley 110/1963, de 17 de julio, de represión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia 94
5.1. Los primeros antecedentes 94
5.2. El Tratado CECA 102
5.3. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea . 104
5.4. El cuestionario de 1959 107
5.5. El papel de los Técnicos Comerciales del Estado 109
5.6. El debate en las cortes franquistas 115
5.7. Reacciones 123
6. Análisis de la Ley de Defensa de la Competencia de 1963 127
6.1. La sorprendente exposición de motivos 127
6.2. De las prácticas restrictivas de la competencia 133
6.3. Del Tribunal y del Servicio de Defensa de la Competencia 137
6.4. Infracciones, sanciones, recursos, incompatibilidades y reglas sectoriales 141
7. El reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia 142
8. Promesas liberales y políticas intervencionistas 148
9. La Ley de Defensa de la Competencia de 1989: una ley constitucional y europea 157
10. Conclusiones 163

Capítulo 2. COMPETENCIA, INNOVACIÓN EMPRESARIAL Y PRODUCTIVIDAD: EL PAPEL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA PROSPERIDAD DE ESPAÑA 165
1. Política de la competencia: introducción, objetivos y propuestas 166
1.1. La defensa de la competencia 166
1.2. La prosperidad y la innovación: un camino con muchos actores ... 171
1.3. Objetivos y propuestas 174
2. Productividad y entorno de los negocios 180
2.1. Productividad y crecimiento 180
2.2. Evolución de la productividad en la economía española 184
2.3. Competitividad y entorno de los negocios en España 192
2.3.1. El entorno general de la economía española 199
2.3.2. El entorno microeconómico de los negocios 200
2.3.3. España en la etapa de orientación hacia la innovación 204

2.4. Eficiencia de los mercados y sofisticación empresarial: buscando entender las relaciones 206
2.5. Recapitulando sobre la productividad y competitividad 208
3. El perfil de la empresa española: estrategias y resultados 210
3.1. La empresa fundamento de la productividad 210
3.2. Las empresas españolas: estructura y estrategia 211
3.3. Calidad del recurso empresarial y diversidad de empresas: en busca de una explicación a la notable heterogeneidad empresarial 226
3.4. Competencia y difusión de buenas prácticas de gestión: herramientas para innovar 229
4. Innovación: el papel de los mercados y las empresas 231
4.1. El análisis económico de la competencia 231
4.2. De la competencia perfecta a la economía real 234
4.3. Innovación y competencia: la perspectiva de los mercados 239
4.4. La innovación: la perspectiva de las empresas 244
4.5. Estrategias competitivas de las empresas: costes *versus* diferenciación 247
4.6. La innovación y sus efectos para el funcionamiento de los mercados y las empresas 251
5. Objetivos e instrumentos para la política de la competencia 253
5.1. Los retos de la economía española: un nuevo papel para la defensa de la competencia 253
5.2. La competencia instrumento para el cambio 257
5.3. El sistema de defensa de la competencia en España 261
5.4. Una propuesta para el debate 266
5.5. La política de la competencia y sus relaciones con otras políticas ... 272
Bibliografía 273
Anexo 279

Capítulo 3. CONTROL DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: VIRTUDES Y LÍMITES. EL CASO DE LOS PODERES DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN 283
Introducción 283
1. Marco general e introductorio 285

2. Autoridad de defensa de la competencia: independencia y funciones ... 315
2.1. Introducción: autoridad multisectorial e independiente. El conflicto con el Derecho de la Unión ... 316
2.2. Independencia ... 319
2.3. Defensa de la competencia: aproximación funcional ... 325
2.3.1. Defensa de la competencia en el contexto funcional. Clasificación de funciones ... 325
2.3.2. Objeto: mercado. Mercado competitivo como interés general ... 326
2.3.3. Función específica de defensa de la competencia ... 329
2.4. Conclusiones ... 332
3. Supervisión y vigilancia ... 336
3.1. De la supervisión a la investigación ... 337
3.2. Sujeto sometido a investigación ... 344
3.3. Excurso ¿Situación jurídica general de obligado a prestar colaboración con la administración? ... 349
4. Requerimiento de información e inspección ... 352
4.1. Requerimiento de información ... 352
4.1.1. Competencia para formular el requerimiento ... 356
4.1.2. Requerimiento. Alcance y requisitos materiales y formales ... 357
4.1.3. El requerido ... 359
4.1.4. Situación jurídica del requerido: deber y obligación ... 360
4.1.5. Datos e información facilitada: acceso y cesión ... 362
4.2. Inspección ... 365
4.2.1. Titularidad de la potestad de inspección. Inspector. Instrumentalidad de la potestad ... 366
4.2.2. Facultades. Alcance de la inspección ... 369
4.2.3. Situación jurídica del inspeccionado ... 370
4.2.4. Procedimiento de inspección ... 371
4.3. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en materia de información y de inspección ... 372
5. Sanción. Procedimiento sancionador ... 375
5.1. Procedimiento administrativo. Engarce entre procedimiento administrativo común y procedimiento sectorial, el caso del procedimiento sancionador de defensa de la competencia ... 377

5.2. Resolución: contenido. Prohibición e infracción. ¿Conductas prohibidas no sancionables? 384
5.3. Resolución: contenido prescriptivo 388
5.4. Imposición de multa: clases de infracciones, criterios y circunstancias 390
5.5. Indemnización de los daños 393
6. Controles 399
6.1. Independencia 400
6.2. Debilidades estructurales y funcionales de las autoridades reguladoras 403
6.3. Controles y sus modalidades 405
6.3.1. Control político: comparecencias ante la Comisión correspondiente del Congreso 406
6.3.2. Control social: la transparencia 408
6.3.3. Control interno de eficiencia y de independencia 412
7. Control jurídico. Potestades frente a la ley 414
7.1. Potestades discrecionales. Los límites de las potestades con amplio margen de decisión. 416
7.2. Límites generales de las potestades de intervención, en particular, de las de investigación 417
7.2.1. Motivación 418
7.2.2. Necesidad. Adecuación 422
7.2.3. Proporcionalidad 425
7.2.4. Corrección o cláusula de salvaguarda: la opción menos restrictiva 429
7.2.5. La eficacia de los límites 429
7.2.6. El respeto a los derechos fundamentales 430
7.3. Potestad sancionadora. Margen de apreciación. La libertad de elección y sus límites 436
7.3.1. Interpretación de tipos infractores 438
7.3.1.1. Prohibición e infracción 438
7.3.1.2. "Margen de apreciación" de los tipos infractores 447
7.3.1.2.1. Colusión 447
7.3.1.2.2. Abuso de posición dominante 450
7.3.2. Sanciones 452

8. Control judicial. Potestades frente al juez..... 456
8.1. Investigación. Inspecciones 456
8.1.1. Requerimiento de información..... 458
8.1.2. Inspecciones..... 462
8.1.2.1. Cinco garantías que delimitan el margen de apreciación/actuación..... 463
8.1.2.2. Orden de inspección: contenido 470
8.1.2.3. Autorización judicial: oportunidad para el control de la orden de inspección. Sus defectos no pueden ser salvados..... 472
8.1.2.4. Confidencialidad. Relación abogado y cliente..... 473
8.2. Conductas prohibidas: colusión 474
8.3. Sanción..... 484
Conclusiones..... 487
Bibliografía 491

INTRODUCCIÓN

Es común, en toda reflexión, de cualquier naturaleza, proclamar la importancia del mercado como institución social, económica y jurídica. Inicialmente, la visión es económica: la institución por excelencia para la distribución eficiente de los recursos. El requisito es el de la libertad. Es tan imprescindible que no hay mercado sin libertad. Así se ha consolidado igualmente como exigencia comúnmente admitida. Hablar de mercado supone hablar, también, de libertad. El mercado es la institución marco en el que la libertad se despliega.

Este trabajo está dedicado a la libertad; a la libertad en el marco del mercado. En particular, a las condiciones para que la libertad pueda desplegar su función que, a su vez, hará posible que el mercado pueda servir para aquello que la sociedad le reclama. No es solo la asignación eficiente de recursos; es algo más y aún más importante: el reconocimiento y protección de la libertad de los actores del mercado.

La institucionalización de los mercados ha alcanzado tal grado que suele olvidarse, sorprendentemente, que son personas, son individuos, bajo distintos ropajes, incluso, el de la empresa, los que actúan, los que eligen, los que despliegan su libertad.

La libertad es, a su vez, otra institución social, económica y jurídica; fruto de su tiempo, cambia. Las coordenadas del cambio tecnológico y de la globalización delimitan y modifican la libertad de los actores. No se puede hablar de libertad en el marco del mercado sin tener presente las nuevas coordenadas que le dan sentido. Paradójicamente, la libertad y el mercado como instituciones tienen historia y esa historia condiciona, también, el momento presente.

En este trabajo hemos mirado hacia atrás para mirar hacia adelante. La mirada del hoy no puede desconocer la del pasado. El investigador tiene que convertirse en una especie de Jano, obligado a poner los ojos en el ayer pero también en el hoy. No se puede dejar de hacer ese ejercicio cuando se trata de la libertad y del mercado. Aún más en el caso español. Una fuerte y consolidada tradición

intervencionista es la que sigue explicando, en el momento presente, la fortaleza del estatismo en la ordenación de la actividad económica.

El estatismo no es un "invento" reciente. Es un rasgo estructural de nuestra historia. Puede haber mutado, pero solo en los ropajes que lo adornan e incluso, lo ocultan. El primer capítulo de este trabajo está dedicado a la tradición intervencionista y la defensa de la competencia en España. Dos grandes líneas de reflexión son las que sobresalen. Por una parte, un análisis de la intervención pública en el quehacer económico desde el Código de Hammurabi con una especial referencia al intervencionismo en España.

Y, por otra, se analiza, tomando como punto de partida el Código Penal de 1848, el proceso que condujo a la aprobación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Una ley con buenas intenciones pero que nunca contó con el suficiente respaldo político ni empresarial que la convirtiera en un instrumento de fomento de la libertad de mercado pues no fue aplicada con el rigor necesario ni tuvo efectos relevantes.

La mirada de ida y vuelta, la doble mirada del dios Jano, nos lleva al presente y, sobre todo, al futuro. Es el objeto del capítulo segundo.

Hay un interesante debate en España entre académicos y decisores públicos sobre los fundamentos y la eficacia de la aplicación de la defensa de la competencia en la economía. Es imprescindible actualizar y contribuir a la discusión sobre los fundamentos económicos de la política de la competencia. El análisis se nutre de un amplio cuerpo de literatura teórica y empírica junto con ideas recientemente desarrolladas en el campo de la gestión empresarial sobre la ventaja competitiva y los comportamientos estratégicos de las empresas.

El objetivo es ofrecer nuevas perspectivas para la política de la competencia en una economía donde el aumento de su competitividad y el crecimiento sostenido son las claves que definen una trayectoria de mejora de la prosperidad.

Esta nueva perspectiva considera que la innovación y el crecimiento de la productividad deben ser objetivos fundamentales para la política de la competencia. Esta visión dinámica de la competencia es complementaria, pero debe primar, sobre el enfoque más estático y tradicional centrado en precios y márgenes.

Por último, no hay libertad sin regulación, así sucede con carácter general y, en particular, en el mercado. No hay mercado, por lo tanto, sin ley. El Derecho

instituye tanto como regula el mercado. La ley es la garantía de la libertad. Y la ley necesita de un aplicador competente, adecuado y eficiente.

El garante de la libertad en el ámbito del mercado tiene que sumar, además, la independencia. Cuando hablamos de garante de la ley hablamos, en primer lugar, de los tribunales. En un Estado de Derecho son el garante principal, pero no exclusivo. En el ámbito de la Administración también hay garantes, pero en el desarrollo de la función ejecutiva. En el caso de los mercados es el papel de las denominadas autoridades de defensa de la competencia.

La independencia es una exigencia, pero hay otra no menos importante: la del control. Es una situación paradójica. La independencia debe estar asociada al control; su ausencia es la que conduce a la arbitrariedad. El control se ha de desplegar en tres ámbitos: el político, el legal y el judicial. La suma de estos controles inserta a la autoridad de defensa de la competencia en una red que sirve de contrapeso a la independencia; para alejar a la autoridad administrativa de la arbitrariedad. Es tan peligrosa, en términos sociales, una autoridad capturada (dependiente) como tan independiente, de todo, que caiga en brazos de la arbitrariedad. Estas autoridades no pueden colocarse al margen del Estado de Derecho.

En definitiva, entregamos un trabajo de investigación que, desde las tres perspectivas que lo presiden, tienen un lugar común: el mercado y la competencia, y un destino igualmente común: la libertad.

Capítulo 1
LA TRADICIÓN INTERVENCIONISTA Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Amadeo Petitbò
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Complutense de Madrid

INTRODUCCIÓN*

En una economía de mercado, las decisiones sobre la oferta, la demanda y los precios se toman por los individuos y las empresas. De la libre interacción de sus intereses se obtiene la información acerca de qué producir, cómo producir y los precios de los bienes y servicios. La historia económica de la humanidad ha sido la historia del progreso y de los intercambios sobre la base de la libertad, pero también del intervencionismo ineficiente, del abuso del poder sobre los intercambios y los mercados, de los acuerdos anticompetitivos y de la correspondiente reacción de los ciudadanos y operadores económicos. Como apuntó Marshall: "El desarrollo de la libertad económica ha sido lento y vacilante"[1].

---

* Para la redacción del trabajo he recibido ayuda de muchas personas, empezando por los profesores Betancor y Huerta. Pero no solo de ellos. Debo mencionar a los profesores Leandro Prados de la Escosura –cuyo apoyo ha sido determinante–, Pedro Fraile, José Antonio Escudero, Feliciano Barrios y José Antonio Domínguez Nafría, así como a Antonio Castañeda. Antonio Fernández Fábrega, eficiente colaborador en mi etapa profesional en el Tribunal de Defensa de la Competencia y actor relevante en las primeras etapas del Tribunal revisó el texto con la meticulosidad que le caracteriza. He contado también con la ayuda mecanográfica de Pilar Sáinz de Aja. No puedo terminar el capítulo de agradecimientos sin mencionar a Raimundo Pérez-Hernández, eficiente director de la Fundación Ramón Areces y a la propia Fundación Ramón Areces que financió el proyecto. Y a quien fue su presidente, Isidoro Álvarez, siempre respetado. Y, por último, pero no menos importante, a la Fundación Rafael del Pino, a su presidenta –María del Pino– y a su director –Vicente Montes– que me han permitido ocupar algunos momentos de mi extensa e intensa jornada laboral a la redacción del presente documento. A todos ellos mi gratitud y reconocimiento. Por supuesto, los errores, omisiones e imprecisiones –que no deben ser pocos– son de mi completa y total responsabilidad. Era un riesgo asumido.

[1] Marshall, A. ([1892]1936): Economía industrial, Ed. Revista de Derecho Privado, p. 9.

En ausencia de fallos del mercado, la competencia resulta beneficiosa para la mayoría e incómoda para unos pocos. Por ello, las víctimas del intervencionismo, de los acuerdos anticompetitivos y de los abusos han reaccionado en defensa de sus intereses y han buscado el amparo de los poderes públicos. Por su parte, los beneficiados por las restricciones a la competencia han procurado capturar los poderes públicos en beneficio de sus rentas extraordinarias. La dialéctica entre beneficiados y perjudicados ha sido una constante a lo largo de la historia. El combate no ha sido pacífico. Incluso ha llegado a ser violento y se ha llevado a cabo sin igualdad de armas. Sus puntos de referencia han sido la libertad y la defensa de la libertad.

Esta confrontación de intereses, tan evidente a lo largo de la historia, influenciada por la intervención de los poderes públicos ha sido escasamente estudiada, con excepciones notables. Tampoco se conocen los detalles de los efectos que ha tenido la intervención ineficiente de dichos poderes sobre los resultados económicos. Esta falta de conocimiento aplicado y cuantificado ha dejado los debates sin cerrar, pues la confrontación argumental entre quienes consideran que los resultados de la regulación ineficiente han sido perniciosos para la sociedad, y aquellos que están convencidos de la bondad de la intervención pública, solo pueden cerrarse con los correspondientes análisis empíricos. El camino emprendido por los Profesores Pedro Fraile y Leandro Prados de la Escosura, por ejemplo, debería tener continuidad. Ahora se dispone de mucha información y las técnicas de apoyo del análisis empírico han avanzado, considerablemente, merced al uso de los computadores.

El presente trabajo tiene un objetivo modesto: poner de relieve que la historia de la humanidad se ha caracterizado por la intervención en la economía por parte de los poderes públicos –y las correspondientes reacciones– de tal forma que la libre competencia se ha visto alterada. Lógicamente, dicha intervención ha incidido en las condiciones de distribución de la renta. En consecuencia, ha habido ganadores y perdedores. El análisis de esta cuestión es un bien escaso en el magma de estudios económicos sobre el comportamiento de la economía y de las instituciones.

Tal ausencia no debe extrañarnos. Los combates al respecto no son pacíficos. Este hecho ya lo apuntó Adam Smith: "El miembro del Parlamento que apoya a las propuestas para fortalecer dicho monopolio puede estar seguro de adquirir, no solo la reputación de ser un experto en economía política, sino también po-

pularidad 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".

Este capítulo es fruto de circunstancias inesperadas. Su origen está en una iniciativa de Andrés Betancor que la Fundación Ramón Areces, con buen criterio, amplió. La referencia: el mercado, la competencia y el ejercicio administrativo de la defensa de la competencia. Fui el último en llegar. El profesor Betancor se encargaría de la cuestión jurídica. El profesor Emilio Huerta de la parte más analítica sobre la base del análisis económico. Opté por una opción arriesgada: una aproximación histórica a las restricciones a la competencia como preámbulo a una cuestión poco estudiada: los orígenes de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, cuyo antecedente más relevante fue el Decreto Ley 10/1959, de 21 de julio, de ordenación económica. Se trataba de una disposición cuyo objetivo anunciado era el entierro de cualquier pretensión autárquica y la progresiva liberalización de la economía española que estaba sometida a multitud de controles e impedimentos que hacían imposible que el mercado fuera el mecanismo de asignación de recursos. Se trata de un capítulo escrito por un aprendiz de historiador que pretende aclarar algunas cuestiones relacionadas con la voluntad liberalizadora de un grupo de apóstoles defensores de la libertad y de la libre competencia en un contexto hostil dominado por las fuerzas liberticidas que, en defensa de sus intereses, trataron de impedir cualquier apertura de la economía española.

1. LA TRADICIÓN INTERVENCIONISTA

1.1. Los inicios de las restricciones a la competencia y las reacciones a las mismas

Los filósofos y los historiadores han puesto de relieve que, muy pronto, los comerciantes y los poderosos descubrieron que la regulación, la monopolización de los recursos –pública y privada– y los acuerdos colusorios permitían el

control de las actividades económicas continuas y organizadas[2] con la correspondiente obtención de beneficios extraordinarios. Los objetivos podían ser el aumento de la riqueza personal o la mejora de los ingresos públicos necesarios para llevar a cabo iniciativas pacíficas o bélicas. Incluso ambos objetivos podían ir unidos. Hesíodo fue el primer notario del problema[3].

La historia del intervencionismo es milenaria. En el Código de Hammurabi[4] ya se encuentran trazas de restricciones regulatorias a las actividades profesionales[5]. Pero no es el único caso milenario registrado, tal como demuestra la información procedente de Egipto, Babilonia, Fenicia, India, China o Cartago.

Aristóteles[6] constató la existencia de monopolios y analizó sus consecuencias[7], así como la capacidad coercitiva del poder político. Algunos elementos relevantes que han caracterizado la historia de los mercados ya estaban presentes

---

[2] Un excelente y documentado libro que permite conocer la dialéctica restricciones de la competencia/fomento de la competencia es Piotrowski, R. (1933): Cartels and Trusts. Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects, George Allen & Unwin. Vid. también: Hirst, F.W. (1906): Monopolies, Trusts and Kartells, E.P. Dutton y Roover, R. de (1951): "Monopoly Theory prior to Adam Smith", Quaterly Journal of Economics, Vol. 65, n. 4, pp. 492-524.

[3] Hesíodo (≈700 a.C.) ha sido considerado el primer pensador económico griego. En su época la economía reposaba sobre los principios de la propiedad privada y el beneficio. Vid. Hesíodo (2017), Trabajos y días, Alianza Editorial, pp. 79-126.

[4] Aproximadamente, 1753 a.C. Consta de 282 artículos escritos en lengua acadia. Se trata del compendio legislativo más relevante del mundo antiguo oriental. Anónimo ([s.f] 1996): Código de Hammurabi, Ramón Llaca y Cía., S.A. Vid. también, Ohlhausen, M. (2016): "From Hammurabi to Hair Braiding: The Ongoing Struggle for Economic Liberty", United States of America. Federal Trade Commission, Institute for Justice, National Economic Liberty Forum. April, 28.

[5] Médicos, veterinarios, barberos, albañiles, barqueros o artesanos, entre otros profesionales. Arts. 215 y ss.

[6] Aristóteles ([Hacia 330 a.C.]1994): Política, Ed. Gredos. Recuérdese que el propio Hesíodo, con Demócrito (≈460-370 a.C.) y Aristóteles (384-322 a.C.) eran partidarios de la propiedad privada y el beneficio, aunque filósofos como Platón (≈427-347 a.C.) se inclinaban por una economía regida por unos principios susceptibles de ser calificados como de comunismo utópico. Vid. Rothbard, M.N. ([1995]1999): Historia del pensamiento económico. Vol. 1, El pensamiento económico hasta Adam Smith, Unión editorial, cap. 1; Schumpeter, J.A. ([1954]2004): Historia del análisis económico, Fundación ICO, cap. 1.

[7] En particular la obtención de beneficios extraordinarios.

en la obra de Aristóteles[8]. Lo que ha sucedido a lo largo de la Historia han sido meras variaciones de aquellas referencias que se han ido perfeccionando con el paso del tiempo.

En Roma, como antes en Grecia, se desarrolló una amplia red de mercados impulsados y regulados con el fin de abastecer a la población sobre la base de un precio justo (*justum pretium*)[9]. El poder político intentó evitar la reducción de la oferta (especulación y reducción de las importaciones de bienes) y las correspondientes subidas de precios y obtención de beneficios extraordinarios[10]. La Lex Iulia de annona[11] se considera la ley de defensa del mercado más antigua que se ha conservado desde la época de Julio Cesar[12]. Su objetivo era proteger el comercio del grano contra los abusos de comerciantes y mercaderes. Para evitar las subidas de precios se imponían sanciones a quienes, en solitario o mediante acuerdos colusorios, contribuían a las mismas[13]. Tras

---

[8] Como el deseo de unos pocos de controlar los precios y los salarios y de fomentar la regulación de la economía en su beneficio y la pretensión de monopolizar –individualmente o mediante acuerdos– determinados aspectos de la producción y el comercio de ciertos bienes y servicios. Vid. Schuettinger, R.L. y Butler, E.f. (1979): Forty Centuries of Wage and Price Controls. How Not To Fight Inflation, The Heritage Foundation.

[9] Vid. Zamora, J.L. (2014): "Intervención y garantías a la libre concurrencia de los mercados en el Derecho romano", Revista General de Derecho Romano, Vol. 22, pp. 1-29. Sin embargo, como relató Plinio, en la época del Imperio la conducta abusiva de los monopolos provocó la reacción contraria de la población. Un análisis del auge y decadencia de los mercados desde sus orígenes puede verse en Mund, V.A. (1948): Open markets. An Essential of Free Enterprise, Harper Brothers.

[10] Como se verá, la lucha contra la especulación ha sido una constante a lo largo de buena parte de la historia. Se ha combatido sobre la base de un análisis a corto plazo que ha impedido ver sus efectos positivos.

[11] Año 18 a.C. La ley fue promulgada por el emperador Augusto. Como recuerda Zamora (2014), p. 11, antes de la *Lex Iulia* ya había ciertos controles sobre la confabulación mercantil como muestran los *captivi* de Plauto que se refieren a la conducta *consilium iniere* (concitarse a fin de especular).

[12] Piotrowski (1933), p. 98. Vid. también, por su interés, Cuerdo, M. y Sánchez González, D. del M. (2014): "Tradiciones penales en la maquinación para alterar el precio de las cosas del Código Penal de 1848", AHDE, Tomo LXXXIV, pp. 301-326.

[13] Dos ejemplos de dicha conducta eran la reducción de la oferta de grano, mediante su acaparamiento, o la imposición de dificultades a la desestiba de grano en los puertos. Incluso se crearon procuradores (*Prefecto annonae*) para evitar acaparamientos y la consecuente especulación.

la *Lex Iulia* hubo más intentos normativos dirigidos a combatir conductas restrictivas de la competencia, incluido el *dumping*[14].

La colusión entre comerciantes y la correspondiente subida de precios contribuyeron a agravar la crisis económica del Imperio romano. El Edicto de Diocleciano[15] fue una respuesta ante tales conductas y es un ejemplo de la falsa creencia en la capacidad infinita del poder político para resolver los problemas económicos. Se trataba de un edicto radical y económicamente irracional por su intento de sustituir las fuerzas del mercado por una ingenua regulación de precios y salarios[16]. A diferencia de sus antecesores, Diocleciano sabía que la primera reacción a sus medidas sería el acaparamiento y las subidas de precios[17].

Piotrowski[18] destaca dos constituciones imperiales adicionales[19]: la primera, la del emperador Zenón[20]. Una vez más, conocido el impacto negativo de las conductas monopolísticas, la Constitución[21] protegía a los ciudadanos frente al poder de los monopolios[22] y los acuerdos ilícitos entre mercaderes

---

[14] *De extraordinariis criminibus.* Para Miquel, "El Digesto es, sin duda, la fuente más importante de la Historia del Derecho romano". Vid. Miquel, J. (1982): Historia del Derecho romano, Ed. Signo, p. 95. En el libro 47º del Digesto, la defensa del mercado no se limitaba al comercio de granos pues incluía otras formas de reducción de la oferta como el almacenamiento o el acaparamiento. Los castigos variaban desde las sanciones hasta la expulsión de la actividad.

[15] *Edictum de pretiis rerum venalium*. Año 301. Fijaba los precios para más de 1.300 productos.

[16] El incumplimiento de lo prescrito en el Edicto podía conllevar, incluso, la pena de muerte. Diocleciano decidió fijar los salarios y los precios de venta máximos de un conjunto de bienes de primera necesidad que, posteriormente, se fue ampliando.

[17] La población no aceptó los precios fijados y, pese al riesgo de pena de muerte, el mercado negro se extendió y los precios, lógicamente, aumentaron. El resultado final fue la abdicación de Diocleciano cuatro años después de la proclamación del Edicto y el abandono progresivo de su aplicación. Juliano el Apóstata también decidió desafiar las leyes del mercado con resultados nefastos: subidas de precios pese a su ilegalidad.

[18] Piotrowski (1933), pp. 111 y ss.

[19] También menciona la Constitución del Emperador León, conservada parcialmente.

[20] Año 483. "...la contribución más relevante de la era romana a la historia del monopolio y de su legislación". Vid. Piotrowski (1933), p. 111.

[21] La Constitución de Zenón tiene puntos en común con el Código indio Kautilya (siglo IV a.C.), dedicado al funcionamiento económico del Estado. En ambos casos se castigaba a todos aquellos que intervenían en las restricciones de la competencia, fueran productores, empleadores o empleados.

[22] Actuales y futuros, *de facto* y *de iure*.

o artesanos[23]; la segunda, contenida en el Código Justiniano[24], empezaba refiriéndose a "...los monopolios y acuerdos ilícitos entre comerciantes o sobre las conductas prohibidas e ilegales de los artesanos, maestros mecánicos y propietarios de baños".

1.2. Los albores de las restricciones a la competencia debidas a la regulación en España: impuestos, monopolios y regalías

El análisis histórico demuestra que, pese a excepcionales manifestaciones en favor de la libertad económica, la tentación intervencionista de los dirigentes políticos, la vocación monopolizadora de los dirigentes empresariales y, también, de las administraciones públicas han sido la tónica dominante en España[25]. Frente al intervencionismo se han opuesto aquellos que, con la fuerza de la razón, han considerado que la libertad y la competencia libre y leal son las condiciones necesarias para obtener los mejores resultados para el conjunto de la sociedad.

Casado[26], en referencia al período 1000-1450, se refiere al escaso desarrollo del mercado, a la mala definición de los derechos de propiedad[27], al intervencionismo y a la existencia de monopolios corporativos. En la sociedad rural altomedieval[28], la propiedad de la tierra, la igualdad entre los hombres y la libertad iban unidas de forma que la idea de libertad impregnaba el quehacer de la administración del territorio. Sin embargo, a diferencia del centro peninsular, en Europa y en otros lugares de la península, se desarrolló un

---

[23] Con el fin de desincentivar las conductas anticompetitivas, el monopolista podía ser condenado a la pena de exilio perpetuo y a la confiscación de su patrimonio y penas monetarias a quien concertara conductas. Vid. Zamora (2014), p. 25.

[24] Años 529 y 534. Recopilación de constituciones imperiales promulgada por el emperador romano de Oriente, Justiniano I. Condensa las mejores referencias de la jurisprudencia romana. Sobre la codificación justinianea, vid. Kunkel, W, ([1964]1991): Historia del Derecho romano, Ariel, pp. 170 y ss.

[25] Vid. Fraile, P. (1998): La retórica contra la competencia en España (1875-1975), Fundación Argentaria, Visor.

[26] Casado, H. ([2002]2016): Economía en las Españas medievales (c. 1000-c. 1450), en Comín, F.; Hernández, M. y Llopis, E. (eds.): Historia económica de España. Siglos X-XX, Ed. Crítica, pp. 13-50, p. 13.

[27] Especialmente respecto de la tierra.

[28] Principalmente, asturleonesa y en ciertas zonas pirenaicas.

sistema señorial que suponía la quiebra de una sociedad muy igualitaria. Los pequeños propietarios perdieron su libertad y sus derechos de propiedad[29] con el resultado de la concentración de las tierras, sobre todo en manos de la nobleza y la Iglesia[30]. Las desigualdades aumentaron y se frenó el crecimiento económico. Los trabajadores de la tierra se vieron sometidos a los señores que usaron y abusaron de su poder[31]. Hubo señores y vasallos y estos eran propiedad de los primeros[32].

Siguiendo a Vicens Vives, las circunstancias surgidas de la invasión musulmana permiten hacer referencia a dos sistemas económicos distintos: un sistema feudal, implantado en Cataluña, y un sistema señorial, con poderes limitados por la Monarquía, característico de la Meseta. En el contexto feudal, el señor organizaba la actividad económica[33] y los trabajadores estaban sometidos a su jurisdicción[34]. En el marco de la economía señorial, los trabajadores tenían mayores grados de libertad pudiendo, en algunos períodos, renunciar a su señor.

---

[29] En palabras de Escudero, "Los propietarios libres fueron desapareciendo conforme sus tierras iban siendo incorporadas al proceso generador de los señoríos, y conforme su independencia personal era mermada por los crecientes vínculos que les ligaron a señores y dueños". Vid. Escudero, J.A. ([1985]2003): Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas, p. 316.

[30] Vid. Escudero ([1985]2003), pp. 316-318.

[31] Los payeses catalanes estuvieron obligados a prestaciones especiales conocidas como "malos usos" (en particular en la *Cataluña Vella*), pero, sobre todo, destacaba el derecho al maltrato. La posición de Juan II, las Cortes de Cervera de 1202 o las Costumbres de Gerona ofrecen una idea de la crueldad de dicho derecho. Los malos usos fueron la causa de la "Guerra dels remences" (1462-1486) que finalizó con la Sentencia Arbitral de Guadalupe (1486). La tierra era propiedad del señor, pero los agricultores conservaban su dominio útil, aunque sometidos a vasallaje y al pago de los derechos feudales y enfitéuticos. Sobre la sentencia de Guadalupe, vid. Belenguer, E. (1999): Fernando el Católico, Ed. Península, pp. 159 y ss. Sobre los usos y abusos señoriales, vid. Escudero ([1985]2003), pp. 322 y ss.

[32] Los campesinos de la Corona de Aragón y, en concreto, los de Cataluña, por su menor capacidad de abandonar las tierras, estaban en peor situación que los de la Corona de Castilla.

[33] Llegando, incluso, a acuñar moneda.

[34] Vicens Vives ([1959]1972) llega a sostener que "Aun prescindiendo de la ominosa condición moral, el feudalismo ha sido lo más duro, excepto la esclavitud, que ha conocido la humanidad trabajadora", p. 96.

Al igual que sucedió en otros países europeos, el desarrollo del régimen señorial conllevó que los señores del dominio o castillo entorpecieran el desarrollo del mercado y, al amparo de su poder, explotaran de forma exclusiva un conjunto de establecimientos y servicios con el objetivo de obtener rentas basadas en su poder y privilegios[35]. Los señores administraban los ingresos de sus monopolios mediante el arrendamiento de su gestión a particulares. Con el paso del tiempo, las actividades monopolizadas tuvieron efectos relevantes: el aumento de los precios contribuyó a reducir la renta real de los súbditos que empezaron a percibir las ventajas de la libertad dejando de sentirse obligados a acogerse a la protección señorial y a someterse a sus monopolios. La expansión de la burguesía europea, merced, sobre todo, al desarrollo de la actividad comercial, permiten que Pirenne sostenga que para ella "estaba reservada la misión de difundir la libertad y la de convertirse, sin haberlo deseado, en la ocasión de la liberación gradual de las clases rurales"[36].

Los principios mercantilistas[37] estuvieron presentes en la política económica de los Reyes Católicos. Por una parte, los precios del trigo eran regulados en los puertos de Jerez y Palermo[38] y el intervencionismo alcanzó cotas sorprendentes que provocaron la reacción de la Corona. Por otra, como señala Moreno[39], en un contexto en el que los productos de comer, beber y arder estaban estancados en beneficio de las arcas municipales, los Reyes Católicos,

---

[35] Vid. Font, J.M. ([1952]1968): "Monopolios señoriales", en Bleiberg, G. (Dir.) ([1952]1968): Diccionario de Historia de España, Tomo segundo, Ed. Revista de Occidente, pp. 1101-1102. También resulta de interés la Partida Tercera. Título XXVIII. Ley XI. Vid. Las Siete Partidas (1872), Antonio de San Martín (editor), p. 338.

[36] Pirenne, H. ([1971]2015): Las ciudades de la Edad Media, Alianza Editorial, p. 173.

[37] Suárez L. (2004): Los Reyes Católicos, Ed. Ariel, pp. 338-339.

[38] Ibídem, p. 339.

[39] Moreno, J. (1944): "Abastos. Concepto y bosquejo histórico". Revista de la Universidad de Oviedo, pp. 78-89. *Nueva Recopilación de las Leyes de estos Reinos* de 1567, VI, I, 12 y *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de 1805, VI, XXI, 1.

en Pragmática de 1492[40], proclamaron la libertad de compra y venta de bienes de primera necesidad[41].

Los monopolios se extendieron y se otorgaron cartas de franquicia y privilegios consistentes en la cesión de los derechos de monopolio a los pueblos[42]. Los ciudadanos vivían en un entorno caracterizado por la presencia abrasante de actividades monopolizadas que impactaban negativamente sobre su renta realmente disponible y, en consecuencia, sobre su libertad y su capacidad de consumo, ahorro e inversión[43].

Los distintos niveles de desarrollo de las fuerzas productivas –en particular, la agricultura[44] y la actividad comercial– y las distintas formas de gestionar la actividad económica tuvieron su impacto en las magnitudes macroeco-

---

[40] Me indica el profesor Domínguez Nafría, J.C. que las pragmáticas era normas del máximo rango legal en la Corona de Castilla desde finales del siglo XV, aunque no siempre eran obedecidas. El hecho de que la *Nueva Recopilación* de Felipe II, de 1567, la recogiera, significa que mantenía su vigencia; y el hecho de que, igualmente, la recogiera la *Novísima Recopilación* de 1805, con Carlos IV, significa que, en ese año, seguía vigente; y ya no solo en Castilla, sino también en la Corona de Aragón como consecuencia de la aplicación de los llamados Decretos de Nueva Planta de Felipe V.

[41] Fijando el precio de productos como las carnes, el tocino, el aceite, el vino, el vinagre, los pescados salados, las velas y el jabón. Vid. Moreno (1944), p. 84. Dado que las restricciones a la competencia se esparcían por doquier, fomentando la reacción contra las mismas, el Emperador Carlos V, mediante Edicto de 4 de octubre de 1540 para Holanda, prohibió los monopolios y los acuerdos. En España, la inseguridad jurídica y la regulación ineficiente, unidas a la falta de incentivos y a la mala gestión financiera, eran unas barreras de entrada elevadas que dificultaban la expansión de la actividad económica y la mejora del bienestar de la población.

[42] El señor renunciaba a su explotación exclusiva (directa) recibiendo, con frecuencia, la correspondiente contrapartida. Las nuevas comunidades vecinales reemplazaron o complementaron las actividades señoriales monopolizadas. En todo caso, aquellos monopolios continuaron estando activos, con mayor o menor intensidad, hasta principios del siglo XIX.

[43] Sin embargo, subraya Escudero ([1985]2003), p. 608 que "Más importantes fueron los recursos obtenidos por *regalías* o derechos privativos del monarca" destacando las de moneda, salinas y minas. Estapé, por su parte, ofrece una buena descripción de los monopolios fiscales en España. Vid. Estapé, F. (1952): Monopolios fiscales, en Bleiberg, G. (Dir.), ([1952]1968), pp. 1100-1101.

[44] Concretamente, los rendimientos de la agricultura consecuencia de la proporción relativa de trabajo y superficie de la tierra cultivada. En España, la proporción entre la superficie de la tierra y el número de trabajadores era elevada, justo lo contrario de lo que sucedía en el resto de los países afectados por la ley de los rendimientos decrecientes.

nómicas. Como han estimado Álvarez-Nogal y Prados de la Escosura[45], el año 1600 supuso un cambio de tendencia. De acuerdo con sus estimaciones, el Producto Interior Bruto per cápita (PIBpc) ponderado por paridad de poder de compra en España era superior al de Gran Bretaña y, lógicamente, inferior al de Italia cuya actividad comercial era relevante. En el año 1348, el PIBpc español superaba al del Reino Unido y Holanda, pero no al italiano. En 1400 dicha variable se situaba por delante de la del Reino Unido y Holanda, pero por detrás de Francia e Italia. En el año 1500, el PIBpc ponderado era equivalente al de Francia, inferior al de Italia y superior al del resto de países mencionados a los que debe sumarse Alemania. En 1570 se repitió la situación y Suecia se sumó al elenco de países rezagados. Por fin, en el año 1600, el PIBpc español ponderado se situaba por debajo de Holanda e Italia, pero por encima de Francia, Reino Unido y Alemania. De todo ello se deduce que España no podía ser considerada como un país pobre antes de la conquista de América[46].

1.3. Restricciones a la competencia mediante colusión y barreras de entrada

1.3.1. Los gremios

Los gremios pueden ser entendidos como asociaciones de personas con intereses y objetivos comunes de diversa índole: religiosos, sociales, económicos y/o políticos. La actividad gremial cuenta con una larga historia. Sus antecedentes documentados se remontan a Grecia y Roma[47] y da cuenta de su importancia el hecho de que su presencia se extendió por toda Europa durante muchos siglos. Su actividad fue relevante en las actividades industriales y comerciales, particularmente

---

[45] Álvarez-Nogal, C. y Prados de la Escosura, L. (2013): "The rise and fall of Spain", The Economic History Review, 66, 1, pp. 1-37, p. 23.

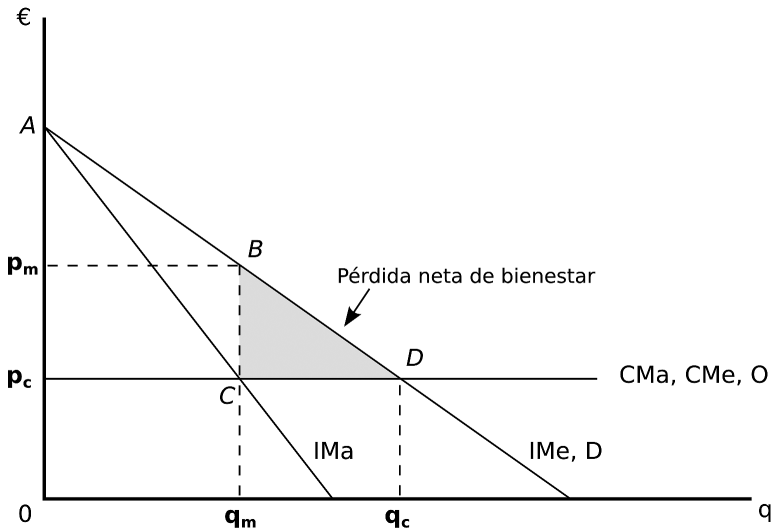
[46] Álvarez-Nogal, C. y Prados de la Escosura, L. (2007): "The Decline of Spain (1500-1850): conjetural estimates, European Review of Economic History", II, pp. 319-366, p. 321.

[47] También los hubo en el Norte de África, Oriente Próximo, América Central y del Sur, India y China. Esta introducción al análisis de los gremios debe mucho al excelente trabajo de Ogilvie, S. ([2011]2013): Institutions and European Trade. Merchand Guilds, 1000-1800, Cambridge U. P. Vid. también Gadd, J.A. y Wallis, P. (eds.) (2006): Guilds and Association in Europe, 900-1200, Centre for Metropolitan History, Institute of Historical Research, School of Advanced Study, University of London.

las relacionadas con el comercio mayorista. Pero los agricultores y los profesionales liberales también aprovecharon las ventajas de la organización gremial.

El desarrollo de las actividades productivas e industriales, junto al crecimiento de las ciudades y sus relaciones con el poder político, contribuyeron al auge y expansión de los gremios y a su relevancia en el conjunto de la sociedad. El análisis de su estructura, conducta y resultados permite concluir que tienen muchos puntos en común con los cárteles actuales[48]. Dicha relevancia y su larga presencia temporal activa no se explican por sus contribuciones a la eficiencia en los procesos de producción y distribución sino a la articulación de intereses con el poder político. El poder político protegía a los gremios y estos, en contrapartida, desplazaban al poder político parte de sus rentas de monopolio o de monopsonio obtenidas al amparo de los privilegios concedidos[49]. Entender el impacto de la actividad gremial sobre la economía remite a la figura 1.

Figura 1. Monopolio y competencia



[48] Papiros encontrados en el Egipto romano exhiben que en las ciudades egipcias los gremios imponían fuertes barreras de entrada a sus competidores: excluían a los no residentes, concedían derechos de exclusividad a sus miembros, fijaban precios mínimos y cuotas máximas. Pero, sobre todo, restringían la competencia. Vid. Ogilvie ([2011]2013), p. 21.

[49] El modelo de gremio que acogía a los comerciantes mayoristas puede interpretarse como una asociación local de comerciantes de un pueblo o ciudad, que se beneficiaban de los privilegios concedidos por el poder político local que concedía a los miembros del gremio un conjunto de derechos exclusivos para llevar a cabo determinadas actividades comerciales. Vid. Ogilvie ([2011]2013), p. 20.

La cantidad demandada de un bien o servicio refleja lo que los demandantes quieren y pueden adquirir. De forma similar, la cantidad ofrecida de un bien o servicio refleja lo que los oferentes quieren y pueden vender. La demanda y oferta del mercado son el resultado de agregar las demandas y ofertas individuales. Un mercado está en equilibrio cuando, dado un precio, las cantidades ofrecidas y demandadas coinciden.

Bajo determinadas condiciones técnicas, la función de demanda es decreciente, reflejando el hecho de que la cantidad que los demandantes están dispuestos a pagar por cada unidad adicional de un bien o servicio (su valoración marginal) es menor cuantas más unidades posean de dicho bien o servicio. De hecho, refleja el valor que tiene para el consumidor una unidad adicional del bien o servicio. Lógicamente, la demanda aumenta cuando el precio se reduce y disminuye cuando el precio aumenta. La curva de demanda (D) puede interpretarse como una relación entre cantidades (q) y precios (p)[50] correspondientes a cada nivel de consumo.

La curva de oferta (O) refleja un conjunto de relaciones entre precios y cantidades de un bien o servicio correspondientes a cada proceso productivo o de comercialización con sus respectivos costes. En este caso, bajo determinadas condiciones técnicas, la función de oferta es creciente[51] traduciendo el hecho de que, ante la posibilidad de aumentar sus beneficios, dado un precio, los oferentes aumentarán la cantidad ofrecida. Y viceversa.

Consideremos, ahora, las funciones de los gremios. Con el fin de simplificar el análisis, supóngase dos casos extremos: un mercado competitivo y, alternativamente, otro mercado en el que hay una sola empresa (una Compañía privilegiada, por ejemplo) o un conjunto de empresas que se han puesto de acuerdo, como sucedía en el caso de los gremios. Supóngase, también, que los costes medios (CMe), en ambos casos, son constantes y, en consecuencia, iguales a los costes marginales (CMa). La demanda del mercado se representa por la línea AE, que equivale al ingreso medio (IMe). De acuerdo con el análisis económico, cuando las empresas compiten, el precio de los bienes y servicios se iguala al CMa. En

---

[50] En los mercados perfectamente competitivos, los precios incluyen los beneficios normales.

[51] Reflejando que la curva de costes que tiene forma de U, aunque, para simplificar el análisis, solo se considera el tramo horizontal de la curva de costes o, lo que es lo mismo, de la curva de oferta.

este caso, los precios y las cantidades se reflejan en p_c y q_c, respectivamente. En el supuesto de un gremio (o cártel)[52], sus beneficios se maximizan fijando la cantidad en el punto C donde el CMa se iguala con el ingreso marginal (IMa). Esto supone que, si la cantidad ofrecida se fija en q_m, el precio correspondiente será p_m[53]. En este punto el CMa es inferior al precio y el CMe es inferior al ingreso medio (IMe). En consecuencia, los precios y las cantidades correspondientes al gremio son p_m y q_m, respectivamente.

Como puede verse fácilmente, la ausencia de competencia, en principio, supone mayores precios ($P_m > p_c$) y cantidades producidas y ofrecidas menores ($q_m < q_c$) y, en definitiva, una transferencia directa de recursos de los consumidores hacia el monopolista y una pérdida neta de bienestar[54] para el conjunto de la sociedad.

Desde esta perspectiva, los gremios tuvieron un impacto negativo sobre la equidad y sobre la eficiencia. Sobre la equidad, dado el desplazamiento de renta desde los consumidores hacia las empresas que formaban parte de los gremios y de estos al poder político. Pero, además, el control de las innovaciones por parte de los gremios y las limitaciones a la competencia, frenaron el desarrollo de las fuerzas productivas con el correspondiente impacto sobre la eficiencia. En estas condiciones, con el objetivo de defender sus beneficios extraordinarios derivados de la falta de competencia, la vida de los gremios no siempre fue pacífica: en defensa de sus intereses y de las rentas correspondientes, combatieron entre ellos pero, sobre todo, se enfrentaron a sus competidores potenciales internos[55], o externos, procedentes de lugares lejanos.

El objetivo económico de los artesanos y comerciantes era maximizar sus beneficios[56]. Sabían que, dado el funcionamiento de los mercados competitivos, si un artesano o un comerciante reducía su oferta los precios aumentaban. Este hecho podía beneficiar al artesano o comerciante que reducía su oferta, pero también beneficiaba a sus competidores. Dado que los mercados libres se carac-

---

[52] Caso de los gremios o de las compañías privilegiadas.
[53] En este caso, el precio incluye beneficios extraordinarios, por encima de los beneficios normales percibidos por los empresarios en los mercados competitivos.
[54] Reflejada por el triángulo BCD sombreado.
[55] Artesanos y comerciantes que operaban informalmente al margen de los gremios.
[56] Este análisis es válido para el caso de las compañías privilegiadas.

terizan por un movimiento continuo de acciones y reacciones, las estrategias de unos podían ser contrarrestadas por las reacciones de los rivales. En consecuencia, los agentes económicos pronto aprendieron la lección. Si las decisiones se tomaban conjuntamente podían aumentar los beneficios de todos y cada uno de los agremiados. Pero para que la unión de artesanos y comerciantes en un gremio asegurara el objetivo perseguido era necesario un conjunto de actuaciones complementarias cuyas referencias han sido analizadas en los estudios de Organización industrial[57].

Entre estas características pueden mencionarse, particularmente: en primer lugar, el control de los precios[58] para evitar la competencia entre los miembros del gremio y, sobre todo, asegurar los beneficios extraordinarios; en segundo lugar, la captura del poder político; en tercer lugar, la disciplina interna con los correspondientes castigos en caso de incumplimiento[59]; en cuarto lugar, la erección de barreras de entrada para controlar el número de miembros del gremio y aumentar los costes de sus rivales; y, en quinto lugar, pero no definitivamente, el control y el intercambio de información[60]. Lógicamente, un sistema tan cerrado conllevaba la necesidad de articular los intereses de los gremios con los del poder político lo que daba lugar a grandes dosis de corrupción. El sistema no se sostenía sobre la base de la eficiencia de los procesos de producción y comercialización sino merced al favor político. Fue, precisamente, la pérdida de la protección de los políticos, a la que se añadió el propio desarrollo de las fuerzas productivas y las necesidades de un sistema capitalista moderno, el hecho que dio al traste con la organización gremial tradicional[61].

En España, las actividades artesanales y comerciales fueron objeto de una regulación estricta durante la época musulmana. Los principios religiosos que fomentaban el trabajo bien hecho y a buen precio eran sus referencias fundamen-

---

[57] Vid., p.e., Scherer, F.M. y Ross, D. (1990): Industrial Market Structure and Economic Performance, Houghton, Mifflin Co.; Carlton, D.W. y Perloff, J.M. (2005): Modern Industrial Organization. Pearson, cuarta edición.

[58] Dicho control se traducía en la pérdida de información que suministra el sistema de precios.

[59] En los conflictos complejos era necesaria la intervención de los Tribunales.

[60] Las ciudades, las ferias y el comercio lejano fueron fuentes de información relevantes. Con la invención de la imprenta los costes de la información se redujeron significativamente.

[61] Lo mismo puede decirse de las compañías privilegiadas.

tales[62]. Posteriormente, los gremios o las comunidades de oficio se encargaban de dicha misión y las ventas y el trabajo estaban sometidos a un control férreo. La intervención sobre los precios se justificaba por la necesidad de garantizar el acceso de la población a los productos básicos. De hecho, los obstáculos al acaparamiento, incluida su prohibición, deben interpretarse como un control de los precios y, en consecuencia, como una limitación a la competencia.

Los gremios[63], resultado del crecimiento industrial y mercantil, eran asociaciones de artes y oficios, beneficiarias de privilegios[64] que respondían a la voluntad de los artesanos de asociarse en defensa de sus intereses y de una mayor proyección política[65]. Las restricciones a la competencia impuestas por las organizaciones gremiales y sus efectos negativos fomentaron la lucha contra las mismas[66].

La decadencia de la aristocracia feudal en Cataluña a lo largo del siglo XV modificó el panorama de la economía peninsular y configuró un nuevo orden en la división del trabajo con una mayor regulación y barreras de entrada, particularmente elevadas para alcanzar el grado de maestro[67]. Su poder y riqueza le aupaban a la cúspide social. El combate no se llevaba a cabo con el principio de

---

[62] Vid Jaldún, I. ([1377]2008): Introducción a la historia universal (al-Muqaddima), Biblioteca de Literatura Universal, p. 715. García Sanjuan se pronuncia de forma contundente: "En las ciudades islámicas medievales la actividad comercial estaba minuciosamente regulada y reglamentada". Vid. García Sanjuán, A. (2000): "El control de los precios en la jurisprudencia islámica andalusí", Philologia Hispalensis 14, fasc. 2, pp. 217-231, p. 217.

[63] En la península empezaron a organizarse a principios del siglo XIII y su raíz se encuentra en las cofradías gremiales.

[64] Vid. Font, J.M. ([1952]1968): "Gremios", Bleiberg, G. (Dir.) ([1952]1968), pp. 248-251.

[65] Dados los distintos niveles de desarrollo de la actividad mercantil e industrial, la aparición de los gremios en Cataluña y Castilla no fue simultánea. En el siglo XIV, en Cataluña, y, en el siglo XV, en Castilla, se fueron forjando los gremios que, abandonando su naturaleza eminentemente religiosa o asistencial, daban más valor a los aspectos económicos y profesionales.

[66] Vid. Font ([1952]1968), p. 249.

[67] En particular, en los casos de los joyeros y los farmacéuticos. El maestro era el dueño del establecimiento, el titular de la marca (hereditaria) que contribuía a garantizar la calidad de los bienes producidos y tenía una autoridad total sobre el aprendiz quien era, a la vez, *famulus et discipulus.* Entre las barreras cabe citar, el examen, el pago de una tasa y la obligación de disponer de un establecimiento abierto. La prohibición del trabajo a domicilio obligaba a los oficiales que abandonaban el aprendizaje a buscar trabajo fuera de las ciudades, pues el mercado estaba controlado por los maestros, o a trabajar exclusiva u ocasionalmente para estos.

"igualdad de armas"[68]. Con el objetivo de maximizar sus beneficios los maestros limitaban la competencia e imponían fuertes condiciones a sus trabajadores hasta el punto de dificultarles el ascenso en la escala social[69]. Tales barreras expulsaban del mercado a quienes no eran aceptados por el gremio o no tenían recursos suficientes. La lucha entre los partidarios de la libertad y los defensores de los privilegios, en ocasiones se decantó del lado de los primeros[70].

1.3.2. El comercio con las Indias y las Compañías de Comercio

Las limitaciones a la competencia no se circunscribieron a los gremios ni al mercado interior[71]. También el comercio exterior fue objeto de regulación, de captura del regulador y de rentas de monopolio. En el presente apartado se aborda el análisis de dos tipos de privilegios monopolísticos: uno, orientado al exterior; el otro, orientado al mercado interior, distinto de los gremios.

Los estorbos a la libre importación de mercaderías, de acuerdo con el análisis económico, tenían efectos sobre los productores y los compradores de los bienes producidos fuera: en ausencia de libertad de comercio, los compradores resultan perjudicados y los productores salen beneficiados. Y viceversa: con libertad de comercio, ganan los compradores y pierden los productores del bien. Cabe suponer que, con libertad, las ganancias de quienes resultaban beneficiados por la libertad de comercio excedían a las pérdidas de quienes resultaban perjudicados. De esta forma, con libertad, surgía la posibilidad de

---

[68] El gremio controlaba ingresos y ascensos, con los correspondientes impedimentos y tratos de favor.

[69] Vid. Monsalvo, J.M. (1996): "Solidaridades de oficio y estructuras de poder en las ciudades castellanas de la Meseta durante los siglos XIII al XV (aproximación al estudio del papel político del corporativismo artesanal)", en: Blanchard, F.; Monsalvo, J.M.; Romano, R.; Aracil, R. y otros (1996): El trabajo en la Historia, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 43. Vid., también, Feliu de la Penya, N. ([1683]1983): Fénix de Cataluña, Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya.

[70] Vid., p.e., el Libro VIII, Título XXIV, Ley IX, de la Novísima Recopilación. Dada en Aranjuez por resol. á Cons. de 10 de mayo, y céd. de la Junta de Comercio en 22 de junio de 1787. Novísima Recopilación (1850), Los Códigos Españoles. Concordados y anotados. Tomo noveno. Novísima Recopilación de las Leyes de España. Tomo III que contiene los libros Octavo, Noveno, Décimo y Undécimo. Los Códigos Españoles Concordados y anotados. Tomo Noveno. Imprenta de la Publicidad, a cargo de D.M. Rivadeneyra.

[71] Moncada, S. de ([1619]1974): Restauración política de España, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda. Vid., también, Feliu de la Penya ([1683]1983), p. 78.

mejorar el nivel de bienestar de quienes participaban en las actividades comerciales, de incentivar la mejora y competitividad de las actividades productivas, de diversificar la producción y de adaptar la oferta a las condiciones de la demanda. Esta cuestión no fue entendida por los proteccionistas españoles.

El descubrimiento y la administración de la América Hispana y de las Islas Filipinas se tradujeron en una intensificación del comercio exterior acompañada de fraudes, corrupción y restricciones a la competencia. La regulación, en una primera etapa, benefició a los comerciantes sevillanos y a ciertos comerciantes extranjeros, cuyos intereses eran ajenos a los intereses hispanos, en detrimento de otros competidores potenciales[72]. El instrumento utilizado para controlar el comercio con la América Hispana fue la Casa de Contratación de Sevilla[73] y, posteriormente, de Cádiz. Pese a que el objetivo inicial fue el fomento de la libertad de comercio, el resultado alcanzado resultó nefasto desde el punto de vista económico. El comercio con las Indias fue monopolizado por la Corona y estuvo prohibido para los particulares desde sus inicios, liberalizándose parcialmente entre 1510 y 1573, año en que se recuperó el monopolio. La organización del monopolio se alejó del sentido común económico. La Casa de Contratación era una suerte de administración única encargada de todo aquello que tuviera relación con el comercio con la Indias españolas[74]. Su objetivo nominal era el control fiscal[75], pero el objetivo real era la obtención de rentas para la Corona[76] sobre la base de privilegios monopolísticos. La falta de competencia se explica por la pronta captura del regulador, pero los hechos relevantes fueron el impacto negativo de las barreras de entrada[77] y la incapacidad para utilizar el excedente procedente de la actividad comercial

---

[72] Principalmente, catalanes y vascos.

[73] Creada en 1503, once años después del descubrimiento de América.

[74] Desde cuestiones comerciales, científicas y de almacenamiento, hasta la administración de justicia, incluidos tribunal y cárcel propios. Además, en la Casa de Contratación se almacenaban todas las mercancías exportadas e importadas de las Indias hispanas.

[75] Derechos de almojarifazgo, impuesto similar a los actuales impuestos de aduanas.

[76] Desde el año 1524, la Casa de Contratación pasó a depender del Real y Supremo Consejo de Indias que fue el organismo más importante en la administración de los asuntos indianos. Vid. Haring, C. (1939): Comercio y navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgos, FCE, pp. 27 y ss.

[77] La Casa de Contratación estableció una elevada barrera de entrada en forma de dimensión mínima del negocio para poder operar que limitaba el número de operadores, facilitaba la colusión y la obtención de elevados beneficios.

para impulsar el crecimiento económico de la región. A todo ello se sumó la limitación del número de puertos autorizados y la correspondiente limitación del tráfico marítimo[78].

El auge de la actividad comercial y el espíritu proteccionista dominante hicieron posible que los holandeses fueran pioneros en la creación de compañías beneficiadas por el privilegio monopolista del comercio con tierras lejanas. En España, los arbitristas, creyeron, erróneamente, que este tipo de compañías eran una solución para contribuir a resolver los problemas económicos de la monarquía[79].

De acuerdo con Vicens Vives[80], una de las dificultades de la Monarquía fue su incapacidad para articular un mercado[81]. Para remediar esta situación[82], los puertos secos (aduanas) entre Castilla y la Corona de Aragón fueron suprimidos[83] y se eliminaron las aduanas de Cataluña. Adicionalmente, el 31 de agosto y el 21 de diciembre de 1717, se declaró la supresión de todas las aduanas interiores y de los puertos secos y su traslado a las fronteras o a los puertos de mar y a las fronteras terrestres de Francia y Portugal[84]. Sin embargo, pronto triunfaron las demandas de privilegios y se restablecieron algunas aduanas in-

---

[78] Vid. Tamames, R. ([1961]1970): La lucha contra los monopolios, Ed. Tecnos, p. 215.

[79] De hecho, el reinado de Felipe V fue propicio desde la perspectiva de la fundación de Compañías privilegiadas aunque el fracaso fue la tónica dominante dada su escasa experiencia perdiéndose la posibilidad de mejorar el conocimiento y el fomento de la eficiencia mediante el ejercicio de la competencia. Vid. Domínguez Ortiz, A.; Hernández Sánchez-Barba, M. y Mercader, J. (1972): Historia social y económica de España y América (Vicens Vives, J., Dir.), Vol. IV, Los Borbones. El siglo XVIII en España y América, Ed. Vicens Vives, p. 171.

[80] Vicens Vives (Op. cit.), p. 503.

[81] Los habitantes de la Corona de Aragón quedaron excluidos de los privilegios en relación con el comercio americano.

[82] Denegados los fueros de Aragón y Valencia, y conquistada Cataluña.

[83] Por Real Decreto de 19 de noviembre de 1714. Vid. Anes, G. (1997): "La idea de España en el siglo de las Luces", en AA.VV. (1997): España: reflexiones sobre el ser de España, Real Academia de la Historia, pp. 223-242, p. 234.

[84] Vid. Pérez Sarrión, G. (2012): La península comercial. Mercado, redes sociales y Estado en España en el siglo XVIII, Marcial Pons. Tales disposiciones suponían la libertad aduanera interna pero no la libertad de comercio pues muchos productos necesitaban la correspondiente guía para circular. Este hecho benefició a Cataluña cuyos productos penetraron en los mercados castellanos compitiendo con los procedentes de otros territorios.

teriores para proteger determinados productos[85]. Esta apertura al comercio interior y la emigración de artesanos, arrieros e industriales catalanes sentó las bases de la modernización de la economía española pero también fomentó reacciones en contra.

Hasta la tercera década del siglo XVIII en España no se crearon auténticas compañías comerciales privilegiadas[86]. Su éxito comercial y la limitación del contrabando impulsaron la creación de otras compañías con fines similares, muchas de las cuales no consiguieron cristalizar[87]. Los incumbentes se resistieron a la entrada de nuevos competidores, pero el incremento de la oferta fomentó la reducción de precios.

La idea cundió. La Real Compañía de Comercio de la Habana monopolizó el comercio con Cuba durante un cuarto de siglo (1740-1765) y la Real Compañía de Barcelona (1755) obtuvo grandes beneficios durante veinte años[88]. Con la llegada de las políticas liberalizadoras durante el reinado de Carlos III, muchas compañías, acostumbradas a no competir, no supieron hacer frente a sus rivales sobre la base de la eficiencia y las mejores prácticas.

Los privilegios no se circunscribieron al comercio internacional, pues en el siglo XVIII se crearon Compañías de Comercio con fines específicos, protegidas por relevantes privilegios monopolísticos en el mercado interior[89]. Las Compañías de comercio acabaron con el monopolio de Sevilla, pero el resultado fue la sustitución de un monopolio único por un conjunto de monopolios. Los efectos sobre el comercio ultramarino fueron positivos, pero

---

[85] Vid., p.e., Larruga, E. ([1794]1987): Memorias políticas y económicas sobre los frutos, comercio, fábricas y minas de España, con inclusión de los Reales Decretos, Órdenes, Cédulas, Aranceles y Ordenanzas expedidas para su gobierno y fomento. Manufacturas de la provincia de Palencia, Antonio Espinosa, ed.

[86] Real Compañía Guipuzcoana de Caracas (1728). Vid. Vicens Vives ([1959]1972), pp. 520 y ss.

[87] Compañía de Filipinas (1733) y la Compañía de Galicia (1734).

[88] De hasta el 30% anual sobre el capital invertido como consecuencia del monopolio que ostentó en relación con el comercio con Santo Domingo, Puerto Rico y Margarita.

[89] Algunas de estas compañías fracasaron, pero otras, como la Compañía General de Comercio (1763), creada por los Cinco Gremios Mayores de Madrid con la ayuda financiera de la Corona, consiguieron monopolizar el comercio interior de la ciudad y, posteriormente, intentaron controlar el mercado español. Sobre las Compañías privilegiadas, Vid. Hierro, S. (1998): El origen de la sociedad anónima en España, Ed. Tecnos, pp. 195 y ss.

inferiores a los que se hubieran obtenido si se hubiera eliminado el régimen monopolístico.

Competir en España era difícil pues los incumbentes disfrutaban de privilegios y estaban protegidos por barreras de entrada de diverso tipo[90]. En el siglo XVII la vocación monopolista continuó. Incluso se extendió. Se crearon multitud de monopolios fiscales, en general con poca importancia recaudatoria[91]. Mayor importancia tuvo el monopolio de tabacos[92]. El papel sellado[93] fue otra exacción fiscal establecida por la Corona en tiempos de Felipe IV con fines recaudatorios.

En el siglo XVIII, las críticas a las limitaciones de la actividad económica y a los beneficios monopolísticos estaban presentes en la literatura económica[94]. La retórica en favor de la competencia renacía con nuevos argumentos apoyados en la mejora del análisis de la economía. Casi un siglo después, Canga Argüelles[95],

---

[90] Vid. Anes, G. ([1966] 1972): Coyuntura económica e "Ilustración" en la España del siglo XVIII: Las Sociedades de Amigos del País. Ed. Ariel, pp. 11-41. Vid. el Real Decreto de S.M. de 18 de Junio de 1756. Declarando las Clases de Fábricas, y Géneros, que deben gozar Franquicias.

[91] Pólvora, plomo, azufre, almagre, bermellón, naipes y lacre. Tan insignificante era su poder recaudador que se conocían como las *Siete Rentillas*. Su fabricación y venta se asignó a la Hacienda Pública. Su vida terminó en el siglo XIX como consecuencia de la hegemonía de las ideas antimonopolistas.

[92] Su historia arranca de lejos pues se estancó, en el año 1636, en Castilla y León y, en el año 1707, en el resto de España. Desde el año 1730 la Hacienda Pública era la encargada de la producción y venta de tabaco hasta el fin del monopolio en el año 1998. Su vida, 362 años, ha transcurrido entre la liberalización, la implantación del estanco, la imposición de fuertes aranceles e impuestos y el arrendamiento. Y, por supuesto, el contrabando, que llegó a estar castigado con la pena de muerte hasta que, en el año 1830, se modificó la legislación y la pena de muerte fue sustituida por prisión y multa.

[93] La justificación del monopolio era contribuir a evitar fraudes y falsificaciones para lo cual se estableció la venta exclusiva por la Hacienda Pública y el uso obligatorio por los ciudadanos del papel utilizado para extender escrituras públicas, títulos, despachos reales, contratos y decisiones judiciales. Más reciente ha sido el monopolio de las cerillas y fósforos, creado en el año 1892 y duopolizado posteriormente, tras una época en que el mercado estuvo liberalizado. El monopolio se extinguió en el año 1956.

[94] Tamames cita a Ustáriz quien se refirió a las virtudes del comercio. Vid. Tamames ([1961]1970), p. 217; Ustariz, J. de (1742): Teoría y Práctica de Comercio y de Marina, p. 91.

[95] Canga Argüelles, J. (1834): "Compañías de Comercio", artículo en su Diccionario de Hacienda Pública, Vol. I, pp. 242-243, citado por Tamames ([1961]1970), p. 218.

tras admitir que las Compañías de Comercio pudieron haber sido temporalmente eficaces, se refirió al daño causado por las exclusivas al comercio.

Con la libertad de comercio este se incrementó y con él la actividad económica y la riqueza. En el año 1754 se modificó la regulación y se abrió el océano Pacífico a los buques españoles. En el contexto del proceso liberalizador, el *Real Decreto de dos de febrero de 1778*[96] abrió las puertas al comercio libre de España con las Indias hispánicas[97] y, poco después, el Rey Carlos III promulgó el *Reglamento y Aranceles reales para el Comercio Libre de España a Indias, de 12 de octubre de 1778,* que amplió la libertad de comercio, habilitando 13 puertos españoles y 24 americanos, excluyéndose Venezuela y México. Dicha disposición fue continuada por Carlos IV mediante Decreto de 1797 por el que se abrió el comercio americano a otros países europeos.

2. LA RUPTURA DE LOS GREMIOS

2.1. El debate en Europa

En el siglo XV los acuerdos restrictivos de la competencia ya fueron analizados por los tribunales[98]. A las restricciones de guildas y gremios deben sumarse aquellas que tenían su origen en las "concesiones de patentes" y en las "cartas de protección" otorgadas por la Corona[99]. Su impacto sobre los procesos productivos fue positiva pero la voracidad fiscal las convirtió en instrumentos de recaudación más opacos que los impuestos. La oposición a dichos privilegios y abusos[100] forzó al Parlamen-

---

[96] En que S.M. amplia la concesión del comercio libre contenida en Decreto de 16 de octubre de 1765: Instrucción y Resoluciones posteriores. Vid., asimismo, Real Cédula de dieciséis del citado mes de febrero y año de 1778.

[97] Pero se trataba de una liberalización parcial, abierta a los comerciantes españoles, pero no a los extranjeros.

[98] El caso "Candlemakers of Norwich" (1414) abrió la discusión. Vid. Gellhorn, E. y Kovacic, W.E. ([1976]1994): Antitrust Law and Economics, St. Paul Minn. West Publishing, pp. 3-5.

[99] En particular, en relación con los negocios vinculados al comercio exterior. La Corona también concedía patentes entendidas como "cartas de protección" con el fin de atraer talento y proteger de los gremios a sus titulares. Su objetivo era el fomento del conocimiento por parte de los aprendices.

[100] E. Coke redactó la Declaración de Derechos de 1628 en la que, tras un análisis de los abusos, se exigía la aprobación del Parlamento para convalidar determinadas decisiones de la Corona.

to a intervenir frente a la reina Isabel I que se vio obligada a declarar que las patentes concedidas por la Corona debían someterse a la Common Law.

Con el fin de reducir los poderes del monarca, bajo el reinado de Jacobo I se elaboró el *Statute of Monopolies* de 1623[101] que obtuvo el asentimiento real el día 25 de mayo de 1624. Violado en algunas ocasiones, tras la Declaración de derechos[102], la Corona renunció al privilegio de conceder derechos monopolísticos[103].

En Francia también se libró una dura batalla contra los privilegios gremiales. Durante el último cuarto del siglo XVIII Francia fue testigo de un movimiento favorable a la libertad de empresa entre cuyos defensores debe mencionarse a Turgot[104]. La Ley Le Chapelier[105] acabó con el feudalismo, instauró la libertad de empresa y prohibió las asociaciones y corporaciones gremiales[106].

El ataque a las corporaciones gremiales se justificaba porque se habían convertido en elementos conservadores, reacios al progreso tecnológico y creadores de fuertes barreras de entrada. Su estrategia limitaba la oferta, no mejoraba la calidad de los productos y se traducía en aumentos de los precios. Su supre-

---

[101] Statute of Monopolies 1623. 1623 Chapter 3 21 Ja 1. The King's Declaration against Monopolies and Grants of Penalties and Dispensations. El Estatuto prohibía a los soberanos ingleses la concesión de nuevos privilegios monopolistas con el debido respeto a los derechos adquiridos y sentó las bases de la moderna regulación de las patentes.

[102] *Bill of Rights*, 13 de febrero de 1689. http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/gb4,htm.

[103] De hecho, la Declaración pretendía restablecer las libertades perdidas y sentar las bases de una Monarquía parlamentaria. Para ello, consagraba los dos principios básicos de la política inglesa: el Estado de Derecho (Bill of Rights) y la soberanía del Parlamento (Rule of Law).

[104] Turgot, en el año 1776, dictó un edicto, que fue rechazado, eliminando las corporaciones gremiales. Turgot, A.R.J. ([1757]2009): "Elogio de Gournay", en Reflexiones sobre la formación y distribución de las riquezas, Unión Editorial, pp. 116-117.

[105] 14 de junio de 1791. La ley remite al Decreto de Allarde (Barón Pierre d'Allarde) y debe su nombre al abogado Isaac le Chapelier quien presidió la sesión de la Asamblea Nacional francesa del día 4 de agosto de 1789. El Decreto, sancionado el día 17 de marzo de 1789, abría las puertas a la libertad de emprender, previa autorización, pago de derechos y obligación de cumplir los reglamentos de policía.

[106] La abolición del derecho de asociación empresarial suponía la eliminación de una libertad fundamental. La ley fue derogada el día 25 de mayo de 1864 por la Ley Ollivier que abolió el delito de asociación.

sión –o, en su caso, transformación– benefició a los operadores económicos más eficientes y a los consumidores.

Los economistas clásicos fueron testigos del desarrollo de la producción industrial y la mejora cualitativa y cuantitativa de los bienes, como consecuencia de la expansión de las actividades comerciales y de los mercados, que fomentaba la sustitución de los pequeños talleres por la manufactura y creaba las condiciones para el desarrollo del capitalismo industrial. El continuo progreso de la ciencia, su aplicación a la actividad industrial y el correspondiente aumento del número de trabajadores asalariados –junto a fenómenos como la declaración de independencia de Estados Unidos de América, la Revolución Francesa y el triunfo de una nueva concepción de la sociedad– fueron los hechos más relevantes que enmarcaron la situación europea a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Ante tales cambios, las interpretaciones de los economistas mercantilistas o fisiócratas resultaban insuficientes. Era necesaria una nueva interpretación del proceso de crecimiento de la economía que incluyera los ingredientes fundamentales que movían el desarrollo de las sociedades capitalistas. Desde distintas perspectivas, Steuart, Smith, Ricardo, Engels, Marx y Stuart Mill, entre otros, se ocuparon de este quehacer. Dichos autores estudiaron los obstáculos que frenaban el desarrollo de las fuerzas productivas –incluidos los monopolios de la época– y reconocieron que dicho desarrollo resultaba inequívocamente impulsado por la libre iniciativa individual que, de esta forma, se convertía en el principal motor del crecimiento y modernización de la sociedad.

2.2. Proteccionismo, arbitristas y el debate sobre los gremios en España

El crecimiento económico exigía el desarrollo del mercado y este, a su vez, necesitaba un entorno pacífico y grandes dosis de seguridad jurídica; en particular, el cumplimiento de los contratos. Inicialmente, quien aseguraba la paz y el orden –sobre todo, en las vías de comunicación– era el soberano y los mercados funcionaban a imagen y semejanza de los zocos árabes[107]. El mer-

[107] Incluso, contaban con la figura de un funcionario (zabacoque), responsable de vigilar los precios y las medidas. Vid. García De Valdeavellano, L. (1931): "El mercado: apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media, Anuario de Historia del Derecho español", pp. 201-405.

cado conectaba compradores y vendedores, personas de lugares y religiones distintos y servía para difundir ideas y conocimientos[108] y, a partir del siglo XI, la regularidad de la celebración de los mercados impulsó una actividad económica estable alrededor de los mismos.

El desarrollo de las actividades comerciales de los países mediterráneos permite hablar de Revolución comercial así como del desarrollo de las ciudades y de la economía urbana[109]. Pero los mercados no eran libres. Los principios de la competencia eran obstaculizados por no pocos privilegios y regulaciones favorables a quienes ostentaban el poder económico. En cualquier caso, el comercio permitió ofrecer nuevos bienes –creando la correspondiente demanda– responder a las necesidades de los demandantes y fomentar las actividades industriales. Con el paso del tiempo, la nueva burguesía supo organizarse en defensa de sus intereses, convirtiéndose en un grupo hegemónico por encima de comerciantes y artesanos[110].

A partir del siglo XIV, el desarrollo de las ciudades y de los mercados exigió el reforzamiento de su organización y esta requería una burocracia especializada y recursos económicos. Con la burocracia llegó la intervención en la economía, la captura del regulador, el aumento de la presión fiscal y la corrupción. Como sucede casi siempre, los tributos fueron insuficientes e impulsaron el recurso al endeudamiento, preludio de la ruina económica de la Corona.

La competencia no fue la guía que orientaba el quehacer de los mercados. En el año 1491 se protegió la industria textil catalana y la Mesta fue el ejemplo más acusado de intervencionismo. La burguesía castellana se benefició del comercio con las Indias, absolutamente protegido y monopolizado[111]. Adicio-

---

[108] Vid. Fernández-Armesto (2006): Pathfinders. A Global History of Exploration, Oxford U.P.
[109] Vid. Pirenne ([1972]2015).
[110] Como subrayó Vicens Vives la burguesía comercial supo hacer de las transacciones comerciales "una manera de vivir" de forma que, junto a la búsqueda del lucro, miraban al futuro con la innovación, la tolerancia y el respeto a la palabra dada como referencias. Es decir, libertad, progreso y seguridad jurídica fueron la plataforma sobre la que se sustentaba la actividad comercial. Vicens Vives ([1959]1972), p. 157.
[111] Dicha prohibición fomentó el contrabando. Pero, a pesar de sus privilegios, dicha burguesía no fue competitiva. El intervencionismo de los Reyes de Castilla se extendió al monopolio del oro y la plata –incluido el procedente de América– y a la prohibición de su exportación, estableciendo condena de pena de muerte a quienes sacaran dichos metales del Reino.

nalmente, se prohibió la utilización de buques extranjeros cuando hubiera buques españoles atracados en los puertos[112]. En definitiva, el intervencionismo primó sobre la libertad individual en la organización de la actividad económica.

La regulación y el control de la economía también estuvieron presentes en las estructuras gremiales. Durante los siglos XVI y XVII los gremios se reforzaron, se extendieron geográficamente e intensificaron su vocación proteccionista alejándose de la innovación y la mejora de la competitividad[113]. Dado su poder y las subidas de precios hubo protestas contra los gremios[114], pero la Corona los mantuvo, sobre todo, por motivos fiscales. El espíritu conservador de los gremios explica por qué en el siglo XVIII se convirtieron en un lastre para el progreso y el crecimiento económico, especialmente en relación con el sector industrial. La falta de capitales, la escasa visión de futuro de los gremios y la entrada en el mercado de las fábricas modernas, sobre todo en Barcelona, atrajeron a los trabajadores de los gremios que deseaban llevar a cabo su labor con mayores grados de libertad, fuera del control de los maestros[115]. La sentencia de muerte contra los gremios estaba dictada.

Los arbitristas españoles elaboraron una teoría proteccionista radical, inequívocamente dañina. La mejor expresión de dicho radicalismo se encuentra en Sancho de Moncada[116], pese a su defensa de la producción interior. Ciertamente, frente a los autores radicales, otros defendieron la libertad de comercio, la competencia o eran partidarios de la defensa del trabajo productivo como fuente de acumulación de riqueza[117]. Pero no todo fueron restricciones.

---

[112] El proteccionismo era la referencia pues, sobre la base de un análisis equivocado, se creía que aportaba beneficios cuando, en realidad, sucedía justamente lo contrario.
[113] También sufrieron las consecuencias económicas de la decadencia del comercio con América.
[114] En 1678, en las Cortes de Calatayud, se solicitó su supresión. En 1679, con la excepción de los gremios catalanes y valencianos, el resto se incorporó a la Junta de Comercio y Moneda.
[115] Los artesanos, ante un futuro incierto frente a los nuevos procesos productivos, subordinaron su futuro a la actividad de los comerciantes y de los nuevos fabricantes industriales.
[116] Moncada, S. de ([1619]1974), pp. 121 y ss.
[117] Tomás de Mercado, por ejemplo, siguió la línea marcada por Aristóteles y criticó los daños causados por la colusión y los monopolios. Mercado, T. de ([1569..., 1571]1975): Suma de Tratos y Contratos, Editora Nacional.

En ocasiones, la libertad fue la referencia[118]. Pero la propia libertad fomentó la oposición a la misma: resultaba rentable capturar a la autoridad[119] con el fin de obtener beneficios superiores a los correspondientes a mercados competitivos.

De acuerdo con Vicens Vives[120], las actitudes de los economistas ante el papel de los gremios en el campo económico fueron distintas. A su juicio, las ideas relevantes pueden agruparse en tres grandes corrientes: reformistas, innovadores y revolucionarios. Entre los reformistas incluía a Antonio de Capmany[121] quien reconoció los abusos de los gremios pero creía que su reforma contribuiría a resolver los problemas pues fomentaban el amor al trabajo bien hecho. En el grupo de los innovadores destacó Campomanes[122], partidario de la liberalización interior y la protección exterior. Campomanes defendió los grandes gremios artesanales, aunque se oponía a los monopolios, estancos y obstáculos técnicos[123] y, ante las barreras al establecimiento de nuevos operadores, reiteró la necesidad de remover los estorbos que se oponían a las nuevas inversiones[124]. Jovellanos puede incluirse en el tercer grupo[125] pues

---

[118] La Real Pragmática de Carlos III, de 11 de julio de 1765, por la cual Su Majestad mandaba que se aboliera la tasa de granos, y permitir el libre comercio de ellos en estos Reynos. El texto es contundente: "II. Quiero que sea libre su venta, y compra, para que así en los años estériles, como en los abundantes, sea igual, y recíproca la condición de los vendedores, y compradores...".

[119] Vid. la Real Provisión de los Señores del Consejo, de 11 de mayo de 1772, por la cual se manda sujetar a Postura todos los géneros que lo estaban antes de la Real Cédula de 16 de Junio de 1767, bajo las reglas que se previeron.

[120] Vicens Vives ([1959]1972), pp. 455-456.

[121] Capmany, A. de ([1778]1986): Discurso económico político en defensa del trabajo mecánico de los menestrales, y de la influencia de sus gremios en las costumbres populares, conservación de las artes, y honor de los artesanos, Almarabu. Dicha obra fue escrita bajo el pseudónimo de Ramón Miguel Palacio. Diez años más tarde se publicó anónimamente con el título Discurso político-económico sobre la influencia de los gremios en el Estado, en las costumbres populares, en las artes y en los mismos artesanos. Vid. Perdices, L. y Reeder, J. (2000): Diccionario de Pensamiento Económico en España (1500-1812), Fundación ICO, Ed. Síntesis, pp. 68 y ss.

[122] Campomanes, P.R. ([1775] 1991): Discurso sobre la Educación Popular de los Artesanos y su Fomento, Grupo Editorial Asturiano, pp. 103-342.

[123] Vid. Campomanes, ([1775]1991), pp. 230-231.

[124] Ibídem, p. 251.

[125] Jovellanos, M. G. de ([1785] 1845): Informe Dado por el autor a la Junta general de Comercio y Moneda, sobre el libre ejercicio de las artes, en Jovellanos, M.G. de ([1785] 1845), Obras, Tomo 4, pp. 64-115. Schumpeter reconoció la valía de Campomanes y Jovellanos. Vid. Schumpeter, J.A. ([1954] 2004), p. 189.

fue el mejor exponente de la revolución liberal española[126] y, asimismo, un ferviente defensor de la necesidad de remover estorbos en beneficio del conjunto de la sociedad[127].

La sociedad fue comprendiendo que la economía estaba demasiado encadenada y que eran muchos los estorbos que debían ser removidos con la mirada puesta en el desarrollo económico y el bienestar de los ciudadanos. Siguiendo a Vicens Vives[128], puede anotarse que primero se rompió la limitación del número de telares (1787-1789) y, a continuación (1790), se liberalizó el ejercicio de cualquier oficio, eliminando el examen de acceso y las etapas de aprendizaje y oficialazgo (1798) siempre que estuviera acreditada la idoneidad del interesado, hecho que contribuyó a dinamizar el desarrollo de las profesiones. De acuerdo con Prados de la Escosura y Santiago-Caballero, la guerra napoleónica tuvo efectos inequívocamente negativos, pero contribuyó positivamente al desarrollo de las políticas liberales en beneficio de la reducción de los costes de transacción y de información y de la defensa de los derechos de propiedad[129].

Con el paso del tiempo, la estructura de los mercados se fue transformando y la conducta empresarial fue adaptándose a los cambios. Los señoríos no contribuían a la modernización de la economía y sus derechos dejaron de tener justificación[130]. Los privilegios gremiales fueron abolidos por el Decreto CCLXII, de 8 de junio de 1813, sobre el libre establecimiento de fábricas y ejercicio de

---

[126] Como refleja su grito: "Rompamos las cadenas".

[127] Sus reflexiones fueron contundentes: las maestrías estancaban el trabajo en pocas manos y los gremios establecían obstáculos al progreso de la industria. Vid. Jovellanos ([1785]1845): Informe sobre la Ley Agraria, Obras, Tomo I, pp. 25-263, p. 38.

[128] Vicens Vives ([1959]1972).

[129] Prados De La Escosura, L. y Santiago-Caballero, C. (2018): The Napoleonic Wars: A Watershed in Spanish History? EHES Working Papers in Economic History, n. 138, p. 22.

[130] No es de extrañar, en consecuencia, que fueran abolidos por el Decreto LXXXII, de 6 de agosto de 1811, anterior a la primera Constitución. El texto suponía la ruptura con el sistema señorial del Antiguo Régimen, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación, aunque los señores mantuvieron la propiedad de la tierra. El texto del Decreto es claro y contundente. Empezaba diciendo que "Deseando las Cortes generales y extraordinarias remover los obstáculos que hayan podido oponerse al buen régimen, aumento de población y prosperidad de la Monarquía española".
http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbr8p4.

cualquier industria útil[131], un hito que consagró la libertad de comercio y abrió las puertas a todas las libertades. La libertad de establecimiento de fábricas y la presión de la competencia extranjera fomentaron la mecanización de los procesos productivos, la reducción de costes, la mejora de la calidad de los productos y, a su vez, el sistema de fábrica y una red de distribución[132]. A partir de este momento, la suerte de los gremios sufrió altibajos según las ideas dominantes y la audiencia recibida por las propuestas de los grupos de presión.

El régimen absolutista de Fernando VII dio al traste con las normas liberales pues el Decreto de 4 de mayo de 1814[133], tras desacreditar a las Cortes de Cádiz y calificar a los diputados de "sediciosos", derogó la Constitución de Cádiz junto con los Decretos en ella amparados. La anulación fue reiterada el día 16 de abril de 1816.

La Historia de España pone de manifiesto la falta de una marcha decidida por la senda que conduce a la libertad económica. Períodos de libertad se han alternado con períodos de restricción de dicha libertad mostrando lo difícil que ha sido asentar la libertad económica como referencia económica sostenida. Tales vaivenes han tenido efectos catastróficos sobre el desarrollo de las fuerzas productivas, el crecimiento económico y la modernización de España.

Las corporaciones, mediante sus acuerdos y ordenaciones, restringían la libertad económica. Por esta razón, fue particularmente relevante que el artículo VIII del Decreto CCLIX declarara solemnemente que ni las personas, ni las corporaciones, ni los establecimientos debían gozar de privilegios o preferencias. O, lo que es lo mismo: de acuerdo con el artículo IX, el comercio podía ser ejercido por todos los ciudadanos.

---

[131] Dado en Cádiz a 8 de junio de 1813. Florencio Castillo, Presidente. Josef Domingo Rus, Diputado Secretario. Manuel Goyanes, Diputado Secretario. A la Regencia del reino = Reg. lib. 2, fol. 187. http://media.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/002/7cd/548/2b2/11d/foc/C70/0. Consultado el día 6 de mayo de 2016.

[132] V. LLombart ha sostenido que "el hecho de que la senda elegida en el período 1765-1790 fuera la adecuada, se pone de evidencia al comprobar que, tras los conflictivos años de 1791-1812, las Cortes de Cádiz restablecen el libre comercio en junio de 1813 volviendo a la situación de la Pragmática de 1765, medida que fue ratificada en 1819-1820 y en 1834, aunque combinada con un fuerte perfeccionismo proteccionista respecto al exterior". Llombart, V. (1992): Campomanes, economista y político de Carlos III, Alianza, pp. 189-190.

[133] Conocido como "Decreto de Valencia", pues fue dado en dicha ciudad.

El desorden de la economía española y el contrabando explican la vuelta al proteccionismo del Arancel de 19 de octubre de 1825[134]. Posteriormente, el Real Decreto de 30 de abril de 1832, eliminó las ventajas y privilegios a la importación de manufacturas de algodón, coincidiendo con la industrialización. La inmediata guerra entre carlistas y liberales dio al traste con las pretensiones proteccionistas pues el contrabando, de nuevo, alcanzó valores considerables.

El día 29 de septiembre de 1833 falleció Fernando VII[135]. Tras la "Década ominosa" se reinstauraron los principios liberales al amparo de las subdelegaciones de Fomento y de las competencias de los subdelegados[136]. Particularmente relevante fue el Real Decreto de 20 de enero de 1834, Regulando los Gremios y la Libertad de Fabricación; otro hito en el camino hacia la libertad, refrendado por el ministro de Fomento, Javier de Burgos. Sobre la base del convencimiento de que los gremios eran necesarios, pero que sus ordenanzas y acuerdos proteccionistas habían contribuido a su decadencia, se decretó la libertad de establecimiento, la abolición de los privilegios gremiales, el traslado y posesión de múltiples industrias y la protección a los aprendices[137]. Poste-

---

[134] Real Orden de 8 de marzo de 1826. Se trataba de un derecho único *ad valorem* y prohibiciones. El Arancel no satisfizo a todos pues para los catalanes y vascos era insuficientemente proteccionista.

[135] El fallecimiento de Fernando VII abrió un problema sucesorio de naturaleza ideológica que enfrentó a los partidarios de la libertad y del constitucionalismo, encabezados por Isabel, la hija del fallecido y menor de edad, con los partidarios del pretendiente y hermano del Rey, Carlos Mª Isidro de Borbón, partidarios de la continuidad del Antiguo Régimen y enemigos del movimiento liberal.

[136] Vid. Pérez de la Canal, M.A. (1997): "La creación de los Subdelegados de Fomento y los primeros nombramientos", Anuario de Historia del Derecho español, n. 2, pp. 1075-1089. Pérez de la Canal, M.A. (1997): Documentos inéditos sobre la creación de los Subdelegados de Fomento y los primeros nombramientos", Cuadernos de Historia del Derecho, n. 4, pp. 283-299.

[137] Este hecho supuso la supresión de todos los monopolios mercantiles locales, fuente de los ingresos municipales pero el control de precios y medidas y la salubridad de los alimentos quedó en manos de los Ayuntamientos. Vid. Artola, (1978): Antiguo Régimen y revolución liberal, Ariel, p. 297. En todo caso, la libertad no fue efectiva hasta el día 30 de agosto de 1836 cuando se restituyó el Decreto de las Cortes de Cádiz de 1813. Vid. Moreno (1944), p. 85. Antes, el Decreto de 20 de enero de 1834 restableció y amplió el espíritu del Decreto de 1813 declarando "libres en todos los pueblos del reino el tráfico, comercio y venta de los abastos, eximiendo a todos los artículos menos el pan, de posturas, tasas y aranceles, sin que esta exención de trabas restrinja los derechos de la autoridad municipal en todo lo relativo a la verificación de pesas y medidas y a la salubridad de los alimentos en los puestos de ventas".

riormente, mediante Real Decreto de 29 de enero de 1834[138], se contempló la necesaria libertad del comercio interior de semillas y granos alimenticios y la exportación de excedentes y, por Real Decreto de 8 de diciembre de 1836, se restableció el Decreto de las Cortes generales y extraordinarias de 8 de junio de 1813. En todo caso, dichas medidas liberalizadoras convivieron con otras, de naturaleza intervencionista, relacionadas con la prohibición de importar.

Como ha señalado Artola[139], la legislación fernandina que, en buena medida, subsistió hasta el año 1868 –e, incluso, más allá– cubrió dos aspectos fundamentales: en primer lugar, sustituyó la libertad de introducción de instrumentos y herramientas para la industria nacional por una reglamentación de patentes[140]. Pero aún más relevante fue la redacción del primer Código de Comercio[141], la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil (1830), la creación de la Bolsa (1831) y del Banco de San Fernando y la liquidación del Banco de San Carlos[142]. Paso a paso, se creaban las instituciones necesarias para articular una verdadera economía de mercado con seguridad jurídica y reducción de los costes de transacción.

Los vaivenes políticos, tan característicos de la realidad española, tenían sus efectos sobre la defensa de la libertad de mercado. Prueba de ello es que, tras el Motín de la Granja, los sublevados hicieron jurar la Constitución de Cádiz a la Reina Gobernadora[143] y, por Decreto de 13 de agosto, la Constitución

---

[138] Reglas que se deberán observar en el libre tráfico interior de las semillas y granos alimenticios y la exportación de los sobrantes. En su artículo 1º se decía: "Se declara libre la venta y compra, negociación y tráfico de harinas, trigo, centeno, escanda, cebada, maíz, avena y demás granos y semillas en todo el interior del reino a las islas adyacentes, sin sujeción a tasa ni estorbo alguno que coarte o dificulte su comercio".

[139] Artola, M. (1978), p. 307.

[140] 16 de mayo de 1791, año de la Ley Le Chapelier.

[141] La aprobación de un Código de Comercio supuso una referencia unificada de la legislación mercantil que contribuyó a reducir la inseguridad jurídica y los costes de transacción, tal como reconocía el propio Preámbulo del Código. Prados de la Escosura, L. y Santiago Caballero, C. (2018): The Napoleonic Wars: A Watershed in Spanish History?, EHES Working Papers in Economic History, n. 30, abril, p. 21.

[142] Artola (1970), p. 307.

[143] Ley de 26 de agosto de 1837 sobre la abolición del régimen señorial. Vid. Canal, J. (2015): Cataluña, Turner, p. 141.

de Cádiz estuvo de nuevo en vigor, aunque por poco tiempo[144]. El día 21 de agosto, tras la Jura de la Constitución de 1812, se convocaron elecciones de Cortes Generales.

Dice Vicens Vives[145] que el liberalismo político triunfó en España en el año 1834, después de un breve período en el poder (1820-1823)[146]. Desde el año 1827, Fernando VII y la burguesía liberal estaban de acuerdo para establecer una "libertad bien entendida" favorable a sus intereses, preferentemente económicos y fiscales. El problema de fondo ha sido destacado por Vicens Vives: el liberalismo español tuvo destacados doctrinarios[147] pero fueron mediocres realizadores. Este hecho explica por qué cada intento liberalizador encontraba la correspondiente reacción proteccionista fomentada por los grupos de presión. Y viceversa. En todo caso, cuando gobernaron los liberales, la economía española fue objeto de transformaciones relevantes[148].

También se liberalizó el mercado del suelo con la supresión de los mayorazgos y la desamortización[149], una medida confiscatoria, contraria a los derechos de propiedad, con efectos positivos desde el punto de vista del mejor aprovechamiento de la tierra. Asimismo, se suprimieron los privilegios de la Mesta. De acuerdo con Prados de la Escosura y Santiago-Caballero, en el período 1820-1860 se aceleró la expansión demográfica dando como resultado que en el año 1860 el tamaño de la población fuera un 50 por ciento superior a la de 1767[150].

---

[144] Aunque un Segundo Real Decreto exponía que solo se considerarían válidas las disposiciones de las anteriores épocas constitucionales ordenadas específicamente por la Reina. Vid. Barbas, A. P. (2010) Constitutional Documents of Portugal and Spain (1808-1845), Walter de Gruyler, pp. 451 y ss.

[145] Vicens Vives ([1957]1972), pp. 556 y ss.

[146] El pronunciamiento liberal de Riego en el mes de enero de 1820 terminó con el sexenio absolutista e inició el "Trienio liberal".

[147] Flórez de Estrada y Canga Argüelles, por ejemplo.

[148] Activación de la agricultura; libertad de trabajo al margen del control de los gremios y fomento del interés de la administración por los asuntos económicos y estadísticos.

[149] La desamortización también pretendía incrementar los ingresos del Estado con el fin de dar cumplimiento a sus nuevas obligaciones.

[150] Prados de la Escosura y Santiago Caballero (2018), pp. 20 y ss.

Durante el transcurso del siglo XIX, la inestabilidad política no impidió el desarrollo de las comunicaciones que contribuyó a articular el mercado español merced a la intensificación de los intercambios. A ello se sumó la necesidad de vender la producción de las nuevas fábricas. Una nueva burguesía[151], particularmente activa económica y políticamente, pretendía producir con eficiencia y consolidarse como grupo hegemónico. En defensa de sus intereses consiguieron reforzar el proteccionismo, sobre todo mediante la creación de barreras al comercio exterior. Lógicamente, frente a los proteccionistas se alzaron los librecambistas[152]. Dada la paralización de la economía española, con el fin de superar la situación, incluso los librecambistas adoptaron una posición proteccionista durante el trienio liberal. Las referencias fueron el Arancel de las Cortes[153], el sistema de aduanas[154] y el Arancel General[155].

Al final de la guerra civil de 1839, era necesario poner orden en la hacienda española. A la entrada de la década de 1840, ya se había desarrollado el proceso de transición hacia una economía de mercado, pero, excepto en Cataluña, había escasez de capitales, técnicos y mano obra especializada[156]. Tales carencias suponían un freno al crecimiento económico. También era cierto que, en algunos casos[157], la competencia extranjera fomentó la mecanización y el sistema de fábrica con el correspondiente impacto sobre los costes y la competitividad. De nuevo, los aranceles alteraron el juego del libre mercado. Por Ley de 9 de julio de 1841, se aprobó un complejo arancel que beneficiaba, como

---

[151] Algodoneros catalanes, cerealistas de Castilla y Andalucía, y metalúrgicos vascos. Todos ellos con sus organizaciones de apoyo.

[152] Vicens Vives ha apuntado que, entre los años 1815 y 1841, el proteccionismo era inevitable dadas la Guerra de la Independencia y la separación de los territorios americanos de la administración española. Más concretamente, sugiere que los principios mercantilistas de los aranceles de 1778 y 1785 empezaron a modificarse en el sentido técnico. Vicens indicó que "Tal es el arancel de Carlos IV de 14 de abril de 1802, el cual... señaló el tránsito del sistema mercantilista al proteccionismo de tipo decimonónico". Vicens Vives ([1959]1972), pp. 638-639.

[153] Ley de 6 de octubre de 1820.

[154] 11 de noviembre de 1820.

[155] 20 de noviembre de 1820.

[156] Nadal ha sostenido que: "para desarrollarse, la industria decimonónica debiera haber contado con un mercado interior en estado de formación avanzada. Este mercado hubiera exigido, a su vez, un cierto grado de división del trabajo". Vid. Nadal, J. (1975): El fracaso de la Revolución Industrial en España, 1814-1913, Ariel, p. 227.

[157] Industria lanera catalana, p.e.

era habitual, a textiles, ferreteros y cerealistas[158]. Con el cambio de gobierno, se modificaron los criterios y la Ley de 17 de julio de 1849 autorizó la reforma del Arancel que fue promulgado el día 5 de octubre siguiente[159].

Como ha sostenido Rosés[160] "la especialización inadecuada, que fue una consecuencia directa de los altos aranceles, redujo los niveles de eficiencia en España porque las fábricas locales producían bienes demasiado sofisticados para las habilidades de su fuerza de trabajo". A ello debe sumarse la poca competencia. Ambos factores permitieron la obtención de beneficios monopolísticos a costa de frenar el proceso de modernización y la elección de los procesos productivos más eficientes. La protección, en definitiva, tuvo efectos letales sobre la modernización de la base industrial española[161].

El arancel de 1849, con modificaciones accesorias, sorprendentemente, contó con larga vida. La Ley de 21 de julio de 1865 autorizó al gobierno la supresión del derecho diferencial de bandera. La crisis económica del año 1866 dio al traste con el proceso y abrió la puerta a la revolución de 1868. Desde el año 1843 hasta 1868 España vivió la denominada "gran etapa moderada", en la que la política combinaba libertad con autoridad. Fue un cuarto de siglo con avances económicos y sociales[162]. Destronada Isabel II, los liberales, con Laureano Figuerola a la cabeza, impulsaron un arancel librecambista, con la fuerte oposición de los proteccionistas catalanes, que fue publicado el día 12 de julio de 1869.

---

[158] Tal complejidad afectaba a la seguridad jurídica, encarecía los costes de gestión y abría las puertas a la corrupción.

[159] Es cierto que la nueva regulación eliminaba algunos privilegios, pero tuvo una especial consideración con las necesidades de la industria textil catalana.

[160] Rosés, J. (2001): "La competitividad internacional de la industria algodonera española (1830-1860)", Revista de Historia Económica, año XIX, n. extraordinario, p. 85. La falta de adaptación de la oferta a la demanda de productos textiles ya fue destacada por Feliu de la Penya ([1683]1983), p. 72.

[161] Rosés, J. (1998): "Measuring the contribution of human capital to the development of the Catalan Factory system (1830-61), European Review of Economic History, 2, abril, pp. 25-48, p. 42.

[162] Se reajustaron la Hacienda y los tributos, se creó el Banco de España, se asentó la administración provincial, se aprobó la ley de Instrucción pública, se fomentó la construcción de ferrocarriles, se apoyó la industria textil y, no menos importante, se desarrolló el capitalismo financiero.

Entre los años 1869 y 1891, en un entorno europeo librecambista y con la coyuntura económica favorable, se optó por la apertura comercial con el fin de facilitar la modernización de los medios de producción y superar la crisis de 1866, atribuida al proteccionismo. La Constitución de 1876 mantuvo su vigencia desde 1882 hasta el año 1913. Hubo estabilidad institucional en un entorno en el que conservadores y liberales se alternaban en el poder[163]. Durante la Restauración (1875-1898) se favoreció la inversión de capitales extranjeros[164]. Pese a la mala utilización de los recursos públicos y a la corrupción, los resultados económicos fueron positivos. La tasa de crecimiento del PIB entre los años 1850 y 1883 fue del 1,7 por ciento, frente a un crecimiento de la población del 0,5 por ciento. La productividad aumentó y las horas trabajadas por trabajador no registraron variación[165].

Sin embargo, una vez más, las fuerzas proteccionistas frenaron la apertura comercial, tan necesaria y, al amparo de la crisis internacional de 1886, los industriales catalanes, de nuevo con la complicidad de los metalúrgicos vascos y los cerealistas castellanos, presionaron en favor de aranceles proteccionistas[166]. En cualquier caso, como no podría ser de otra manera, la internacionalización de la economía española siguió una tendencia creciente, con oscilaciones y sin exhibiciones espectaculares, dadas las circunstancias (gráfico 1).

Fraile[167] ha subrayado que "a pesar de la falta de aportaciones teóricas originales de los nacionalistas económicos españoles, lo que hace destacable su retórica es la habilidad con la que han combinado los argumentos clásicos contra el comercio y cómo, además, han sabido mezclarlos con consideraciones de tipo político para generar un clima opuesto a la competencia internacional y una situación de autarquía en la que, con notables excepciones, la crítica de los

---

[163] Solo los movimientos nacionalistas en las colonias alteraron el equilibrio interior.

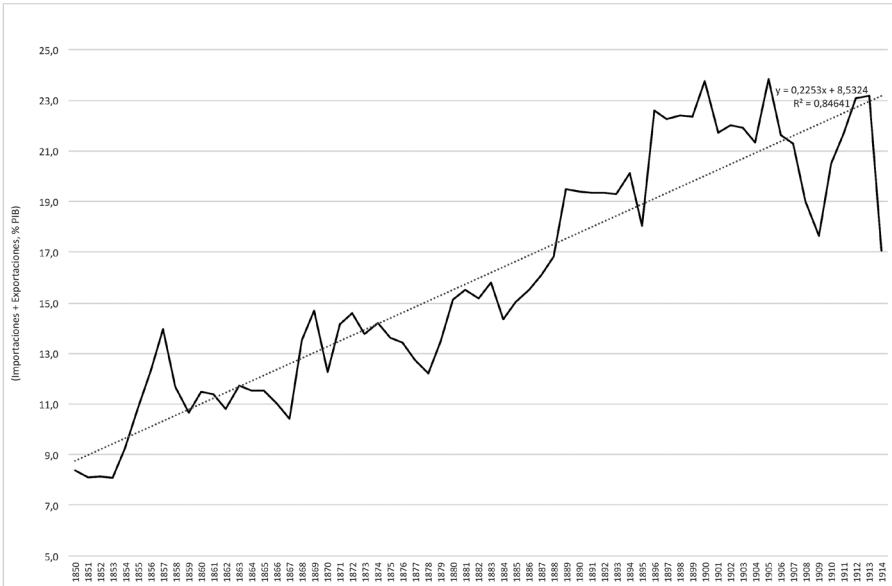
[164] Dirigidos, en especial, a las empresas industriales privadas y a los servicios municipales.

[165] El PIB por hora trabajada creció a una tasa del 1,2 por ciento y el PIB per cápita lo hizo a una tasa del 1,3 por ciento. Vid. Prados de la Escosura, L. (2016): "Spanish economic growth in the long run: What historical national accounts show", VOX, CEPR's Policy Portal, consultado el día 8 de enero de 2017.

[166] Primero, consiguieron los aranceles de 1891 (Cánovas) que elevaba las tarifas aduaneras y, más tarde, tras la pérdida de las colonias, los de 1906 (Salvador) que aumentaron las tarifas con carácter general.

[167] Fraile (1998), p. 51.

Gráfico 1. Grado de apertura (importaciones + exportaciones, % PIB). 1850-1914



Fuente: Prados de la Escosura, L. (2017): Espacio Investiga. Fundación Rafael del Pino. https://espacioinvestiga.org/definicion-descripcion/

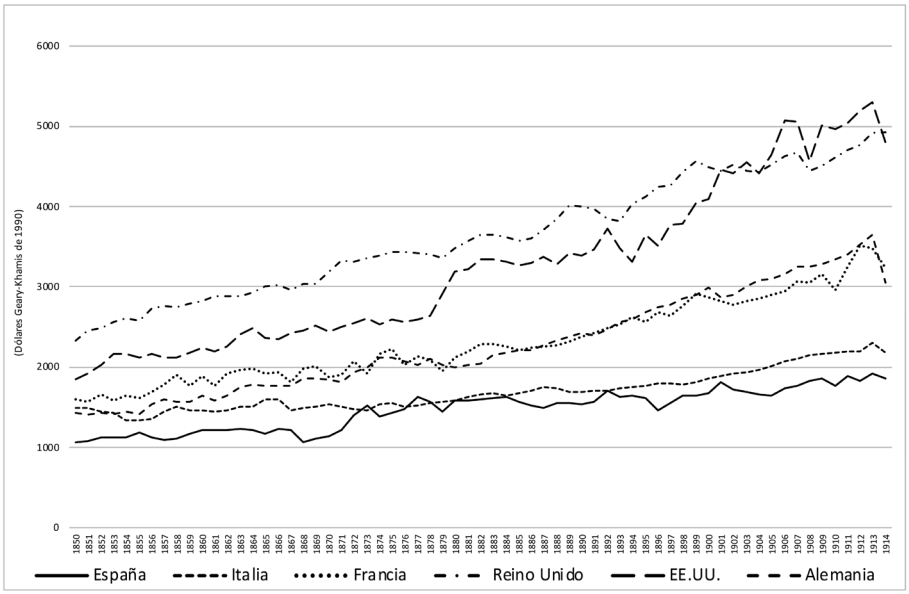
economistas ha estado ausente"[168]. Llopis[169] recuerda que "la productividad del trabajo no se elevó de manera significativa y la renta por habitante de nuestro país se retrasó frente a la de las naciones de la Europa occidental". El gráfico 2 refleja la evolución del PIB Real per cápita de un conjunto de países y pone de relieve que los valores correspondientes en España no solo eran comparativamente más reducidos sino que crecían a una tasa inferior.

---

[168] Una aproximación al fenómeno de la autarquía y a su interpretación, puede verse en Naharro, J.M. ([1945]2015): "Conceptos elementales acerca de la autarquía económica", Moneda y Crédito, n. 13, junio, pp. 53-67, reproducido en Velarde, J. y Serrano, J.M. (eds.) (2015): Moneda y Crédito. Antología (1942-1971), Fundación Banco de Santander, pp. 91-109.

[169] Llopis, E. ([2002]2016): "La crisis del antiguo régimen y la revolución liberal (1790-1840)", en Comín, F.; Hernández, M. y Llopis, E. (eds.) (2002[2016]): Historia económica de España. Siglos X-XX, Ed. Crítica, pp. 165-202, pp. 183, 187, 192 y 195.

Gráfico 2. Producto Interior Bruto real per cápita. 1850-1914



Fuente: Prados de la Escosura, L. Espacio Investiga. Fundación Rafael del Pino. https://espacioinvestiga.org/definicion-descripcion/

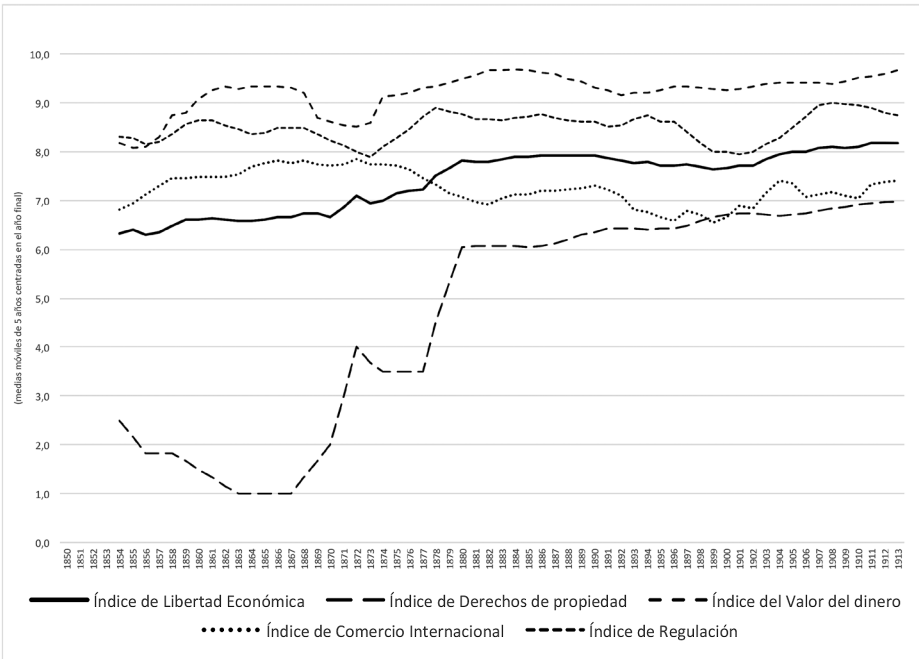
En todo caso, la pregunta que debe formularse es: ¿Cómo afectaron los vaivenes de la dialéctica proteccionismo/librecambismo a la industria española? Si algo perjudica al crecimiento económico es la incertidumbre dada su influencia negativa sobre las expectativas empresariales y, en consecuencia, sobre la inversión que es el verdadero motor del crecimiento económico, de la creación de ocupación y, por tanto, del nivel de bienestar de los españoles. La respuesta la ofrece Prados de la Escosura[170] cuyo excelente trabajo cuantitativo le permite cuestionar que la demanda fuera la principal responsable del modesto comportamiento del sector industrial en la España decimonónica. Sus conclusiones son contundentes. Por una parte, como Llopis, se refiere a la escasa productividad de las empresas manufactureras españolas –las realmente relevantes– y a su reduci-

[170] Prados de la Escosura, L. ([1988]1993): De imperio a nación. Crecimiento y atraso económico en España (1780-1930), Alianza Editorial, p. 175.

da dimensión media que explican su incapacidad para acceder a los mercados exteriores. Prados de la Escosura plantea la cuestión de fondo: ¿por qué los empresarios industriales, ante la presión de la competencia de las empresas extranjeras, en lugar de invertir y organizar mejor los procesos productivos y la organización de sus empresas con el objetivo de su eficiencia y competitividad, optaron por el camino más sencillo de capturar al Estado para conseguir que la regulación ineficiente las abrigara de la competencia exterior? Los efectos de tal proceder acostumbran a ser catastróficos. Dictaduras y guerras lo ponen de manifiesto.

El Índice HIEL[171] (gráfico 3) refleja la evolución del indicador de libertad económica de España y sus componentes durante el período 1850-1914. El gráfico refleja una mejora del indicador que se explica, sobre todo por la mejora en el reconocimiento de los derechos de propiedad.

Gráfico 3. Índice de libertad económica y sus componentes. 1850-1914



[171] El Índice de libertad económica varía entre 0 y 10. La interpretación del índice puede verse en Prados de la Escosura, L. Espacio Investiga. Fundación Rafael del Pino. https://espacioinvestiga.org/definicion-descripcion/

3. LOS ORÍGENES DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA: EL CÓDIGO PENAL DE 1848

3.1. La maquinación para alterar el precio de las cosas

Un análisis de la Historia de España permite sostener que los monopolios[172], el proteccionismo[173] y la intervención económica han sido la norma y que los intentos liberalizadores, de introducción de competencia y de eliminación de la regulación ineficiente han sido la reacción. Fraile ha sido contundente al respecto: "la tendencia de las personas integrantes del Estado a usar su poder ha sido constante. Los aranceles, cuotas y controles de cambios, los subsidios a la producción, el trato fiscal privilegiado, la regulación restrictiva y la intervención directa han sido todos los instrumentos empleados por los agentes económicos del sector público de forma creciente en casi todos los ámbitos de la economía española y, especialmente, a partir de la Restauración de 1875"[174]. Los hechos demuestran la vocación intervencionista de aquellos

---

[172] Este tipo de conductas ya estaban contempladas en el Libro de las Leyes de Alfonso X el Sabio. Vid. la Ley II, Título II, Cómo los mercaderes no deben poner cotos entre sí sobre las cosas que vendieren. Vid. también Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo tercero, Partida Quarta, Quinta, Sexta y Séptima, p. 213. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, www.cervantesvirtual.com>html. Mercado atribuye el texto al rey D. Alfonso el onzeno, que fue biznieto de Alfonso X. Sin embargo, el propio Alfonso XI, en el Ordenamiento de Alcalá, afirmaba que los pleitos podían sustanciarse por las leyes contenidas en las Siete Partidas, lo que suponía reconocerlas como texto legal. Vid. Mercado, T. de ([1569... 1571] 1975), Sierra, R. (1975): Estudio introductorio, en Mercado, T. de, cit., pp. 7-70. La actualidad de dicha ley fue secular pues en 1847 se consideraba vigente. Jorje, F. (1847): Guía de Alcaldes y Ayuntamientos, ó recopilación metódica en que se consignan cuantos deberes y atribuciones competen a los Alcaldes y Ayuntamientos, especificándose clara y distintamente todas las actuaciones y diligencias así periódicas como eventuales que a los mismos corresponde ejecutar: con arreglo al texto literal de las leyes vigentes, y a la práctica seguida por el Ayuntamiento de Madrid. Imprenta de Corrales y Compañía, Tomo I. p. 381. Fue declarado de utilidad pública y se recomendó su adquisición a alcaldes y Ayuntamientos. Vid., también, Pascual, J. (2003): "Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación antitrust son españoles", Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n. 225, mayo/junio, pp. 113-115.

[173] Como muestra puede mencionarse la Ley de protección a la producción nacional de 14 de febrero de 1907 que decía, en su artículo 1º: "En los contratos por cuenta del Estado, para toda clase de servicios y obras públicas, serán admitidos únicamente, los artículos de producción nacional", Gaceta de Madrid, 15 de febrero de 1907, Tomo 3, p. 593. Vid., por ejemplo, Castel, J. (1936): Legislación protectora de la Producción Nacional, Imprenta Madrid-Aragón.

[174] Fraile, P. (1998), p. 23.

que han considerado que la economía se puede organizar mejor desde el gobierno y la administración frente a quienes han considerado que, por regla general y en ausencia de fallos de mercado, son las instituciones que mejor asignan los recursos. Los planteamientos liberales han sido objeto de ataque desde muchos frentes, incluido el religioso[175]. En todo caso, conviene destacar que la confianza en los mecanismos del mercado como instrumento de asignación eficiente de recursos y la defensa de los principios elementales de la libre y leal competencia empezaban a reforzarse en el ordenamiento jurídico español desde finales de la primera mitad del siglo XIX y su violación tenía efectos penales. Con esta referencia, la legislación penal española abordó la cuestión de la defensa de la competencia desde una perspectiva positiva pero limitada: la maquinación para alterar el precio de las cosas[176].

El asunto de los monopolios ha estado presente en el pensamiento económico español. Una buena referencia fue Tomás de Mercado[177] quien se refería a ellos en diversos pasajes de su obra. Incurría, sin embargo, en una injustificada crítica al acaparamiento, en línea con el pensamiento tradicional. El capítulo VIII de su obra está encabezada por el sugerente título "Cuál es el justo precio, donde no hay tasa, y de los monopolios y ventas ilícitas"[178]. Mercado[179], tras observar que los precios varían constantemente (más que el viento) y referirse al precio justo, abordó, con dureza, la cuestión de los acuerdos de los mercaderes[180]. Cuando se refería a los contratos, Mercado afirmaba que "para ser legítimos, han de ser libres y voluntarios... el engaño y la fuerza quitan la libertad y voluntad a la persona en los negocios que trate... la fuerza es aún

---

[175] Vid., como ejemplo destacado, Sardá y Salvany, F. ([1884]1907): El liberalismo es pecado. Cuestiones candentes, Librería y Tipografía Católica. El libro, como es lógico, fue refutado. Vid., p.e., Anónimo (1910), Refutación a los folletos El liberalismo es pecado, ¿Qué hay sobre el espiritismo? Del Sr. D. Félix Sardá y Salvany, Pbro., Imp. Sudriá.

[176] Un buen análisis sobre esta cuestión se encuentra en Cuerdo, M. y Sánchez González, D. del M. (2014)

[177] Mercado ([1569.1571]1975).

[178] Sierra, R. (1975), en el Estudio introductorio, en Mercado, op. cit., dedica un apartado al análisis del monopolio (u oligopolio) en la obra de Mercado, haciendo referencia a sus diversas formas, incluida la de monopolio público.

[179] Op. cit., p. 177.

[180] "(que llamamos los castellanos monipodio) vicio abominable, y aborrecible a todo género de gente, porque es muy perjudicial, tirano, y dañoso, y por tal condenado en todas las leyes". Mercado ([1571]1975), p. 182.

peor que el engaño..."[181]. La seguridad jurídica era la referencia y la colusión era considerada como algo realmente perjudicial que debía ser perseguido.

El Código Penal de 1848 (CP1848)[182] trataba de los engaños y las maquinaciones dirigidas a alterar los precios o las condiciones de mercado en relación con los precios "naturales", resultado del ejercicio de las fuerzas del mercado en un contexto de libre competencia[183]. En el CP1848 se perseguían las conductas colusorias[184] pero nada se decía acerca de los operadores económicos con posición de dominio y sus posibles abusos sobre el funcionamiento "natural" del mercado. En los artículos 449 y 450 del CP1848, se hacía referencia a dos mercados concretos: los mercados de las subastas[185] y el mercado de trabajo[186].

El artículo 451 del CP1848 se refería a la alteración de los precios competitivos[187], incluidas las rentas públicas, y en el artículo 452 se hacía referencia expresamente a los "mantenimientos u otros objetos de primera necesidad"[188] cuando lo contemplado en el artículo 451 afectara a tales artículos. Merece

---

[181] Ibídem, p. 340.

[182] El Código Penal de 1848 ha sido el más duradero y la plataforma sobre la que se han desarrollado los Códigos posteriores. Los artículos comentados corresponden a los artículos 449-452 del Capítulo V, Título IV, Gaceta de Madrid, n. 4943, 27 de marzo de 1848 (Referencia PDF: BPE-A-1848-1490). Dos años después se publicó el Código Penal de España. Edición Oficial Reformada. Imprenta Nacional, 1850. La versión de 1850 contiene el Código Penal de 1848 junto con las reformas llevadas a cabo mediante los RR.DD. de 8 de junio de 1850 y de 29 de junio de 1850. Sin embargo, el texto correspondiente a las maquinaciones para alterar el precio de las cosas no registró modificaciones.

[183] El debate económico consistente en conspirar para alterar el precio de los bienes ha sido contemplado en las legislaciones francesa, italiana o belga, por ejemplo.

[184] Abusos de posición de dominio colectiva.

[185] "Los que solicitaren dádiva ó promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas ó cualquier otro artificio con el fin de alterar el precio del remate...".

[186] "Los que se coligaren con el fin de encarecer ó abaratar abusivamente el precio del trabajo, ó regular sus condiciones serán castigados siempre que la coligación hubiera comenzado a ejecutarse..."

[187] En concreto, a "los que esparciendo falsos rumores ó usando de cualquier otro artificio consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas, ó cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación...".

[188] "Además de las penas señaladas en el mismo, se impondrá la del comiso de los géneros que fueren objeto de fraude".

ser destacado que: "para la imposición de estas penas bastará que la coligación haya empezado a ejecutarse". En el espíritu del CP1848 se reflejaba la voluntad de castigar de forma especial a los responsables de las conductas contrarias a la competencia; algo que tenía todo el sentido. La referencia era la ejecución de las conductas, no la mera intención, como sucede en la vigente regulación de la competencia en España. En todo caso, la cuestión de los efectos de las conductas no queda reflejado explícitamente pues la mera ejecución podría, o no, producir efectos significativos sobre el comportamiento competitivo de los mercados.

Con una redacción prácticamente idéntica a la del CP1848, el delito de maquinación para alterar el precio de las cosas fue recogido en los Códigos Penales de 1870 (CP1870), 1928 (CP1928) y 1932 (CP1932). En el CP1870, sin embargo, desaparece la referencia a los "gefes" y "promovedores de la coligación" y en el CP1928 se contemplaba la posibilidad de penas de prisión o multa y "si el culpable fuera persona encargada por la ley o por la Autoridad para presidir la subasta o licitaciones mencionadas, se le impondrá la pena en el grado máximo". En el artículo 737 se disponía que: "Los que con violencia o amenaza atentaran contra la libertad del comercio, de la industria o del trabajo impidiendo el aprovisionamiento de fábricas, de establecimientos o de naves, o el abastecimiento de las poblaciones, u ocasionando la suspensión o interrupción de una obra o servicio, con el fin de ejercer algún acto de odio o de venganza, de imponer determinadas condiciones o de conseguir rebaja o aumento de salarios", serían castigados con penas de destierro y multa. Los promovedores y directores podían ser castigados con penas de prisión y multa. El artículo 738 se refería a las penas correspondientes a la difusión de noticias falsas con el objetivo de alterar los precios[189]. En el CP1932, las multas se establecían en porcentajes[190].

---

[189] Al respecto conviene destacar la especial responsabilidad de los Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio colegiados y Gerentes, Directores o Consejeros de administraciones de Compañías, o particulares para elevar o depreciar sus propios valores o propiedades. El mismo criterio se aplicaba cuando el fraude recayere sobre sustancias alimenticias u otros objetos de primera necesidad.

[190] "del 10 al 50 por 100 del valor de la cosa subastada, a no merecerla mayor por la amenaza y otros medios que emplearen".

El vigente Código Penal de 1996[191] se refiere al desabastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad con la intención de alterar los precios o perjudicar gravemente a los consumidores. Las penas se refuerzan si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas. Se castiga la falsedad de la información cuando pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores[192] y la manipulación de los precios mediante la alteración o manipulación de aparatos automáticos[193]. Y, no menos importante, el artículo 284 sostiene que se castigará: a) El empleo de violencia, amenaza o engaño para alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia; b) La difusión de noticias o rumores ofreciendo datos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad; y c) El uso de información privilegiada para fijar por sí, o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con el objetivo de alterar los precios.

3.2. Los monopolios en el punto de mira

Una de las características de la economía española ha sido la ausencia de competencia efectiva en muchos mercados. Los acuerdos, los monopolios y los abusos de posición de dominio han sido permanentes motivos de alarma. Contemplando el panorama, Fraile ha resumido magníficamente la situación: los monopolios privados suelen ser efímeros pues la propia competencia termina con su vida. Sin embargo, los monopolios que cuentan con la protección del Estado tienden a perpetuarse en el tiempo[194]. Continua Fraile

---

[191] Artículo 281.

[192] Artículo 282.

[193] Artículo 283.

[194] "Este es el caso de los monopolios estatales que se fueron creando en España durante la Restauración. La tendencia iniciada durante los gobiernos de Maura cristalizó durante la dictadura de Primo de Rivera. Se declararon servicios públicos el suministro de agua, gas y electricidad, se monopolizaron también los transportes por carretera a través de las concesiones, el estatuto municipal... extendió el ámbito de los ayuntamientos al suelo, se constituyó el monopolio telefónico, se extendió el de tabacos y se creó el de petróleos". Fraile, P. (1998), p. 117.

diciendo que "los monopolios públicos fueron desplazando a la competencia en muchos sectores, y su institucionalización llegó a convertirlos en piezas clave del nacionalismo económico. Es muy posible que además del 'triángulo de Harberger', el coste implícito en la monopolización de los fósforos, minería, tabaco, explosivos, industrias de defensa, transportes, telefonía, correos, televisión y muchos servicios municipales haya llegado no solo a suponer una pérdida neta de producto, sino también a institucionalizar en la cultura empresarial española lo que John Hicks identificaba como el mejor de los beneficios monopolísticos: una vida tranquila". Todo ello sin olvidar la multitud de normas reguladoras ineficientes, concesiones, reservas de actividad, colegios profesionales, gremios, asociaciones y un largo etcétera que hacen que, en España, una parte relevante de la actividad económica esté protegida de la competencia.

La argumentación económica para justificar los privilegios ha sido muy elemental, pero el objetivo político estaba claro. Los posibles motivos por los que se protegían los monopolios y sus beneficios extraordinarios nunca fueron analizados con el debido rigor pese al daño que causaban a los consumidores. Con estos antecedentes, dada la ideología nacionalsindicalista que dirigía la economía española tras la guerra civil, no debe extrañar que la aversión hacia los monopolios surgiera reiteradamente y que sus primeros denunciantes fueran la Falange y los Sindicatos verticales, con muchos ingredientes comunes, incluso de naturaleza socialista[195].

Tras la guerra civil, la regulación de la economía era asfixiante. Se articuló una base económica basada en la lealtad al régimen y la amistad. España era un país plagado de barreras de entrada, privilegios y escasez de medios de producción, consecuencia de una política económica mal entendida[196]. Com-

---

[195] Fuentes, E. y Velarde, J. ([1958]2008): Política económica, Fundación de las Cajas de Ahorros, pp. 217-218. Señalan los autores que las tres primeras peticiones relevantes de regulación de los monopolios habían sido: el primer Congreso Nacional de la Falange, el Convenio sobre ayuda económica con Estados Unidos y el artículo 3º del Decreto Ley de 1959 que aprobó el Plan de Estabilización.

[196] La mejor aproximación a los problemas de la economía española de la época se encuentra en: PERPIÑÁ, R. (1952): De estructura económica y economía hispana, Rialp. Sorprende que en el Índice analítico por materias no figure la entrada "competencia" aunque sí figura la entrada "monopolio". Un ejemplo de los criterios sobre los que se asentaba la organización de la economía en los primeros años del franquismo se encuentra en la Orden de 27 de mayo de 1957 por

batir los monopolios no era sencillo, pues en sus consejos de administración se sentaba una clase extractiva formada por muchos adictos al régimen. La corrupción[197] se extendía por todos los rincones de la Administración y los incumbentes no eran ajenos a la misma. Este entorno, sovietizado, frenaba el crecimiento de la economía[198]. Los monopolios se convirtieron en un enemigo a batir. La referencia principal, frecuentemente alegada, era el pensamiento del general Franco[199].

El principio joseantoniano de la "justicia social" conllevaba la aversión a la economía de mercado y a los monopolios[200]. Los monopolios empezaron a impregnar las opiniones de determinados estudiosos y organizaciones[201]. Ini-

---

la que se determina que el Patronato para la provisión de Expendedurías de Tabacos, Administraciones de Loterías y Agencias de Aparatos Surtidores de gasolina dependa en lo sucesivo de la Dirección General de Tributos Especiales. En dicha Orden se dice lo siguiente: "Con el propósito de recompensar en lo posible a los héroes y víctimas de la Cruzada, ya directamente o a través de sus propios familiares, y como medio adecuado para cumplir el deber de amparar a los que lucharon en los campos de batalla o sufrieron más directamente las consecuencias de la guerra y de la barbarie enemiga, creó la Ley de 22 de julio de 1939 un Patronato, dependiente del Ministerio de Hacienda, encargado de la provisión de las Administraciones de Loterías, Expendedurías de Tabacos y Aparatos Surtidores de gasolina, vacantes en aquella fecha o que vacasen en lo sucesivo". BOE, n. 165, 26 de junio de 1957, p. 496.

[197] Sobre la corrupción, desde distintas perspectivas, vid. Betancor, A. (Dir.) (2017): Corrupción, corrosión del Estado de Derecho, Thomson Reuters.

[198] Cerrolaza, A. (1954): "Notas sobre el monopolio y sus efectos" en AA.VV. (1954): Notas sobre política económica española, Publicaciones de la Delegación Nacional de Provincias de FET y de las JONS. Pero Cerrolaza admitía excepciones y remedios como la nacionalización.

[199] Vid. Cerrolaza, A. (1954), citando al general Franco: "La iniciativa privada tiene en nuestro país un campo amplísimo para desarrollarse, y en orden a los carteles y monopolios es precisamente el Estado el que lucha aquí con el espíritu de monopolio que algunos sectores (sic) de la economía pretenden de hecho mantener", p. 59.

[200] Cerrolaza recordaba que, de acuerdo con el Censo de Sociedades y Empresas, editado por el Instituto Nacional de Estadística, "las sociedades anónimas con capital mayor al millón de pesetas constituyen solo el 14 por 100 del censo total de estas sociedades, pero controlan el 80 por 100 del capital total". Vid. Cerrolaza (1954), p. 66. "La economía española en unas pocas manos", Ibídem, p. 168. Los ejemplos de referencia fueron las industrias siderúrgicas, eléctrica y del cemento así como el INI.

[201] En el año 1949, Muñoz Linares publicó un notable artículo sobre el monopolio cuya conclusión más relevante hacía referencia a los aspectos negativos del abuso de posición de dominio y a los problemas que planteaba a la política económica. El autor apuntó una de las características del monopolio; su dimensión temporal: "solo en el caso de que el beneficio excesivo persista durante largos períodos es posible considerarlo como un indicador de la existencia de un cierto

ciada la marcha, a principios de la década de los años cincuenta se intensificó el interés por conocer la estructura de los mercados españoles de productos industriales y de la banca[202]. El asunto de los monopolios pasó a la prensa diaria cuyo impacto en la opinión pública y en ciertas esferas de la Administración era superior. Con el ideario falangista y nacionalsindicalista como referencia, en los años 1953 y 1954 se publicó un conjunto de artículos sobre "el capitalismo español" en la sección de economía del Diario Arriba. Tales artículos ofrecían un panorama de la realidad económica española con un marcado acento antimonopolista y notas críticas sobre el exceso de regulación. El editorial del día 3 de septiembre llevaba por título: "La economía española, en unas pocas manos". Ante esta situación se propuso la creación de una Comisión estatal con poderes ejecutivos amplísimos que analizara la conducta de los grupos monopolísticos españoles y sus resultados[203], el análisis del impacto de la acción administrativa sobre el desarrollo de los monopolios y un estudio exhaustivo de las ventajas e inconvenientes de una estrategia antimonopolista[204]. Es decir, por un lado, intervención pero, por otro, medidas dirigidas a hacer los mercados más transparentes, como sucedía en los países más liberales. La lucha contra los monopolios había empezado y una etapa relevante de la misma debería ser una ley antimonopolio[205].

Fuentes Quintana y Velarde Fuertes publicaron en el diario Arriba, el día 2 de agosto del año 1953, un artículo titulado "Efectos del monopolio en la economía española"[206] donde se sostenía que sus beneficiarios eran los empresarios, los bancos de inversión y los trabajadores organizados. Los resultados de la situación eran: "mayores precios, menor producción y, por lo mismo, menor empleo de factores productivos, así como mayores beneficios y *generalización de la conducta monopolístic*a en otros *grupos económicos* distintos de los

grado de monopolio...". Muñoz Linares, C. (1949): "El grado de monopolio (Algunas consideraciones)", Anales de Economía, Vol. 9, n. 35, julio-septiembre, pp. 275-300, p. 288.

[202] El análisis de los monopolios y los consejeros comunes abonaban el convencimiento social de que las empresas españolas estaban controladas por pocas manos. Esta realidad, necesariamente, redundaba en una reducción de la competencia, pero abría el camino a la intervención del estado con propuestas que incluían la nacionalización.

[203] AA.VV. (1954): "La economía española en pocas manos", p. 165-169.

[204] Ibídem, p. 169.

[205] Distinta a una Ley de Defensa de la Competencia.

[206] AA.VV. (1954), pp. 73-78.

empresarios"[207]. Un buen diagnóstico. Dichos autores terminaban su trabajo indicando, con sentido común, que no creían que en los monopolios se sintetizaran todos los males, aunque sí un número elevado de ellos. En consecuencia, era necesario analizar el asunto a fondo y de forma desagregada.

También merece ser destacado el trabajo de Fermín de la Sierra[208] quien, sobre la base de su estudio sobre los consejeros comunes en los Consejos de administración de las empresas concluyó que "las industrias consideradas son típicamente oligopolísticas"[209], no necesariamente monopolistas.

En el I Congreso Nacional de la Falange[210] y en el III Congreso Nacional de Trabajadores[211] se debatieron multitud de cuestiones relacionadas con los monopolios y se propuso la creación de una Comisión con representación de la Organización Sindical para la revisión de todos los monopolios legales y de hecho[212]. De nuevo se apuntó la pertinencia de una ley antimonopolio. En todo caso, sorprende la obsesión por el análisis *ex ante* y el olvido de los efectos reales de la elevada concentración empresarial y la abundante regulación ineficiente que se desparramaba por doquier impidiendo el ejercicio de la competencia leal y efectiva en multitud de mercados.

Con tales antecedentes, la posición de dominio y su eventual abuso se convirtieron en motivo de análisis por algunos economistas destacando el

---

[207] Ibídem, p. 77.

[208] Sierra, F. de la (1953): La concentración económica en las industrias básicas españolas, Instituto de Estudios Políticos. El libro reproduce –con modificaciones– dos artículos del autor publicados en la Revista de Economía Política, correspondientes al n. 1 del Vol. II y al n. 1-2 del Vol. III.

[209] Ibídem, p. 19.

[210] Madrid del 24 al 29 de octubre de 1953. I Congreso Nacional de la Falange, Madrid, octubre 1953, Ediciones de la gerencia de revistas del Movimiento, páginas no numeradas.

[211] Madrid, 11-16 de julio del año 1955. Conclusiones del III Congreso Nacional de Trabajadores.

[212] Se pretendía informar al gobierno "sobre la conveniencia de orientar, modificar o suspender los Monopolios existentes, creación de otros nuevos y acerca de las medidas que considere necesarias para combatir la concentración monopolística", p. 10. En las Conclusiones del Segundo Congreso Nacional de Trabajadores (6-10 de marzo de 1951) se concluyó, entre otras cuestiones. "Que se dicten urgentemente medidas conducentes a la nacionalización del crédito que impidan la concentración de capitales en unas pocas manos, evitándose así también las oligarquías financieras opuestas a los intereses supremos de la economía nacional". Segundo Congreso Nacional de Trabajadores. Conclusiones (s.f.). Delegación Nacional de sindicatos. Vicesecretaría Nacional de Ordenación Social, p. 14.

trabajo de Muñoz Linares[213] sobre el pliopolio[214], aplicado a un conjunto de mercados[215]. El trabajo demostraba la existencia de un elevado grado de monopolio en importantes mercados de la economía española y su rotunda conclusión merece ser destacada: "la política económica poco ha influido para aumentar el grado de pliopolio y que puede resultar que su influencia haya conducido precisamente a lo opuesto"[216]. Muñoz Linares hacía referencia a una política de competencia distinta a una ley antimonopolio. De esta forma, la necesidad de un organismo que controlara las conductas anticompetitivas iba ganando fuerza. Por su parte, Fuentes y Velarde sostuvieron que en España se daban las condiciones para que las empresas actuaran de forma monopolística o coludieran pues a ello contribuían algunas asociaciones que, en ocasiones, incluso podían contar con el apoyo del Estado[217]. En este contexto de competencia escasa o nula en algunos mercados, surgieron algunos apóstoles defensores de la competencia que empezaron a difundir el principio de que la competencia debía ser defendida con todos los medios posibles, incluso los fiscales[218].

Los sindicatos verticales estaban obsesionados con los monopolios y, en consecuencia, no debe extrañar su demanda de una autoridad reguladora, con su participación en la misma. No preocupaba tanto su origen y su impacto real en la economía como su mera existencia, la concentración de sus dirigentes y sus efectos sobre los precios. Entre las conclusiones del I Congreso Sin-

---

[213] Muñoz Linares, C. (1955): "El pliopolio en algunos sectores del sistema económico español", Revista de Economía Política, Vol. VI, n. 1, enero-abril, pp. 3-66.

[214] Muñoz Linares se refería a Machlup para quien el pliopolio era "la posibilidad de que entren en una industria nuevas empresas", Ibídem, p. 5.

[215] A saber: a) Industrias básicas: Electricidad, Productos químicos, Minería, Siderurgia y Cemento; b) Industrias varias: Textil, Maquinaria y Construcciones metálicas, Papeleras, Azucareras, Material eléctrico y Construcciones navales; y c) Servicios: Bancos.

[216] Muñoz Linares, C. (1955), p. 66.

[217] "Todo lo cual se completa muchas veces con una serie de Cámaras, Juntas, Grupos, etcétera, de carácter más o menos oficial, que contribuyen a restringir la competencia entre los empresarios que forman parte de los mismos", en línea con lo que, en su día, apuntó Adam Smith. Vid. Fuentes, E., Velarde, J. ([1958]2008).

[218] Sorprendentemente, esta idea se transformó en una propuesta operativa sobre la base de la reforma tributaria de 1957 que a quienes llevaran a cabo conductas restrictivas de la competencia.

dical[219] se hacía mención a la necesidad de liberalizar las importaciones con el objetivo de agilizar la economía española y "de llevar a cabo con urgencia una revisión de las intervenciones administrativas que entorpecen el funcionamiento del sistema"; en particular, aquellas que "dan lugar a situaciones de privilegio u obstaculizan el mecanismo (sic) económico. A ello se sumaba la necesidad de más competencia y una política antimonopolio. Concretamente, se decía que "Las posiciones monopolistas... están exigiendo una política antitrust, sentada, pero firme, cuyo supuesto previo es la eliminación de esas intervenciones administrativas creadoras de privilegios. Ninguna institución deberá servir de marco para la coordinación de intereses con vistas al encarecimiento de los precios".

4. EL LARGO CAMINO HACIA LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL AÑO 1963

4.1. La búsqueda del reconocimiento internacional del régimen

Tras el final de la guerra civil, la economía española se organizó sobre las bases del intervencionismo en un contexto de penuria económica y desestructuración social. El pensamiento intervencionista, autoritario y antiliberal del régimen quedaba reflejado, con su peculiar retórica grandilocuente, en el Preámbulo del Fuero del Trabajo. Estaba claro que la confianza en los mecanismos del mercado, el "capitalismo liberal", estaba ausente en el ideario y las creencias de buena parte de quienes tenían en sus manos el poder político[220]. En palabras de Payne

---

[219] Vid. I Congreso Sindical (1961): Ponencia: Criterios sobre el desarrollo económico de España. Diario, Madrid, 6 de marzo de 1961 (páginas sin numerar). El general Franco participó en el Congreso y subrayó que las condiciones internacionales "nos obligan a vivir en los mercados del mundo y nos imponen el perfeccionamiento de nuestras industrias y de nuestras producciones para colocarnos en los mercados en situación de competencia...". Parece obvio que la necesidad de competir internacionalmente, ligada a la necesidad de competir en el mercado interior, iba penetrando en el lenguaje político pese a la resistencia de las fuerzas más conservadoras y retrógradas del régimen y de quienes se beneficiaban de la ausencia de competencia. Sin embargo, los hechos hacen pensar que el término "competencia" no tenía el mismo significado para todos aquellos que lo utilizaban.

[220] Vid. Gual, P. (1931): Prólogo, en Pugés, M. (1931): Cómo triunfó el proteccionismo en España (La formación de la política arancelaria española), Ed. Juventud, p. 19. Pugés fue contundente: "Pero tenemos por indudable que la riqueza colectiva de nuestro país no habría llegado a ser lo que es ahora, si la política económica española no hubiese evolucionado hacia el proteccionismo" (Introducción, p. 35).

y Palacios[221], la política inicial del general Franco, a diferencia de la de los países occidentales, fue "estatista, autoritaria, nacionalista y autárquica", aunque fue evolucionando. Sin embargo, la concepción autárquica, por imposible, pronto fue atenuada[222] aunque muchos dirigentes políticos estaban convencidos de que el autoabastecimiento, al estilo soviético, podía ser una opción viable; algo que tenía poco sentido económico. Además, iba contra la tendencia europea más orientada a la eliminación paulatina de las barreras aduaneras. El rechazo del régimen al libre mercado hundía sus raíces en su inequívoca preferencia cuartelaria por el intervencionismo junto al deseo de evitar el riesgo de una demanda de libertad en todos los aspectos de la vida social. La intervención económica fue, en muchos casos, exhaustiva, asfixiante e ineficiente y siempre estuvo bajo la observancia de los principios del nacionalsindicalismo y con la industrialización como referencia[223]. Dado su poco sentido, la estrategia hiperintervencionista, como la pretendida autarquía[224], no podía contar con una larga vida[225].

Un ejemplo seminal de la voluntad intervencionista del régimen se encuentra en la Ley de 24 de octubre de 1939 de protección a las nuevas industrias de interés general[226]. Franco, por un lado y a su manera, creía en la educación, el progreso y la industria pesada. Pero, por otro, no creía en la economía de mercado ni en el individualismo. Su pensamiento económico recordaba, en muchos aspectos,

---

[221] Payne, S. y Palacios, J. (2014): Franco: una biografía personal y política, Espasa, p. 531.

[222] Tras el final de la guerra europea se incrementaron las exportaciones españolas, básicamente de productos agrícolas y materias primas.

[223] "La obsesión de la chimenea o la línea de aviación nacional". Vid. Schwartz, P. y González, M.J. (1978): Una historia del Instituto Nacional de Industria (1941-1976), Tecnos, p. 140.

[224] Sobre la pertinencia de la autarquía puede verse Areilza, J.M.: "Directrices de la nueva ordenación económica", en AA.VV. (1940): Problemas técnicos de importancia económica en la nueva organización de España, Universidad de Barcelona, abril-junio, pp. 475-503. Por la información recogida, resulta de interés el trabajo de Capella, M. (1945): La Autarquía Económica en España. Notas para su historia, Ed. Vimar.

[225] Castañeda, por ejemplo, recuerda que "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'...". Castañeda, A. (2014): "Algunos recuerdos y reflexiones en el cincuentenario de la primera Ley de Competencia en España", ICE n. 876, enero-febrero, PP. 105-123, p. 106.

[226] BOE, 25 de octubre de 1939, pp. 5974-5975. Conviene destacar que la visión estratégica del general Franco no coincidía totalmente con las palabras del Fuero del Trabajo, claramente alejadas de las necesidades de un Estado moderno.

a las ideas que inspiraron los planes quinquenales soviéticos: como si de un regimiento se tratara, creía que la economía podía dirigirse desde la política[227].

El general Franco era consciente de que la continuidad del régimen exigía el reconocimiento internacional de España, algo incompatible con las pretensiones autárquicas. En consecuencia, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el régimen intentó resolver el problema de su aislamiento acercándose al mundo democrático y llamando a las puertas de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) en el año 1945[228]. El trayecto no fue sencillo. El día 12 de diciembre de 1946 el régimen franquista fue condenado y apartado de la ONU y de sus agencias especializadas. También se decidió la retirada de los embajadores de los países miembros de la ONU, cuestión de segundo nivel[229]. Todo ello supuso un duro golpe para el régimen, pues entre sus objetivos principales se incluía la obtención de ayudas económicas, dada la precaria situación de la economía, y la adhesión al Fondo Monetario Internacional (FMI). Sin embargo, pese al primer revés, las autoridades españolas porfiaron para conseguir el ansiado ingreso y aprovecharon el rechazo para fortalecerse ante la opinión pública. Por su parte, el gobierno norteamericano contemplaba la localización estratégica de España como una oportunidad, pues permitía completar su sistema internacional de defensa en el contexto de la guerra fría[230]. Algo tenía que

---

[227] Las pretensiones del general Franco eran incompatibles con una concepción estrictamente autárquica de la economía, pero no con una concepción intervencionista. Vid. Payne y Palacios (2014), pp. 530-531.

[228] Haciendo caso omiso de la actitud del general Franco frente a la Sociedad de Naciones, abandonando la organización el día 9 de mayo de 1939. España fue admitida en dicho organismo en el año 1955, pese a las reticencias de países como Francia y el Reino Unido. En la Conferencia de Postdam (17 de julio de 1945-2 de agosto de 1945) Stalin quiso tratar el tema de la eliminación de la España fascista, a lo que se opusieron Truman y Churchill. Muy pronto, en el año 1944, España expresó su deseo de mantenerse neutral y Estados Unidos tenía las bases en su punto de mira. Vid. Kolko, G. (1968). The Politics of War. The World and United States Foreign Policy 1943-1945, Random House, pp. 588-589.

[229] Los efectos de esta decisión fueron más aparentes que reales. Muchos países representados en la ONU no tenían embajadores en Madrid. De hecho, solo el Reino Unido, Países Bajos y El Salvador retiraron sus embajadores que fueron sustituidos por los encargados de negocios. Los 19 embajadores operativos en Madrid siguieron en sus puestos.

[230] Aunque, en aquellos momentos, no era políticamente posible avanzar por la senda del establecimiento de estrategias comunes dado que España estaba gobernada por una dictadura.

cambiar. En el año 1947, la crisis de la balanza de pagos y, sobre todo, la necesidad de recursos, obligaron al régimen a solicitar ayuda exterior[231].

En el mes de junio de 1948, el Encargado de Negocios de la embajada de Estados Unidos, Paul Culbertson, envió una nota a las autoridades norteamericanas alertando, entre otras cuestiones, acerca de la orientación restrictiva de la política de inversiones extranjeras, el excesivo grado de intervencionismo, la política de comercio exterior y el rígido e ineficaz control de precios[232]. Las ideas incluidas en la nota, con pocas variaciones, sobrevolarían, durante muchos años, las negociaciones entre las administraciones española y norteamericana[233]. Estados Unidos contemplaba a España como un lugar estratégico y como un mercado y España veía en Estados Unidos a un socio con capacidad de conceder ayuda financiera. Las estrategias de España y Estados Unidos no estuvieron exentas de tensiones. El ministro Martín Artajo rechazó cualquier intromisión en cuestiones de política económica; en particular, en favor de la libertad económica en el marco de una moderna economía de mercado. Pese a ello puede sostenerse que la administración americana jugó un papel relevante, aunque no determinante, en el proceso de modernización de la economía española al introducir en el debate la necesidad de terminar con el exceso de intervencionismo. La reacción española ante esta pretensión y la presión de los americanos al respecto registraron altibajos.

A principios de los años cincuenta, en España se empezó a detectar algunos signos de cambio, tenues pero destacables. Como nada es eterno, la percepción de la ONU sobre España se modificó en función de los intereses de Estados Unidos. El día 4 de noviembre de 1950, la Asamblea General de la ONU, de

---

[231] Cavalieri apunta que esta opción, de haber resultado exitosa, "hubiese desencadenado el proceso de liberalización de la economía española ya en 1948, con una década de antelación respecto al Plan de Estabilización". Cavalieri, E. (2014): España y el FMI: la integración de la economía española en el sistema monetario internacional, 1943-1959, Banco de España, p. 54.

[232] El excesivo intervencionismo del régimen era motivo de preocupación por parte de los inversores potenciales. Borrell, por ejemplo, escribió: "Cuando la intervención... afecta a la vida misma de la empresa... puede dar lugar... a un amortecimiento en las iniciativas, que exija, a su vez, nuevas intervenciones, hasta llegar a una estatificación total de la economía del país". Vid. Borrell, J. (1946): El intervencionismo del Estado en las actividades económicas. Su extensión y límites, Bosch, p. 197.

[233] Viñas, A. (1981): Los pactos secretos de Franco en Estados Unidos. Bases, ayuda económica, recortes de soberanía, Grijalbo, p. 263, nota 11.

forma oportunista, flexibilizó su posición en relación con España y arrinconó su estrategia anterior dirigida a forzar el retorno a la democracia como cuestión previa, fundamental, irrenunciable. El primer resultado de dicho cambio fue la anulación de determinados artículos de la resolución del año 1946. Un mes más tarde, Estados Unidos nombró embajador en Madrid a Stanton Griffis y otros países siguieron el ejemplo norteamericano. Las circunstancias estaban cambiando a buen ritmo pero la confrontación de intereses entre las administraciones norteamericana y española no daba ningún resultado. España solicitaba ayuda económica y Estados Unidos la subordinaba a la adopción de medidas de liberalización política y económica. Este juego dialéctico tuvo una larga vida, pero la propia dinámica de los acontecimientos rompería la cadena por el eslabón más débil. Más pronto que tarde, ambas partes deberían flexibilizar sus posturas y, dada la situación y la correlación de fuerzas, España no estaba en disposición de imponer muchas condiciones, pese a la tozudez del dictador.

En el marco de una economía encerrada en sí misma, política y económicamente, y sometida a un fuerte control burocrático[234], no debe extrañar que, hasta principios de los años cincuenta (gráfico 4), no se hubieran recuperado los niveles de producción de la preguerra[235]. Los errores de la política económica española tuvieron efectos devastadores[236] aunque el régimen lo justificara sobre la base de las dificultades del entorno; ciertas, en todo caso, pero no únicas[237].

---

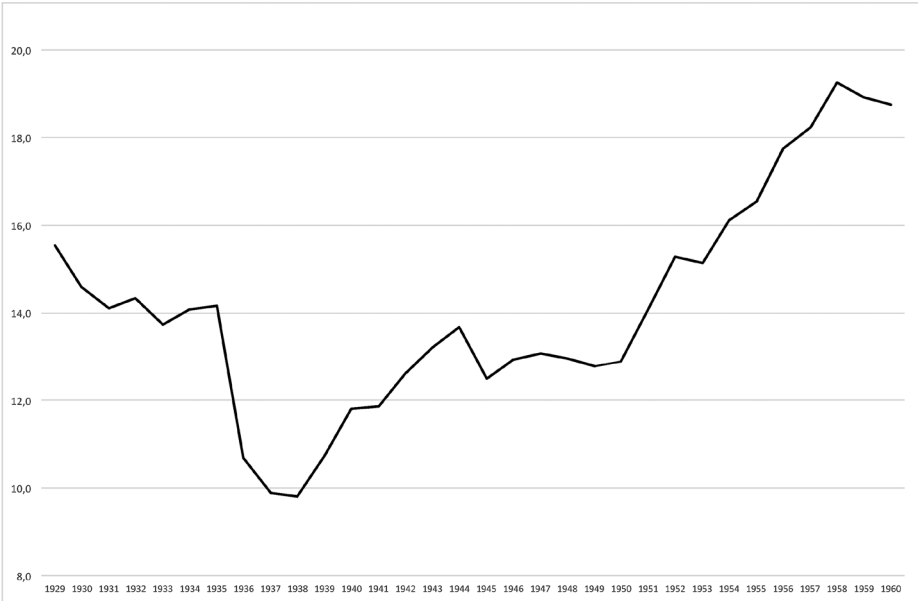
[234] Vid. Torres, M. de (1950): Introducción a John Jewkes. Juicio de la planificación, Ed. Aguilar, pp. XIII-XXII, p. XIX.

[235] Vid. Barciela, C. (2016): Guerra Civil y primer franquismo (1936-1959), en Comín, F., Hernández, M. y Llopis, E. (eds.): Historia económica de España. Siglos X-XX, Ed. Crítica, p. 344. Para Prados de la Escosura, Rosés y Sanz-Villaroya, España no recuperó su máximo nivel de PIB per capita de 1929 hasta el año 1955, en contraste con el promedio de los países europeos que alcanzaron su nivel de 1938 en el año 1950. Debe señalarse que en los años cincuenta, la tasa de crecimiento del PIBpc español creció a una tasa similar a la del promedio de los países europeos. Vid. Prados de la Escosura, L.; Rosés, J.R. y Sanz-Villarroya, I. "Economic Reforms and Growth in Franco's Spain", Revista de Historia Económica, Vol. 30, n. 1, p. 48.

[236] Iniciativas como la "Ley de protección de las industrias de interés nacional", de 25 de octubre de 1939, o la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria, de 24 de noviembre de 1939, no tuvieron el efecto deseado pese a los beneficios concedidos.

[237] La argumentación oficial puede verse en OCYPE (1959): Memorandum al Fondo Monetario Internacional y a la Organización de Cooperación Europea, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Documentación Económica, 6, p. 7. El Memorandum tiene fecha de 30 de junio de 1959.

Gráfico 4. Producto Interior Bruto real per cápita (2010 = 100)

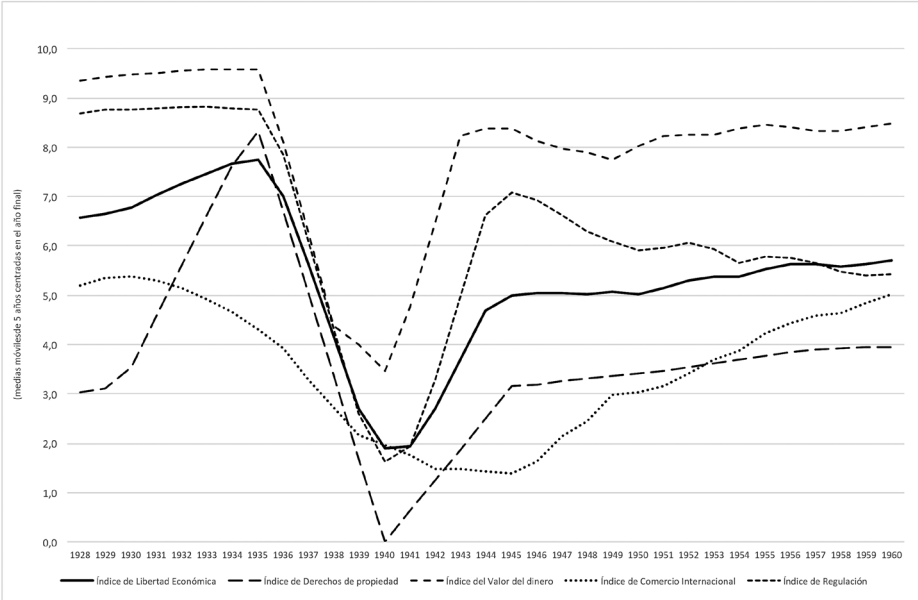


Fuente: Prados de la Escosura, L. Espacio Investiga. Fundación Rafael del Pino. https://espacioinvestiga.org/definicion-descripcion/

En todo caso, el Índice HIEL de Libertad Económica mejora a partir del año 1941 destacando el hecho de que el indicador correspondiente a la regulación a partir de la segunda mitad de la década de los años cuarenta no refleja ningún tipo de mejora, reforzando la constatación de que España era un país reacio a la liberalización de los mercados (gráfico 5). Los indicadores más relevantes que han contribuido a mejorar el valor del índice son el valor del dinero y el comercio internacional. El valor del dinero incluye la tasa de inflación, y la variabilidad de la inflación en los últimos años considerando el crecimiento diferencial de la cantidad de dinero. En relación con la libertad de mercado a escala internacional, las variables incluidas son los ingresos aduaneros como proporción del valor corriente de las importaciones, las restricciones al comercio, la diferencia entre el tipo de cambio oficial, el tipo de cambio del mercado negro y los controles del mercado internacional de capital.

En el mes de agosto de 1950 el Congreso norteamericano votó a favor de la concesión de créditos y, con cautelas, estaba dispuesto a establecer re-

Gráfico 5. Índice de Libertad Económica y sus componentes. 1928-1960



Fuente: Prados de la Escosura, L. Espacio Investiga. Fundación Rafael del Pino. https://espacioinvestiga.org/definicion-descripcion/

laciones con España[238]. En noviembre de 1950, España fue admitida en la UNESCO. No era un hecho muy relevante, pero reflejaba algo que sí lo era: el rechazo hacia España comenzaba a desvanecerse[239]. En todo caso, fueron las circunstancias económicas las que contribuyeron a modificar la actitud del régimen y a intensificar las acciones encaminadas a romper su aislamiento exterior[240]. En Estados Unidos, algunos sectores sentían cierta comprensión con la dictadura e inversores potenciales veían oportunidades de inversión rentable en España.

---

[238] Calvo, O. (2006): "Guns, then Butter: American Military Interests and Economic Confidence in Spain under the Franco Dictatorship", mimeo, p. 5.
[239] Ferraris, M. C. (2007): "Economía e ideología en el franquismo. Tensiones entre utopía y pragmatismo. 1945-1970", Estudios sociales contemporáneos, año 2, n. 2, pp. 110-141.
[240] El proceso ha sido magníficamente analizado por Elena Cavalieri, referencia obligada en el desarrollo de este apartado. Vid. Cavalieri (2014).

El régimen no contaba con el apoyo general de la sociedad española. Incluso dentro del propio régimen, algunas voces proclamaban la necesidad de dar mayor protagonismo a las fuerzas del mercado. Por esta razón, la dialéctica entre las concepciones franquista y más liberal impregna, de forma creciente e irreversible, los debates –públicos y privados, publicados y no publicados– en las administraciones, las empresas y los sectores ilustrados de la sociedad.

El cambio de actitud de la ONU y de la administración norteamericana abrió nuevos horizontes que allanaban el camino al reconocimiento internacional del régimen. Como señala Cavalieri[241], "A partir de 1951, con el inicio de las negociaciones para los Pactos de Madrid, los beneficios de tipo político ligados a la admisión en el FMI perdieron relevancia. El régimen mostraría, desde entonces, una clara preferencia hacia el reforzamiento de la relación bilateral con Estados Unidos, dejando en un plano secundario la cuestión de la integración en los organismos de Breton Woods", cuyo coste no era desdeñable pues consideraba que sería más fácil obtener ayuda económica de Estados Unidos que de los organismos internacionales.

En el mes de marzo de 1951, la embajada de Estados Unidos en Madrid tuvo contactos con el general Franco quien, el día 16 de julio siguiente, se entrevistó con el jefe de operaciones navales, Forrest Sherman. Dos días después, el general Franco nombró un nuevo gobierno con fuerte presencia falangista y con el almirante Carrero Blanco como ministro de la Presidencia. Arburúa llegó al gobierno con el beneplácito de los Estados Unidos dados sus planteamientos más liberales en relación con las políticas comercial y cambiaria, subordinadas a la alarmante situación de la balanza de pagos y con la mirada puesta en la liberalización del mercado de divisas, cuestiones que interesaban a los norteamericanos. El nuevo gobierno, reformista en algunos aspectos, nació con la esperanza de que un acuerdo con la administración norteamericana, con las correspondientes contraprestaciones económicas, contribuiría a mejorar la situación económica. De hecho, el camino hacia la libertad fue largo y difícil y los hechos pusieron de relieve

[241] Cavalieri (2014), p. 67.

que la convivencia entre los partidarios de la economía de mercado y sus detractores no fue pacífica[242].

4.2. Los Pactos de Madrid

A finales del año 1952, España era miembro de varias agencias técnicas de la ONU. El panorama estaba cambiando y dos acontecimientos contribuyeron a introducir la cuestión de la liberalización del comercio exterior y de los mercados internos y de la flexibilización de algunos aspectos de los mercados españoles en la discusión política. Por una parte, los acuerdos con los Estados Unidos de 1953; por otra, el Memorándum al Fondo Monetario Internacional y a la Organización Europea de Cooperación Económica[243] (el Memorándum) [244]. En ambos casos se contemplaba la posibilidad de recibir ayudas. La presunta generosidad americana se apoyaba sobre tres pilares fundamentales: la situación estratégica de España, el anticomunismo visceral del régimen junto a la victoria electoral de Eisenhower en las elecciones presidenciales norteamericanas del año 1952 y las buenas oportunidades de negocio en la economía española si se impulsaban reformas estructurales[245].

El día 26 de septiembre del año 1953, fue una fecha clave para España. En efecto, el embajador de los Estados Unidos en España, James Clement, y el ministro de Asuntos exteriores español, Martín Artajo, firmaron tres Convenios[246],

---

[242] Como sostiene Barciela, el resultado de la contraposición de argumentos entre inmovilistas y partidarios de las reformas "fue un constante forcejeo, una sucesión de amagos aperturistas y de reacciones inmovilistas que se tradujeron, a la postre, en el incumplimiento del programa de reformas". Los avances en la apertura de los mercados se tradujeron en resultados positivos y la producción y el consumo se recuperaron. Pero las resistencias a la liberalización frenaron, una vez más, el crecimiento económico. Vid. Barciela (2016), p. 360.

[243] OCYPE (1959a).

[244] En palabras de Sardà, operó como un "shock psicológico". Sardà, J. (1987): V. 1953-1959, en Sardà, J. (1987): Escritos (1948-1980), Edición de Raimundo Ortega, Banco de España, p. 341.

[245] A todo ello se sumaba el convencimiento de las autoridades norteamericanas de que el mejor procedimiento para frenar la política de influencia de la URSS era el fomento del crecimiento económico de la economía europea. Sobre esta base se diseñó el Plan Marshall. Sobre el Plan resulta de interés, Kennan, G.F. (1967): Memoirs. 1925-1950, Little, Brown and Co., pp. 325-353.

[246] Ministerio de Asuntos Exteriores. Dirección General de Política Exterior. Convenio relativo a la ayuda para la mutua defensa entre los Estados Unidos de América y España. BOE n. 275, de 2 de octubre de 1953, pp. 5956-5961. De acuerdo con Piñeiro, "El régimen de Franco aceptó

conocidos como Pactos de Madrid (los Pactos): el primero, referido a los suministros de material bélico que Estados Unidos proporcionaría a España; el segundo, a la ayuda económica; y el más importante, el tercero, referido a la ayuda mutua, que incluía el establecimiento de bases militares en territorio español. A los efectos del presente apartado interesa destacar, exclusivamente, lo acordado en relación con la ayuda económica[247] por su impacto sobre la incipiente liberalización de la economía y la modernización de España, pues la liberalización económica estaba incluida en el listado de asuntos a discutir y terminó por convertirse en una propuesta concreta de borrador de Ley de Defensa de la Competencia[248]. Todo ello sin olvidar que lo que realmente importaba a Estados Unidos eran las bases militares y a España la ayuda económica[249]. Los representantes españoles, como se constató durante el proceso negociador, no estaban dispuestos a aceptar ocasionales propuestas de liberalización.

De acuerdo con Viñas[250] "los convenios ampararon la aplicación de planteamientos modernos de gestión económica, tanto a nivel macro como a ni-

---

unas condiciones durísimas, hecho que en aquellos momentos era desconocido por la opinión pública". Vid. Piñeiro, Mª del R. (2006): "Los Convenios Hispano-Norteamericanos de 1953", Historia Actual On Line, n. 11, otoño, pp. 175-181, p. 178. Como subraya Viñas "los pactos de 1953 supusieron, en su día, la ruptura de la neutralidad de España que, dejando de lado la tentación franquista de alineamiento con el Tercer Reich, se había sostenido a lo largo del siglo XX". En todo caso, a pesar de que sectores de la sociedad norteamericana estuvieran de acuerdo con el anticomunismo del régimen, no toda la opinión pública norteamericana veía con buenos ojos el citado acercamiento. Vid. Viñas, A. (2003): "La negociación y renegociación de los acuerdos hispano-norteamericanos, 1953-1988: una visión estructural", Cuadernos de Historia Contemporánea, 25, pp. 83-108, p. 84. Viñas (p. 91), también se refiere a la opacidad de los pactos.

[247] Los otros Convenios se referían a cuestiones relacionadas con la paz, la seguridad y la defensa. Lógicamente, el "peligro comunista" estaba presente.

[248] Vid. Rufilanchas, L. (1963): "Ley antimonopolio", Átomos y energía, n. 15, septiembre-octubre, p. 13, citado por AA.VV. (1964), p. 60. En esta misma línea se pronuncia Puig: "lo verdaderamente relevante de los programas de ayuda estadounidenses fue que actuaron como catalizador del movimiento modernizador que habría de acompañar la progresiva liberalización de la economía española en los años sesenta y setenta". Vid. Puig, N. (2003): "La ayuda económica norteamericana y los empresarios españoles", Cuadernos de Historia Contemporánea, n. 25, pp. 109-129, p. 128.

[249] Como ha subrayado Cavalieri "la liberalización económica y monetaria era el objetivo a largo plazo siempre anunciado, pero constantemente aplazado *sine die*... En la práctica, se dejaba plena libertad al Gobierno de Franco sobre el proceso de liberalización económica, sin condicionar la ayuda a ningún progreso en este sentido". Vid. Cavalieri (2014), p. 78.

[250] Viñas (2003), p. 86.

vel micro, y posibilitaron el acceso de España a las instituciones de Bretton Woods, sin el cual no hubiese sido posible la única operación de gran calado estratégico del franquismo, el Plan de Estabilización y Liberalización de 1959"[251]. Comparto estas palabras, pero, a mi juicio, en el momento de la firma de los Pactos, la fe en los mecanismos de mercado por parte de la administración española era muy liviana. En todo caso, la semilla cayó sobre tierra suficientemente fértil, aunque el camino a recorrer estaba lleno de obstáculos. Las fuerzas contrarias a la liberalización estaban alerta dentro del propio gobierno y en el mundo empresarial pues la supervivencia de muchas empresas exigía fuertes dosis de proteccionismo[252].

Pese a que la fe en los mecanismos de mercado era débil, prácticamente inexistente, los Pactos contribuyeron a mejorar las expectativas empresariales pues supusieron un factor que contribuía a resquebrajar la pétrea concepción intervencionista y proteccionista de la economía española. Con la mejora de las expectativas aumentó la inversión que, a su vez, fomentó el crecimiento de la economía, aunque de forma atenuada dada la ausencia de reformas estructurales. La inversión privada pasó de suponer el 8,7 por ciento del gasto nacional bruto en el período 1941-1949 al 15,2 por ciento en el período 1950-1958. Dicho incremento supuso que el stock de capital fijo privado en términos reales aumentó un 51,7 por ciento en el período 1951-1958 frente a una reducción del 4,2 por ciento durante la década de los años 40[253]. La Formación Bruta de Capital

---

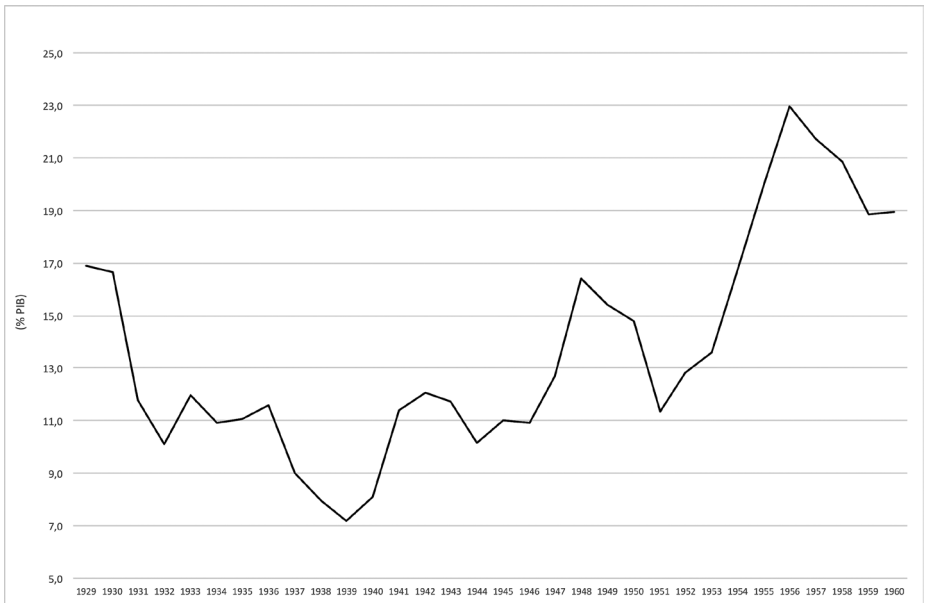
[251] Como sostiene Viñas (2003, p. 89), la presión –blanda, en todo caso– de las autoridades norteamericanas en favor de la liberalización de la economía empezó algunos años antes: "A partir de 1948, los Estados Unidos dejaron de hacer presión política sobre el régimen y se limitaron a recomendarles avances, que no se produjeron, en el área menos controvertida de la liberalización económica".

[252] La escasa o nula competencia en multitud de mercados permitía la obtención de beneficios extraordinarios o, en el peor de los casos, la supervivencia de muchas empresas. Vid. OCYPE (1959b): Informe sobre la economía española, Secretaria General Técnica de la Presidencia del Gobierno, p. 21.

[253] Vid. Calvo, O. (2001): "¡Bienvenido, Mister Marshall! La ayuda económica americana y la economía española en la década de 1950", Revista de Historia Económica, Vol. 19, pp. 253-275. El autor se ha apoyado en Cubel, A. y Palafox, J. (1997): "El stock de capital en la economía española, 1900-1958", Revista de Historia Industrial, 17, pp. 113-146, y en Carreras, A. (1985): "Gasto Nacional Bruto y Formación de Capital en España, 1848-1958: primer ensayo de estimación", incluido en Prados de la Escosura, L. y Martín Aceña, P. (eds.): La nueva historia económica de España, Tecnos, pp. 17-51. Vid., también, Calvo, O. (2007): "American Military Interests

Fijo en términos de PIB registró una subida tras la Segunda Guerra Mundial seguida de un descenso y una nueva subida iniciada en el año 1951 que se mantuvo hasta 1956 (gráfico 6). En todo caso, los productos importados a título de ayuda no fueron relevantes. Se trataba de "productos alimenticios (trigo, maíz, grasas alimenticias), algodón y metales. Los bienes de equipo no representaron más del 12 por 100 del total de suministros[254]".

Gráfico 6. Formación Bruta de Capital Fijo (% PIB). 1929-1960



Fuente: Prados de la Escosura, L. (2017): Spanish Economic Growth, 1850-2015, Palgrave Macmillan, Fundación Rafael del Pino.

Con estos antecedentes, aunque el texto merezca parabienes, no deja de ser una ironía que en el preámbulo del Convenio se hiciera referencia a la libertad individual. Por su interés, debe destacarse que, según el artículo II, el compromiso se extendía a desalentar las conductas que tuvieran carácter de monopolio o "cartell". Asimismo, el compromiso se refería a la necesidad de "estimular la

and Economic Confidence in Spain under the Franco Dictatorship", The Journal of Economic History, Vol. 67, n. 3, septiembre, pp. 740-767.

[254] OCYPE (1959b), p. 49.

competencia y la productividad y facilitar y fomentar el desarrollo del comercio internacional, reduciendo los obstáculos que puedan entorpecerlo cuando ello afecte a la realización del programa convenido". Tanta exuberancia verbal podía parecer el preludio de cambios sustanciales dirigidos a la eliminación de la regulación ineficiente y al fomento de la competencia, pero fue necesario que el paso del tiempo hiciera madurar las ideas y se abordara la defensa de la competencia sobre la base de un texto legal.

La intención de la administración norteamericana de fomentar la economía de mercado en España se refleja en el Anexo al Convenio cuyo contenido, debidamente estructurado, podía servir de plataforma y punto de partida a una LDC[255], pero faltó pulso para acelerar el proceso de liberalización[256]. Este hecho tuvo un impacto negativo sobre la necesaria modernización de la economía. En realidad, el riesgo de colapso de la economía española fue el elemento que realmente impulsó la propuesta de reformas económicas, venciendo la aversión del general Franco a la liberalización económica[257].

---

[255] El texto se ha reproducido de forma seguida. En el original, los distintos apartados se presentan separados. En efecto, en el Anexo, que incorporaba unas "Notas interpretativas", se decía que las prácticas y acuerdos comerciales a que se refiere el párrafo 1 e) del artículo II significan: "a) Fijación de precios, términos o condiciones que hayan de observarse al tratar con otros en la compra, venta o arrendamiento de cualquier producto; b) Exclusión de empresas de mercados territoriales o campos de actividad comercial, asignación o división de los mismos o asignación de clientes o fijación de cuotas de ventas o de compras; c) Discriminación contra determinadas empresas; d) Limitación o fijación de cupos de producción; e) Evitación, por acuerdo, del desarrollo o aplicación de progresos técnicos o de inventos patentados o sin patentar; f) Extensión del uso de derechos patentados, marcas registradas o derechos de propiedad industrial concedidos por cualquiera de los dos países a materias que de acuerdo con sus leyes y reglamentos no pueden ser objeto de tales concesiones, o a productos, condiciones de producción, uso o venta que tampoco pueden ser objeto de dichas concesiones; y g) Aquellas otras prácticas que ambos Gobiernos acuerden incluir".

[256] Vid. Barciela, C. (2000): "La ayuda americana a España (1953-1963)", Lección inaugural del curso académico 2000-2001. Universidad de Alicante. http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6t0k2, p. 7.

[257] El general Franco nunca estuvo dispuesto a aceptar o tolerar las ideas liberales "para que no pueda venir un régimen liberal que ya ha fracasado en España...; habrá un rey o un regente que gobernará sin los inconvenientes de la democracia y el liberalismo para los que el pueblo español no está preparado". Vid. Franco Salgado-Araujo, F. (1976): Mis conversaciones privadas con Franco, Ed. Planeta, p. 359.

Cerrados los Pactos, renació el interés por participar en las organizaciones económicas europeas; en particular, en la OECE y en la Unión Europea de Pagos. En julio del año 1956, España formalizó su solicitud de entrada en la OECE, firmando el acuerdo de asociación el día 10 de enero de 1958 y alcanzando el *status* de miembro de pleno derecho en el mes de julio de 1959.

Cavalieri[258] destaca dos cuestiones cuyo interés, pese a no ser una novedad, debe ser subrayado. La primera, "El miedo de las autoridades era que una repentina liberalización del comercio y unificación del tipo de cambio provocaran un aumento incontrolado de las importaciones españolas y un incremento del déficit de la balanza de pagos, imposible de gestionar a causa de la crónica ausencia de reservas por parte del IEME". La segunda, el interés de Estados Unidos de eludir cualquier compromiso de ayuda financiera a España[259]. Ninguna de estas cuestiones era trivial.

Hay un aspecto poco conocido de las relaciones entre los gobiernos americano y español que, por su relevancia, en relación con la modernización de España, merece la pena ser destacado. Se trata del impulso a las escuelas de negocios y asociaciones empresariales creadas con el objetivo de formar a los dirigentes españoles, cuestión bien estudiada por Puig. Detrás de estas iniciativas estaba un grupo selecto de empresarios españoles[260]. Algo lógico, pues "el empresariado aparecía como el colectivo más liberal de la autárquica España"[261]. A todo ello debe sumarse la Comisión Nacional de Productividad Industrial (CNPI), fundada por Fermín de la Sierra en el año 1952[262], que tuvo una gran influencia en el proceso modernizador de España.

---

[258] Cavalieri (2014), pp. 89-90.

[259] En efecto, subraya Cavalieri que "en la práctica, el Gobierno estadounidense se mostró interesado sobre todo en mantener al mínimo su compromiso financiero con España y no estuvo dispuesto a ofrecer ninguna facilidad para acelerar el proceso de integración de España en las organizaciones económicas internacionales". Vid. Cavalieri (2014), p. 90.

[260] Y personas familiarizadas con los Estados Unidos como Fermín de la Sierra.

[261] Puig (2003), p. 110. Al menos, una parte de dicho empresariado. Otra parte era radicalmente contraria a la liberalización de la economía.

[262] La CNPI estuvo activa hasta el año 1964. De acuerdo con Puig, en su seno, con el apoyo financiero y académico de las agencias y universidades de Estados Unidos, se crearon organizaciones como la Escuela de Organización Industrial (EOI) (1955), orientada hacia la gran empresa, principalmente el INI. Añade Puig (2003, p. 120): "En Barcelona, la EOI contó con una hermana, la Escuela de Administración de Empresas (EAE)... La estrella de estas

4.3. El apoyo americano

1956 fue otro año decisivo[263]. La crisis económica puso de manifiesto la fragilidad del régimen[264] y era necesario un golpe de timón. La lógica económica conduce a pensar que los ejes de la nueva estrategia solo admitían una posibilidad: la estabilización, la liberalización y la integración de España en el sistema económico internacional. La apuesta no era sencilla. Dadas las preferencias del régimen, eran más probables la estabilización y la integración que la liberalización. Mientras tanto, el gobierno seguía necesitando ayuda económica exterior y confiar en la administración norteamericana no dejaba de ser una ilusión[265]. En este proceso, el aliado del gobierno fue la embajada de Estados Unidos en Madrid, perfecta conocedora de la situación real y del interés que tenía, incluso para Estados Unidos, que España pudiera salir de la situación crítica en que se encontraba. Lodge y Arburúa coincidían en el diagnóstico sobre la situación económica y las medidas necesarias para resolverla[266]. El embajador rompió la tradicional neutralidad diplomática y adoptó un papel activo en defensa de la estabilización de la economía al tiempo que reiteraba, ante la administración

---

dos escuelas quedaría pronto eclipsada por instituciones privadas como el Instituto Católico de Artes e Industrias-Instituto Católico de Administración y Dirección de Empresas (ICAI-ICADE), en Madrid, la Escuela Superior de Administración de Empresas (ESADE) y, sobre todo, el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE) en Barcelona". La ayuda americana también se dirigió a la Asociación para el Progreso de la Dirección (1956). Se trataba de organizaciones que, sobre la base de su fe en la economía de mercado, han formado a multitud de estudiantes, profesionales y empresarios en el campo de la administración de empresas y han tenido larga vida e impacto en la realidad económica y empresarial española. La Fundación Ford tuvo una gran influencia en la difusión de los principios empresariales norteamericanos.

[263] Pese a que, a mi juicio, se había abandonado el modelo autárquico muchos años antes, algunos autores consideran que se mantuvo hasta la segunda mitad de los años cincuenta. Vid. Tamames, R. (2005): "La autarquía española y las rémoras para el crecimiento económico posterior", ICE n. 826, noviembre, pp. 13-24, p. 23.

[264] En el mes de febrero de 1956, el Consejo de Administración del IEME alertó sobre la gravedad de la economía española cuando sostuvo que era necesario modificar el sistema de cambios múltiples, devaluar la peseta y llevar a cabo la incorporación de España a los organismos económicos internacionales.

[265] Su conducta estaba más orientada a sus intereses que a las necesidades de España. En palabras de Cavalieri (2014, p. 96): "a mediados de 1956 la continuación de la asistencia económica a España parecía justificarse solo en tanto en cuanto sirviese a los intereses norteamericanos".

[266] Ayuda financiera, pero, también, medidas fiscales y monetarias de tipo restrictivo.

norteamericana, la necesidad de proporcionar ayuda financiera a España[267]. Sin olvidar la conveniencia de facilitar las inversiones extranjeras en España como medio para mejorar la economía y la balanza de pagos. Por su parte, pese a la difícil situación en la que se encontraba la economía española y las pocas salidas racionales a la misma, el gobierno, una vez más, estaba dividido. Por una parte, el ministro Secretario General del Movimiento –un liberticida contrario a la economía de mercado– y el ministro Girón de Velasco, apoyados –entre otros– por el INI, optaron por la vía populista de aumentar los salarios; la peor opción posible en aquellos momentos. Frente a ellos, Arburúa propuso la adopción de una política restrictiva y la progresiva apertura de la economía española. Dadas las circunstancias, no debe extrañar que la propuesta de Arburúa no triunfara en el Consejo de ministros.

Ante esta situación, era necesaria una salida. Su origen se encuentra en el decisivo aerograma confidencial del director de la ICA[268], John B. Hollister, que se convirtió en una referencia en el proceso negociador[269]. El documento incluía tres sugerencias: en primer lugar, modificar la política económica española; en segundo lugar, elaborar un plan de estabilización con la participación de expertos internacionales[270]; y, en tercer lugar, pero no menos importante, incorporar a España en los organismos internacionales de cooperación económica, incluyendo el FMI y el BM. La necesidad de un plan de estabilización ya estaba sólidamente planteada en el mencionado documento. Ponerlo en marcha era cuestión de tiempo. No había marcha atrás. Sin embargo, no todo eran coincidencias. En efecto, la embajada de Estados Unidos en Madrid criticó el documento por no abordar el análisis de los problemas inmediatos, ineludibles, al tiempo que insistía en su propuesta de ayuda financiera[271]. De nuevo se constataba que im-

---

[267] Tal fue la complicidad con Lodge que Arburúa envió al embajador copia del informe que remitió, "confidencialmente", al general Franco con una propuesta de estabilización de la economía.

[268] International Cooperation Administration. El aerograma fue remitido a la embajada de Estados Unidos en Madrid, el día 20 de enero de 1957.

[269] La relevancia del aerograma se refleja en el hecho de que Cavalieri le dedica un extenso apartado que constituye la base del presente escrito. Vid. "El telegrama de Hollister y los orígenes del Plan de Estabilización". Vid. Cavalieri (2014), pp. 106-113.

[270] La iniciativa debe atribuirse a la administración norteamericana con el beneplácito de un grupo selecto de servidores públicos españoles.

[271] De hecho, torció parte de la argumentación de Hollister y este manifestó estar dispuesto a conceder una ayuda de 25 millones de dólares con la condición de que el gobierno se comprometiera

portaba más la estabilización que la liberalización, a pesar de que ambas eran necesarias.

La necesidad de ayuda financiera era una obsesión. El día 31 de agosto de 1956, Martín Artajo solicitó una ayuda de 200 millones de dólares a Estados Unidos para formar parte de la OECE como miembro de pleno derecho. De acuerdo con Cavalieri[272], España decía estar preparada para corregir la regulación de la economía "y llegar en el plazo de pocos meses 'a una situación de liberalización, comparable, al menos, con la media de los demás países europeos'". Ambas cuestiones eran poco creíbles en aquel momento de la negociación. Como ha estimado Calvo[273], la ayuda acumulada no llegó al 1 por ciento del PIB español en los años 1953-1963, inferior a la que habría correspondido en el contexto del Plan Marshall.

Siguiendo las instrucciones de la ICA, el día 30 de enero de 1957, Lodge y Arburúa se entrevistaron. El objetivo de Lodge era presionar al gobierno para que acelerara la puesta en práctica de las medidas de estabilización incluidas en la carta remitida a Martín Artajo el día 7 de enero. Pero el gobierno, una vez más, estaba dividido y el peso de la Falange todavía era muy fuerte. Arburúa no pudo imponer su criterio. La solución al dilema planteado no era fácil. El general Franco seguía viendo la liberalización como una opción de alto riesgo político[274]. La maquinaria diplomática aceleró el ritmo. El día 6 de febrero, Aldrich se entrevistó con Arburúa y el 12 de febrero dio un paso más y remitió una breve nota al gobierno que, de hecho, era un listado de cinco medidas de estabilización, entendidas como condiciones necesarias para la concesión de ayuda financiera[275]. Las propuestas liberalizadoras quedaron, una vez más, aparcadas. Las contradicciones en el seno del Consejo de Ministros dificultaron la respuesta a dicha nota en la que intervino, incluso, el general Franco quien se vio obligado a reaccionar. Y lo hizo de tal modo que la nota dejó de tener sentido dado que

---

seriamente a adoptar un conjunto de medidas de estabilización, condición totalmente necesaria.

[272] Cavalieri (2014), p. 111.

[273] Calvo (2001), p. 256.

[274] Cavalieri (2014) describe magníficamente los acontecimientos que tuvieron lugar a principios del año 1957, pp. 113 y ss.

[275] Se trataba de: a) Reducción de la emisión de deuda estatal y paraestatal; b) Reducción de las inversiones públicas; c) Nuevos impuestos sobre el consumo; d) Restricción del crédito; y e) Medidas restrictivas sobre las ampliaciones de capital de las empresas privadas.

el día 25 de febrero tuvo lugar un cambio de gobierno y, en consecuencia, de planteamientos ante la crítica situación económica. De lo que no hay duda es de que la nota fue el detonante que aceleró el cambio de gobierno y que la economía pudo más que la política, en contra de las creencias del general Franco, más clarividente que sus ministros liberticidas.

4.4. El gobierno de los tecnócratas, los liberales y la decisión de liberalizar

El nuevo gobierno –conocido como el gobierno de los tecnócratas o del Opus Dei– más homogéneo que el anterior, significó el final de una larga etapa dominada políticamente por una concepción estrecha de la política económica que incluía, excepcionalmente, un planteamiento estabilizador[276] que estaba presente en el debate económico desde el mes de febrero de 1957. Los tecnócratas pusieron en marcha el proceso estabilizador, pero no fueron sus autores iniciales[277]. Los titulares del cambio fueron el ministro de la Presidencia, Almirante Carrero Blanco, quien contó con el asesoramiento de Laureano López Rodó[278], una persona maestra en los equilibrios políticos y miembro del Opus Dei, nombrado Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno[279], un puesto central y determinante. Los ministerios económicos –los más relevantes, dadas las circunstancias– recayeron, sobre todo, en dos técnicos solventes, miembros, también, del Opus Dei: Alberto Ullastres (Comercio) y Mariano Navarro Rubio (Hacienda). Ambos estaban dispuestos a estabilizar la economía a toda costa[280]. Tanta importancia se dio a la po-

---

[276] Vid. Donges, J.B. (1976): La industrialización en España, Oikos-Tau, pp. 56-57.

[277] De acuerdo con Villar Palasí "Aquella batalla tenía un enorme aliado: Estados Unidos y el Fondo Monetario Internacional. En la negociación intervinieron los ministerios económicos y fueron Ullastres y Mariano Navarro Rubio los que dijeron a los americanos imponednos esto. Se pidió que la ayuda económica se condicionara al cumplimiento de determinados requisitos de liberalización en el mercado interior y en el mercado exterior, para que sirviera para algo. No fue una imposición unilateral del FMI". El texto es el fruto de tres entrevistas celebradas con José Luis Villar Palasí, los días 19 de febrero, 25 de marzo y 17 de abril del año 2001, no publicadas. Debo los textos a A. Castañeda.

[278] Sobre la forma de pensar de López Rodó en relación con la economía de mercado. Vid. Paniker, S. (1969): Conversaciones en Madrid, Ed. Kairós, p. 313.

[279] La Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno fue creada en diciembre del año 1956.

[280] El proyecto del Opus Dei era "crear en el seno del catolicismo español nuevas elites de orientación, cuyo objetivo consistía en lograr la simbiosis entre la mentalidad tradicional católica y el

lítica económica que Carrero Blanco asumió la supervisión de la nueva OCYPE, creada para asegurar la coordinación del área económica.

De acuerdo con la tradición, aunque la Falange era una organización testimonial, los falangistas Arrese (Vivienda), Solís (ministro secretario general del Movimiento) y Sanz Orrio (Trabajo) seguían en el gobierno. Su influencia contribuyó a frenar la modernización de España, pero, afortunadamente, el peso de las reformas se alejó de estos ministerios[281]. Ullastres y Navarro Rubio configuraron un grupo de economistas, conocedores de su oficio, a cuya cabeza se situó a Joan Sardà[282]. Su primer objetivo era romper el principio franquista de la subordinación de la economía a la política[283], pero la gestión de la política económica no fue una cuestión pacífica[284] debido a las tensiones entre los partidarios de

espíritu capitalista moderno". Vid. González Cuevas, P. C. (2007): "La derecha tecnocrática" (p. 29), en Rey, F. del (2007): "Las derechas: tecnócratas, liberales y neocons", Historia y Política, n. 18, julio-diciembre, pp. 23-48.

[281] Fernando María Castiella fue nombrado ministro de Asuntos Exteriores; Joaquín Planells, vicepresidente del INI, ministro de Industria y Pedro Gual Villalbí, ministro sin cartera y, posteriormente, fue el responsable de la Comisión interministerial encargada de estudiar el impacto de la creación de la CEE sobre España. Sobre las opiniones de Gual Villalbí en relación con las ideas liberales, vid. Gual Villalbí, P. (1931), "Prólogo", en Pugés (1931).

[282] Vid Sardà (1987). Ros Hombravella interpretó la situación con las siguientes palabras: "el núcleo central del gobierno, desde el ángulo de la política económica, estaba formado por Navarro Rubio, Ullastres, el incorporado López Bravo... Y muy conectados con esta tripleta central para la economía, López Rodó, quien desde su puesto privilegiado (vínculo con Carrero) va a dedicarse al armazón político-administrativo de la reforma (incluido el de la planificación económica); Castiella en el "juego" exterior y Solís tranquilizando las fuerzas sindicales, labor que la buena marcha de la economía facilitaba". Vid. Ros Hombravella, J. (1979): Política económica española (1959-1973), Blume, p. 30.

[283] El nuevo clima creado por el nuevo gobierno, "comenzó a cuajar en reuniones a las que acudían funcionarios de los dos ministerios y del Banco de España". Vid. Sardà, J. (1970): "El Banco de España (1931-1962)", en AA.VV. (1970): El Banco de España. Una historia económica, Banco de España, pp. 419-479, p. 467.

[284] Vid. González, M.J. (1979): La política económica del franquismo (1940-1970) Dirigismo, mercado y planificación, Ed. Tecnos, pp. 25 y ss. Los contendientes eran, por un lado, los falangistas y nacionalsindicalistas y, por otro, aquellos que estaban convencidos de que los principios de la libertad de empresa y la libertad de mercado deberían ser el faro orientador de la política económica. Las ideas de estos últimos recibieron un decidido apoyo tras la entrada de los denominados "tecnócratas" en el Gobierno. Payne sostiene que "En la primavera de 1959 las gentes del Opus tomaron resueltamente el viraje hacía el liberalismo económico, probablemente con el propósito de desarmar la oposición de los elementos menos liberales de la sociedad española". Payne, S.G. ([1961]1985): Falange. Historia del fascismo. En todo caso, se trató de un

la intervención en la economía y quienes defendían su liberalización. Por otra parte, atribuir la responsabilidad de la estabilización, de la marcha hacia la liberalización de los mercados y de la incorporación a los organismos económicos internacionales, exclusivamente a los tecnócratas del Opus Dei no sería riguroso, pues destacados funcionarios que no pertenecían a la citada organización fueron fervientes defensores de la economía de mercado[285] e hicieron una magnífica labor en favor de la apertura exterior y la liberalización de la economía española, incluso antes de la llegada de los nuevos ministros.

La situación económica seguía siendo grave y la ayuda financiera absolutamente necesaria. El día 5 de abril del año 1957, Castiella envió una carta al embajador Lodge comunicándole las intenciones del nuevo Gobierno en materia de estabilización y recordando la cuestión de la ayuda financiera. En esta nueva coyuntura reapareció la cuestión de la liberalización. La carta de Castiella anunciaba que los tres grandes objetivos del gobierno eran: "estabilizar, aumentar el ritmo de desarrollo, liberalizar"[286]. Por primera vez, un ministro se pronunció con claridad en relación con la liberalización de la economía[287]. La administración norteamericana se vio obligada a reaccionar y, tras algunas discusiones, desoyendo las sugerencias de su embajada en Madrid, el día 20 de junio fijó la ayuda en 20 millones de dólares, a todas luces insuficiente para salir de la crisis. Como sucede en estas situaciones, a la gratitud diplomática le siguió el treno por lo reducido de la cuantía que reflejaba, una vez más, la escasa disposición del gobierno norteamericano a ayudar económicamente al régimen franquista.

---

liberalismo epidérmico. Los nuevos liberales –los que abandonaron posiciones políticas totalitarias– fueron objeto de ataques. Un ejemplo de ello fue el libro clandestino, publicado alrededor del año 1966, titulado Los Nuevos Liberales. Florilegio de un ideario político.

[285] Joan Sardà, Manuel Varela, Juan Antonio Ortíz Gracia, Luis Ángel Rojo, Enrique Fuentes Quintana, Antonio J. Sánchez Pedreño, p.e. El papel aperturista y liberalizador de muchos servidores públicos ha sido explicado con meridiana claridad por Carlos Bustelo y Fuentes Quintana. Vid. Bustelo, C. (1994): "España en el Consejo Ejecutivo del FMI: 1968-1973", en Varela Parache, M. (1994): El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la economía española, Pirámide, p. 410; Fuentes Quintana, E, (1988): "Tres decenios de la economía española en perspectiva", en AA.VV. (1988), García Delgado, J.L. (Dir.): España. Economía, Espasa Calpe, p. 11.

[286] Vid. Cavalieri (2014), p. 121.

[287] El primer paso fue el anuncio (12 de abril) de la fijación de la paridad de la peseta a 42 pesetas por dólar en un contexto de elevadas subidas de precios y de ausencia de liberalización que restaban eficacia a la medida.

Los dos años que siguieron al cambio de gobierno son conocidos como el "bienio de preestabilización". Las referencias eran una mayor ortodoxia monetaria, presupuestaria y tributaria[288], con el control de la inflación como una de las referencias. Para Ullastres "las medidas de liberalización, por muy necesarias y beneficiosas que fueren a corto plazo, tendían a agravar los problemas inmediatos de la balanza de pagos"[289] pero, pese a ello, defendió la necesidad de una Ley de Defensa de la Competencia. En todo caso, hubo intentos de liberalización. Un primer ejemplo, efecto del compromiso de España con la OCDE, fue el Decreto Ley 10/1959, de Ordenación Económica, que establecía "la liberalización progresiva de la importación de mercancías y paralelamente la de su comercio interior" y "colocar nuestra economía en una situación de más amplia libertad...". Era otro preludio de un proceso orientado a flexibilizar la economía y regular la competencia, pero las reformas fueron, siempre, de segundo orden[290].

Los tecnócratas, siguiendo las indicaciones de la administración norteamericana, dieron los pasos suficientes para la integración de España en los organismos económicos internacionales[291]. El día 10 de enero del año 1958, España firmó el acuerdo de asociación con la OECE y el día 15 de septiembre suscribió, en Washington, la adhesión al BM y al FMI. Debe señalarse, sin embargo, que dicha integración tampoco fue pacífica[292].

---

[288] Este período ha sido magistralmente estudiado por González (1979).

[289] Cavalieri (2014) p. 146. Ullastres, en este caso, mostró una particular adaptación al entorno. En la entrevista concedida a Salvador Paniker afirmaba, acertadamente, en relación con la integración europea, que las cuatro fases eran: convertibilidad, estabilización, liberalización e integración. Y añadía: "puedo probar que, desde el primer momento, aquella liberalización que ellos tanto alabaron iba encaminada a la integración". Vid. Paniker (1969, p. 25).

[290] A este primer intento siguieron el Decreto 157/1963, de libertad de instalación, ampliación y traslado de industrias; el Decreto 1775/1967, de 22 de julio, sobre régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias, y el Real Decreto 378/1977, de 25 de febrero, sobre medidas liberalizadoras en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias. Vid. Ros Hombravella (1979), pp. 32 y ss.

[291] En este proceso, excelentemente estudiado por Cavalieri, debe destacarse el papel jugado por Joan Sardà. Vid. Cavalieri (2014, pp. 126 y ss.). Vid., también, Varela (2007): "Enrique Fuentes Quintana en el Ministerio de Comercio", ICE n. 837, julio-agosto, pp. 3-9, p. 8.

[292] El ministerio de Asuntos Exteriores llegó, incluso, a defender la supresión del ministerio de Comercio en favor del ministerio de Hacienda. Vid. Cavalieri (2014), p. 145.

4.5. El Plan de Estabilización

Tras la admisión de España en el BM y el FMI, el paso siguiente fue la elaboración de un Plan de Estabilización, cuyos principios generales habían sido definidos por la administración norteamericana y el mencionado documento de Hollister. Con la mediación de la administración Eisenhower ambos organismos ofrecieron el envío de una misión de técnicos con el objetivo de llevar a cabo un estudio sobre la economía española. El ofrecimiento, de acuerdo con la entrevista mantenida entre el general Franco y el Secretario de Estado, John Foster Dulles, el día 20 de diciembre del año 1957, fue aceptado por el gobierno. La situación era crítica, próxima a la suspensión de pagos, y los desequilibrios de la balanza de pagos eran preocupantes. La productividad no mejoraba y se situaba en el plano inferior de los países con los que España mantenía relaciones económicas (gráfico 7). Por estas razones el gobierno tenía prisa, pero, con sentido común, BM y FMI actuaron con prudencia[293]. En todo caso, se quemaron etapas. El día 14 de febrero de 1959, la misión llegó a Madrid y el día 21 de junio de 1959, también lo hizo el director gerente del FMI que se entrevistó con el general Franco el día 25 de junio.

El día 30 de junio de 1959 concluía el Memorándum[294] que resumía las medidas de política económica que el Gobierno pensaba adoptar para resolver los problemas de la economía española y se afirmaba que "el Gobierno considera que ha llegado el momento de reducir notablemente su intervención en distintos sectores de la Economía"[295]. Muchas ideas del documento fueron incorporadas al Decreto Ley de Ordenación Económica del día 21 de julio de 1959[296], que fue

---

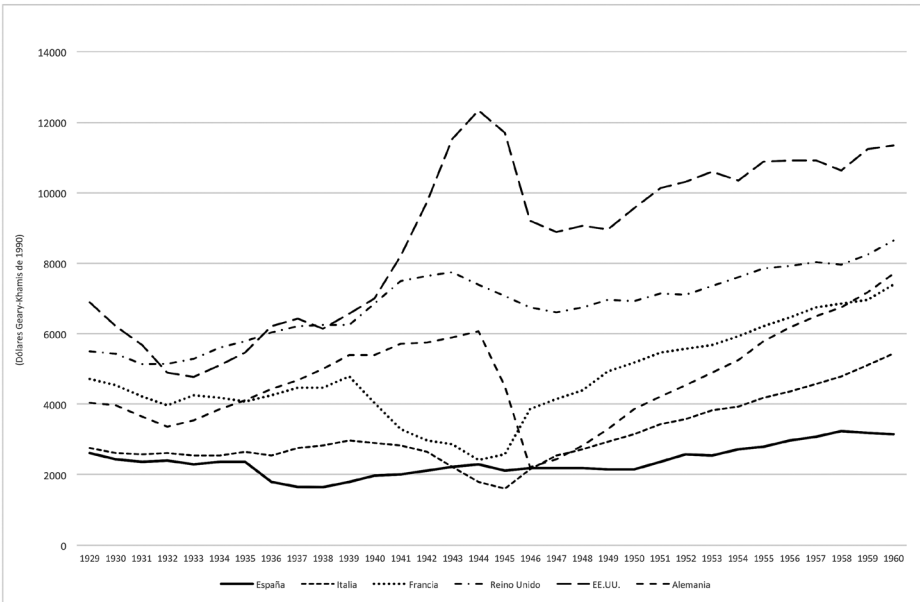
[293] Varela Parache, F. y Varela Parache, M. (2003): La presencia de España en las instituciones económicas internacionales, ICE, n. 811, diciembre, pp. 81-95, p. 85.

[294] OCYPE (1959a), pp. 7-8.

[295] Ibídem, pp. 14-15

[296] Decreto Ley 10/1959, de 21 de julio de Ordenación Económica, BOE n. 174, 22 julio 1959, pp. 1005-1007. El Decreto Ley incluía un proyecto de propuestas de medidas liberalizadoras y pro competencia. En su artículo tercero establecía que "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". El día anterior, el general Franco firmó el Decreto 1251/1959 del Ministerio de Comercio, de 17 de julio, por el que se fijaba la paridad de la peseta a 60 pesetas por dólar USA del peso y ley en vigor el día 1 de julio de 1944". OCYPE (1959): Nueva Ordenación Económica, pp. 57-65. Sobre el carácter colectivo del Plan de Estabilización, vid. Fuentes Quintana

Gráfico 7. Producto Interior Bruto real per cápita. 1929-1960



Fuente: Prados de la Escosura, L. Espacio Investiga. Fundación Rafael del Pino. https://espacioinvestiga.org/definicion-descripcion/

refrendado por las Cortes el día 28 del mismo mes; de nuevo, con tensiones entre los ministros e, incluso, alguna resistencia por parte del general Franco[297]. De acuerdo con Prados de la Escosura, Rosés y Sanz Villaroya[298], en julio de 1959, las autoridades españolas liberalizaron el 50 por ciento del comercio exterior.

Desde esta perspectiva liberalizadora, la OCYPE se comprometió a llevar a cabo un Inventario de todas las restricciones e intervenciones sobre la economía con el objetivo de facilitar un "sistema más liberal de Comercio y de Pagos". En el Memorándum, el Gobierno, por su parte, se comprometía a eliminar la inter-

(2005): De los Pactos de la Moncloa a la entrada en la Comunidad Económica Europea (1977-1986), ICE, 25 años de política económica española, pp. 39-71, p. 50.

[297] Se dice que el general Franco, ante la grave situación económica y las propuestas de los ministros aperturistas, dijo al Ministro de Hacienda: "Haga usted lo que le dé la gana". Vid. Barciela (2016), p. 366.

[298] Escosura, Rosés y Sanz-Villaroya (2011), p. 55.

vención sobre los precios de los productos y materias primas cuyas importaciones hubieran sido liberalizadas y sobre aquellas que estuvieron en régimen de márgenes comerciales libres.

Con el Plan de Estabilización se quebraba la tradición inspirada en el intervencionismo radical y la política económica empezó a asentarse sobre una plataforma más ortodoxa, similar a la de los países occidentales desarrollados[299]. Félix y Manuel Varela Parache sintetizaron magníficamente los objetivos del Plan: "el Plan trataba de cambiar los rumbos de nuestra economía, sustituyendo inflación, protección e intervención por estabilidad, liberalización y mercado[300]". La realidad puso de manifiesto que el objetivo al que se prestó mayor atención fue al primero[301].

Se iniciaba el documento con un tono triunfalista, totalmente alejado de la realidad, que servía de puerta de entrada para justificar la necesidad de adaptar la economía española a las condiciones de la economía occidental. Una parte del gobierno creía en las virtudes del mercado y de la competencia. Pero, al mismo tiempo, era consciente de la reacción contraria de la otra parte del mismo gobierno. La flexibilidad fue considerada como una de las características de dicha adaptación y se insistía en la necesidad de dotar a la economía española de mayores grados de libertad y de suprimir intervenciones innecesarias[302], en consonancia con las obligaciones asumidas por pertenecer a la OECE. Cabe destacar que en el articulado se disponía que las mercancías que fueran declaradas de libre importación quedaran igualmente liberalizadas en el mercado interior español (artículo 1º). Para ello, se facultaba al gobierno para proceder a la modificación, fusión o supresión de los Organismos con funciones interventoras que así lo

---

[299] Estapé sostuvo que la Misión de expertos fue constituida por el BM a instancias del Gobierno español. El ámbito de los trabajos se fijó conjuntamente por el Gobierno y el BM. Estapé, F. (1963): "Política de desarrollo (Aspectos generales)", pp. 26-36, en AA.VV. (1963) (Recopilación de Enrique Fuentes Quintana): El desarrollo económico de España. Juicio crítico del Informe del Banco Mundial, Revista de Occidente.

[300] Varela Parache, F. y Varela Parache, M. (2008): "La presencia de España en las instituciones económicas internacionales", ICE, n. 811, diciembre, pp. 81-95, p. 85.

[301] El Plan contemplaba medidas interiores y exteriores. Lo más llamativo fue la fijación de la paridad en 60 pesetas por dólar, lo que suponía una fortísima devaluación de la peseta con el objetivo de ganar competitividad y rebajar el coste de las inversiones procedentes del exterior.

[302] De acuerdo con Villar Palasí, "había que derogar unas 1.500 órdenes, decretos y leyes de intervención en la economía". Vid. entrevistas citadas.

requirieran. El artículo 3º apostaba decididamente por una ley antimonopolio. Se había dado un paso decisivo. La ley antimonopolio ya estaba solemnemente anunciada. Esta era la cuestión relevante.

El día 28 de julio de 1959, los ministros Navarro Rubio y Ullastres, pronunciaron sendos discursos ante el Pleno de las Cortes españolas[303]. Navarro Rubio afirmó, contundentemente, que era necesario acabar con las intervenciones y las subvenciones junto a la "despresupuestación"[304]. Según Ullastres, la liberalización significaría libre concurrencia, reducciones de precios y pleno abastecimiento de las empresas. El camino hacia la libertad económica era muy largo y lleno de contradicciones y obstáculos de todo tipo[305].

Debe subrayarse el papel de Estados Unidos, de la misión y de los tecnócratas españoles, principales responsables de la redacción del Plan[306]. Fue relevante el cambio de actitud del general Franco quien, renunciando a sus ideas y creencias económicas, admitió la posibilidad de la liberalización de la economía siempre y cuando no afectara a la apertura del sistema político. Pese a ello, la voluntad liberalizadora interior no parecía una cuestión prioritaria[307], aunque todo hacía pensar que no era posible retroceder, pero tam-

---

[303] OCYPE (1959, pp. 7-33 y 35-56, respectivamente).

[304] A juicio del ministro, "el plan se presenta como un conjunto de operaciones de liberalización". Con una particular retórica, añadió: "La liberalización es el alma de la estabilidad, el espíritu de la vida; pero la idea de libertad económica tiene que ir necesariamente unida a la idea de suficiencia, lo contrario sería el sometimiento de los débiles al despotismo de los fuertes". Y, a continuación, sostuvo que el sentido de la liberalización era el paso de una economía de escasez y controles a una economía de suficiencia y, en consecuencia, la eliminación de los controles autoritarios. Sin embargo, no debe olvidarse que los aranceles eran una auténtica barrera de entrada y la liberalización era una liberalización condicionada. Navarro Rubio, Ullastres y, también, López Rodó creían en el mercado, pero temían los efectos del mercado y las reacciones de los liberticidas del régimen.

[305] Pocos días después de las declaraciones acerca de la liberalización de la economía, se actuó sobre los precios de RENFE, carburantes, aceites lubricantes, telecomunicaciones, tabacos o fertilizantes. Vid. OCYPE (1959c): Nueva Ordenación Económica, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, pp. 111-130.

[306] Vid. Cavalieri (2014), p. 159.

[307] López Rodó, consciente de las ideas del general Franco, avanzó por caminos seguros evitando insistir en la liberalización de los mercados con el fin de evitar reacciones políticas que frenaran el proceso y, por supuesto, de asegurar su supervivencia política y la del Opus Dei. Para González (1979, pp. 299-300), el objetivo de López Bravo y López Rodó era maximizar el poder durante el máximo tiempo posible. En esto no se diferenciaban del resto de los políticos. La clave residía,

poco acelerar la marcha. La indeterminación política tuvo un elevado coste para España.

Para unos, el Plan de Estabilización fue un éxito[308] pese a que la economía continuó estando fuertemente intervenida[309]. Martín Aceña[310] sostuvo que el Plan de Estabilización estableció un marco institucional propio para la inversión privada, reforzó la confianza empresarial y contribuyó al aumento de la participación del trabajo en la renta. Prados de la Escosura, Rosés y Sanz-Villarroya[311] afirman que, sin las reformas de los años cincuenta y el Plan de Estabilización, el PIBpc hubiera sido significativamente menor en el año 1975. Para Fuentes Quintana[312]: "es cierto que se puso orden en la economía y esta inició un proceso de modernización y crecimiento sin precedentes". Sin embargo, otros autores, como Sureda y Anderson, fueron menos entusiastas, incluso críticos en relación con el Plan"[313]. En cualquier caso, de acuerdo con Prados de la Escosura, Rosés y Sanz-Villanova[314] las medidas relevantes contenidas en el Plan de Estabilización fueron exitosas: se eliminó el déficit presupuestario, aumentó la inversión extranjera y la política macroeconómica empezó a aplicarse sobre la base de medidas ortodoxas. Sin el Plan, el PIBpc hubiera crecido a una tasa sensiblemente inferior. En definitiva, se sentaron las bases para la modernización de la economía española, un proceso que no estuvo exento de obstáculos dada la presencia de liberticidas en el entorno gubernamental. En todo caso, las reformas fueron

---

según González, en "ganarse la voluntad del Caudillo". La liberalización de la economía no era la prioridad.

[308] Vid. Fuentes Quintana (1988, p. 5); Martín Aceña, P. y Comín, F. (1991): INI. 50 años de industrialización en España, Espasa Calpe, pp. 82 y ss.

[309] Serrano, J. M. y Pardos, E. (2016): Los años de crecimiento del franquismo (1959-1975), en Barciela (2016), pp. 369-395, p. 388.

[310] Martín Aceña, P. (2003): 1959: sin Plan de Estabilización. Universidad de Alcalá, abril, Mimeo.

[311] Prados de la Escosura, Rosés y Sanz-Villaroya (2011), pp. 45-89, p. 45.

[312] Fuentes Quintana (2005), p. 50.

[313] Vid. Sureda, J.L. (1963): Política de desarrollo (Aspectos generales), pp. 41-42, en AA.VV. (1963) (Recopilación de Enrique Fuentes Quintana): El desarrollo económico de España. Juicio crítico del Informe del Banco Mundial, Revista de Occidente, pp. 36-44. Anderson, CH. W. (1970): The Political Economy of Modern Spain. Policy-Making in on Authoritarian System, The University of Wisconsin Press, pp. 140-141.

[314] Prados de la Escosura, Rosés y Sanz Villanova (2011).

más fuertes que la pretendida intervención global por parte de los grupos más inmovilistas del régimen.

Tanta importancia se dio a la Misión[315] que su jefe fue recibido por el general Franco. El objetivo de la Misión fue analizar la situación económica y hacer las propuestas oportunas, muchas de las cuales tendrían validez actualmente[316]. Tras explicitar las virtudes de la economía de mercado, la Misión sugirió –con evidentes cautelas– eliminar los estorbos impuestos al mecanismo de precios[317]. En el año 1962, la OCYPE publicó el Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento[318], que era el resultado de la Misión económica enviada a España. Sus palabras fueron contundentes: "Se ha progresado poco desde la puesta en práctica del plan de estabilización en la supresión de los numerosos controles e intervenciones gubernamentales internas que coartan la flexibilidad y el crecimiento equilibrado de la economía"[319].

La Misión mostró su convencimiento, lógico, de que la libertad de mercado conduce a una mayor competencia. Pero, con sentido común, destacaron que era más relevante el fomento de la competencia que la restricción de las actividades monopolizadas. González[320] abordó una cuestión relevante ¿por qué no se fue más allá en la adopción de medidas liberalizadoras? Su primera respuesta fue contundente: "Si se pudo crecer más y no se hizo se debe a la política económica practicada por los sucesores de Navarro y Ullastres". En consecuencia, se tomó una decisión oportunista: el capitalismo de mercado fue sustituido por un "ca-

---

[315] En la carta que el día 3 de agosto de 1962 Eugenio R. Black, de la Oficina del presidente del Banco, remitió a Mariano Navarro Rubio, junto con el Informe, se hace explícito que el documento, tal como fue enviado, "representa los puntos de vista de la Misión, más bien que las recomendaciones del Banco".

[316] Valga un ejemplo como muestra: "El Gobierno también puede hacer mucho para estimular la economía de mercado aclarando sus intenciones e introduciendo mayor seguridad en sus reglamentaciones".

[317] En concreto: a) Suprimir los controles de precios "cuando esto sea absolutamente necesario"; b) Abolir las subvenciones en forma de precios especiales entre empresas estatales; c) Eliminar los tipos de interés privilegiados; y d) Limitar el uso de incentivos especiales a aquellas cuestiones donde exista una necesidad imperiosa.

[318] OCYPE (1962): Segundo Informe sobre España del Fondo Monetario Internacional, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno.

[319] Ibídem, p. 67.

[320] González (1979), pp. 299-300.

pitalismo paternalista"[321] en el que la competencia fue apartada del centro de la vida económica y sustituida por el favor político en forma de discrecionalidad, ayudas, barreras de entrada y prebendas de todo tipo. Una estrategia para seguir gobernando, pero una mala elección desde la perspectiva del crecimiento económico y la competitividad[322].

La OCYPE[323], en el año 1961, afirmó, acaso con un exceso de euforia, que se había producido un cambio en la mentalidad empresarial en el sentido de una mayor acomodación a la economía de mercado –algo que solo era cierto en contados casos– y que, por parte del Gobierno, "ha proseguido durante 1960 el proceso de liberalización del comercio interior y exterior, favorecido por las mayores disponibilidades de divisas". El Gobierno estaba autoconvencido de que el proceso de liberalización estaba en marcha o, al menos, quería ofrecer esta sensación para contentar a los Organismos económicos internacionales. Pero la realidad revelaba que la economía estaba sometida a multitud de controles administrativos y conductas anticompetitivas. La autocomplacencia fue objeto de reconsideración muy rápidamente. En el Tercer informe sobre la economía española, la OCYPE[324] sostenía que era necesaria una mayor confianza en los mecanismos del mercado[325] "falseados por largos años de inflación y de autarquía". En el I Congreso Sindical de Madrid (1961) se aprobó, entre sus puntos de acción política, la solicitud de una política más liberal en materia de comercio exterior y la exigencia de una política antimonopolio (no de defensa y fomento de la competencia).

Los sueños no pueden sustituir la realidad. El FMI, en su Segundo Informe sobre España[326], se refirió a la lentitud de los avances en materia de liberalización[327], a las barreras administrativas impuestas por el Ministerio de Industria[328]

---

[321] Ibídem, p. 300.
[322] Muñoz, Roldán y Serrano escribieron que "el proceso de reconversión a una economía de mercado, fue languideciendo conforme se agotaba el empuje inicial del Plan de Estabilización, sin que otro nuevo programa de acción tomase el relevo". Muñoz, J; Roldán, S. y Serrano, A. (1978): La internacionalización del capital en España, Cuadernos para el Diálogo, p. 31.
[323] OCYPE (1961b): Evolución de la economía española en el año 1960, p. 9.
[324] OCYPE, (1961a), p. 10.
[325] Ibídem, p. 16.
[326] OCYPE (1962): Segundo Informe sobre España del Fondo Monetario Internacional.
[327] Ibídem, p. 67.
[328] Ibídem, pp. 24-25 y p. 68.

y, sobre todo, a la discrecionalidad y a la inseguridad jurídica. La competencia, en consecuencia, pese a la euforia verbal de algunos altos representantes del gobierno, estaba muy limitada. Pese a la falta de competencia, los empresarios supieron aprovechar las circunstancias y sacaron provecho de la situación tal como refleja la evolución de las tasas de crecimiento del PIBpc. En efecto, en el período 1930-1952 la tasa de crecimiento de dicha variable fue del 0,0 por ciento, pero en el período 1953-1958, a pesar de la ausencia de vibraciones competitivas relevantes, dicha tasa fue del 3,9 por ciento y, tras el Plan de Estabilización, en el período 1959-1974, se aceleró hasta alcanzar el 5,8 por ciento debido, sobre todo, a los incrementos de productividad[329].

Por su parte, los Planes de desarrollo, que tanto debate y literatura fomentaron, fueron irrelevantes desde la perspectiva de la apertura real de los mercados y del fomento de la competencia efectiva[330]. Incluso puede sostenerse que impusieron obstáculos al proceso liberalizador.

Un momento destacado de la época fue la aprobación, en el año 1963, de una LDC que, de hecho, fue una ley capturada que nunca despertó entusiasmo ni tuvo efectos dignos de mención. La Orden de propuesta de una autoridad de defensa de la competencia se encuentra en el Decreto 3060/1962, de 23 de noviembre, por el que se establecen directrices y medidas preliminares al Plan de Desarrollo[331]. No extraña que la disposición mezcle medidas intervencionistas y referencias a la liberalización de las importaciones con la propuesta de una LDC con las correspondientes sanciones. Era el reflejo de la situación.

En todo caso, la posición relativa de España fue mejorando. En el año 1938, tomando como referencia el PIBpm de Estados Unidos (índice = 1) el valor

---

[329] Vid. Prados de la Escosura, L. (2009): "The Sources of Long-Run Growth in Spain, 1850-2000", The Journal of Economic History, Vol. 69, n. 4, diciembre, pp. 1063-1091, p. 1085.

[330] No era esta la opinión de López Rodó. En efecto, sostuvo que "en concreto, puedo decirles a ustedes que el I Plan de Desarrollo español llevó consigo la supresión de numerosas medidas intervencionistas". Discurso de apertura de la Table Ronde del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, 20 de junio de 1969, en López Rodó, L. ([1970]1971): Política y Desarrollo, Ed. Aguilar, 3ª ed., p. 160.

[331] BOE n. 286, de 29 de noviembre 1962, pp. 16997-16998.

correspondiente a España era 0,331 que fue aumentando hasta 0,333 en el año 1950, 0,343 en el año 1960 y 0,593 en el año 1975[332].

5. LA PREPARACIÓN DE LA LEY 110/1963, DE 17 DE JULIO, DE REPRESIÓN DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

5.1. Los primeros antecedentes

A diferencia de la experiencia europea, la defensa de la competencia contaba con una larga tradición en Estados Unidos. Tras la Guerra Civil norteamericana, el desarrollo de su economía fue espectacular. Las actividades inductoras del crecimiento eran el transporte, las telecomunicaciones y la energía que, juntas, contribuyeron a la unidad del mercado norteamericano y a incrementar las economías de escala y de gama. A finales del siglo XIX, los economistas habían elaborado el argumento que ponía de manifiesto las ventajas de la competencia perfecta sobre cualquier otra forma de mercado para los consumidores y para el conjunto de la economía. Por su parte, los políticos y los juristas llegaron a la misma conclusión por otros caminos y la transformaron en normas orientadas a defender el funcionamiento competitivo de los mercados.

Al amparo del aumento de la dimensión del mercado, las empresas vieron que se abría la posibilidad de aumentar su dimensión en un contexto de libertad de mercado: la oferta era superior a la demanda y, en consecuencia, la competencia era intensa con el correspondiente impacto sobre los precios y los beneficios empresariales. Esta situación abrió las puertas a la colusión. La rentabilidad de las inversiones fue asentándose mediante acuerdos sobre precios y cantidades, primero, y operaciones de concentración, después[333]. Ante esta situación, en las elecciones de 1888, los partidos demócrata y republicano condenaron los abusos de poder que se traducían en el enriquecimiento de unos pocos en perjuicio de muchos ciudadanos. El asunto caló en la sociedad y en los medios de comunicación y muchas voces se alzaron contra las conductas abusivas de las grandes

---

[332] Prados de la Escosura, L. (2000): "International Comparison of Real Product, 1820-1990: An Alternative Data Set", Exploration in Economic History, 37, pp. 1-41, pp. 27 y ss.

[333] Resulta de interés la lectura de Fetter, F.A. ([1931] 1971): The Masquerade of Monopoly, August M. Kelley.

empresas –y, en particular, de los monopolios– que perjudicaban a las pequeñas empresas y a los consumidores[334].

El concepto de competencia empezó a recibir una atención sistemática en el marco del análisis económico a partir de la década de 1870 pero no fue hasta el final de la primera Gran Guerra que fue incorporado a la literatura económica teórica[335]. El inicio efectivo de la legislación dirigida a defender la competencia tuvo lugar en Canadá en 1889[336] y, un año después, en Estados Unidos con la aprobación, prácticamente por unanimidad, de la Sherman Antitrust Act[337]. La Sherman Act limitó la libertad en beneficio de la propia libertad. Para ello declaró ilegales las restricciones al comercio y, en particular, "todo contrato, intriga en forma de comercio u otra, o conspiración que pretenda restringir el comercio" estableciendo, además, que "toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se confabule o conspire con otro u otros

---

[334] Vid. 123 Cong. Rec. 2.457 (1890), citado. W.B. Comegys, Antitrust Compliance Manual. A guide for Counsel, Management and Public Officials, pp. 5-6. La cita procede de Cases, LL. (1995): Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Marcial Pons, p. 45.

[335] Stigler, G.J. (1957): "Perfect Competition, Historically Contemplated", The Journal of Political Economy, Vol. LXV, n. 1, febrero, pp. 1-17, p. 1. Para Stigler, Edgeworth fue el primer economista que intentó una definición rigurosa y sistemática de la competencia perfecta y la formulación de la competencia se completó a partir de las aportaciones de Clark y, sobre todo, de Knight, Ibídem, pp. 6 y 10 y ss. Vid., también, McNulty, P.J. (1967): "A Note on the History of Perfect Competition", The Journal of Political Economy, vol. 75, n. 4, agosto, pp. 395-399. En dicho artículo se subraya la distinción entre competencia como una forma de estructura de mercado o como comportamiento.

[336] Act for the Prevention and Supression of Combinations formed in Restraint of Trade, más conocida como Anti Combines Act o Wallace Act. Se trataba de una ley, con claras connotaciones penales, que pretendía prevenir las conductas contrarias a la competencia y las restricciones a la misma, centrando su interés en las conductas colusorias. Tuvo una vigencia de veinte años y poca efectividad.

[337] *An Act to Protect Trade and Commerce against unlawful Restraints and Monopolies.* De Acuerdo con la Corte Suprema "El Derecho *antitrust* en general, y la Sherman Act en concreto, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para nuestro sistema de libre empresa como es la *Bill of Rights* para la protección de nuestras libertades fundamentales". United States v Topco Associates, 405 US 596, 610 (1992), citado por Cases (1995, p. 47, nota 123). La Sherman Act abrió las puertas a la jurisprudencia sobre las conductas de las empresas que basaban sus estrategias en su posición de dominio, individual o colectiva (monopolios, oligopolios, cárteles). Su relevancia reside en el hecho de ser la plataforma sobre la cual se ha desarrollado el Derecho de la competencia. Vid., también, Chandler, A.D. Jr. ([1977] 1988): The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business, Harvard University Press, p. 316.

para monopolizar la totalidad o una parte del comercio entre los diferentes Estados o con otras naciones, será considerado culpable de falta leve". Dicho tipo de faltas fue calificado de "felonía" como consecuencia de una enmienda introducida en el año 1974[338]. En todo caso, lo relevante era que las violaciones de la Sherman Act eran interpretadas como crímenes y sus autores podían ser castigados con penas de prisión de hasta tres años[339].

El entusiasmo por la Sherman Act no fue unánime y muchos economistas y ciudadanos desconfiaron de su eficacia[340]. Sin embargo, la actuación de los jueces fue asentando los principios sobre los que se sustentaría el desarrollo y la aplicación de la legislación *antitrust*[341]. Las distintas piezas de la defensa de la competencia se iban colocando en el lugar que les correspondía. En las primeras etapas de la Sherman Act, la oleada de operaciones de concentración que dio lugar a grandes empresas no preocupó demasiado a los jueces. Sin embargo, cuando en 1904 se decidió la fusión entre las empresas ferroviarias Northern Pacific y Great Northern, el Tribunal Supremo norteamericano tuvo que resolver el problema inherente a la transformación de una estructura de mercado –formada por grandes empresas, con elevadas cuotas de mercado– en un monopolio, y en el año

---

[338] La aplicación de la Sherman Act dio lugar a discrepancias de fondo llegando a afirmarse que incidió, negativamente, sobre la eficiencia empresarial. Vid. p.e. Kennan, G. (1917): War-time reflections on the Sherman Anti-Trust Law, The North American Review, Vol. 206, n. 745, diciembre, pp. 866-878.

[339] Los jueces encargados de la aplicación de la Sherman Act disponían de un amplio margen de discrecionalidad para señalar la línea de demarcación entre los acuerdos que no eran contrarios a la misma y la colusión o monopolización que sí lo era. En este punto, debe señalarse que los monopolios no eran ilegales *per se* pues lo que se perseguía era, exclusivamente, el ejercicio abusivo del poder de monopolio y la monopolización ilegal.

[340] Dos fueron las razones fundamentales: en primer lugar, porque podía tener efectos perversos en un contexto de cambios tecnológicos y de modernización en el campo de la organización empresarial; en segundo lugar, por la falta de tradición en la aplicación de sus principios y por las dificultades que suponía impedir las conductas contrarias a la Sherman Act por parte de las grandes empresas.

[341] Por ejemplo, el Tribunal Supremo norteamericano declaró que los acuerdos de precios eran ilegales (United States v. Trans Missouri Freight Ass., 22 de marzo de 1897) y, poco después, en Addyson Pipe & Steel Co. v. United States (4 de diciembre de 1899), distinguió entre las restricciones puras a la competencia y las restricciones accesorias. En 1911 (Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co, 3 de abril de 1911.), el Alto Tribunal estableció que un acuerdo de restricciones verticales a la competencia consistente en la fijación de precios mínimos de venta al detall era ilegal *per se.*

1904 decidió impedir la operación al interpretar que suponía una violación de la Sherman Act[342]. La manifestación contundente de dicha doctrina fue la división de la empresa Standard Oil en 34 empresas distintas[343] por haber sido considerada culpable de monopolización. Esta Sentencia supuso el inicio de un proceso cuyo objetivo final era impedir la restricción –individual o conjuntamente– de la competencia. Los hechos, pasado un tiempo, demostraron la poca eficacia de la decisión del Tribunal Supremo.

El sistema de defensa de la competencia fue perfeccionándose y la *rule of reason*[344] fue ocupando un espacio propio en su aplicación. También fueron analizadas aquellas conductas que contribuían a mantener la posición de dominio de las empresas[345] y otras como la discriminación de precios. Muchos jueces tomaban sus decisiones en relación con la Sherman Act sobre la base de un proceso de aprendizaje. Sin embargo, el Congreso consideró que algunos jueces del Tribunal Supremo no aplicaban la Sherman Act con contundencia y que la propia ley no consideraba con suficiente rigor el control de las operaciones de concentración. Con el fin de completar la Sherman Act, en 1914 se aprobó la Clayton Act[346] que redujo la discrecionalidad de los jueces y declaró ilegales –pero no criminales– cuatro tipos de conductas: la discriminación de precios, los contratos en exclusiva y ciertos contratos anudados, las adquisiciones de empresas competidoras y los consejeros comunes en empresas competidoras. Asimismo, con una gran dosis de sentido común, se abrió la puerta a las demandas judiciales de los particulares. También se creó la Federal Trade Commission (FTC) cuya misión consistiría en investigar las conductas comerciales desleales y declarar la suspensión de actividades ilegales. Las actividades de la FTC se complementaron con las de la Antitrust Division del Department of Justice[347].

---

[342] Su argumentación se basó en la consideración conjunta del análisis económico y jurídico que le condujo a concluir que una cuota de mercado del 90% suponía, de hecho, un monopolio.
[343] Standard Oil Co of New Jersey v United States, 15 de mayo de 1911.
[344] Regla de la razón y análisis del caso.
[345] Precios predatorios, distribución selectiva, compra de una empresa rival, por ejemplo.
[346] Los sindicatos se dejaron fuera del alcance de la Clayton Act.
[347] Se trata de una agencia gubernamental que, de acuerdo con la política y las directrices gubernamentales, defiende la competencia a escala federal. Inicialmente, la FTC compartió responsabilidades con la Antitrust Division.

La FTC tuvo inicios titubeantes. El juez Brandeis, autor de la ley por la que fue creada, consideró que las primeras decisiones de la Comisión eran "estúpidas". Por su parte, el Tribunal Supremo sostuvo que la FTC no disponía de poder para ordenar desinversiones[348]. Fueron necesarios casi 50 años desde su creación para asegurar la reputación de la FTC para actuar con el rigor que la importancia de los casos analizados exigía[349].

La aplicación del derecho de la competencia, en Estados Unidos, recibió el impacto de la evolución económica una vez finalizada la Primera Guerra Mundial y las consecuencias de la Gran Crisis de 1929. Tras el período de colaboración entre las empresas y el gobierno, característica de los períodos bélicos, se consideró que dicha colaboración –intervencionismo, en definitiva– era el mejor instrumento para dirigir la economía durante los períodos de paz, aunque ello fuera en detrimento del comportamiento competitivo de las empresas en los mercados. Dicho convencimiento se reforzó tras la crisis económica. La tolerancia no contribuía a la defensa de la competencia[350]. Aunque ciertas formas de cooperación no podían ser calificadas como anticompetitivas, en ciertos casos podían ser contrarias a los principios de la competencia. En consecuencia, se planteó la oportunidad de reconsiderar el marco regulador y, en 1936, se aprobó la Robinson-Patman Act con el objetivo de proteger a los pequeños empresarios frente al poder de las grandes empresas, reforzar la legislación que declaraba ilegales las conductas relacionadas con la discriminación de precios y ampliar la capacidad de los jueces para sancionar a las empresas infractoras.

---

[348] Federal Trade Commission v Eastman Kodak Co, 31 de mayo de 1927, por ejemplo.

[349] El período 1915-1930 tuvo como característica la falta de entusiasmo de las administraciones norteamericanas por las conductas anticompetitivas de las empresas y la excesiva tolerancia por parte de los jueces. Sin embargo, el análisis económico aplicado a los casos relacionados con la defensa de la competencia se fue perfeccionando.

[350] Por ejemplo, en Maple Flooring Manufacturers'Assn. v United States (1 de junio de 1925), el Tribunal Supremo no fue contundente respecto a las conductas asociadas con las relaciones verticales y enjuició benignamente una conducta de intercambio de información de precios y cantidades entre empresas rivales pese a que impactaba frontalmente sobre los principios de la defensa de la competencia. En esta decisión se citó, por primera vez, el trabajo de un economista (Harlan Fiske Stone, ex decano de la Columbia Law School).

La fijación de precios estaba prohibida *per se*[351]. A pesar de los avances del análisis económico la integración de este con el análisis jurídico todavía era débil. Los juristas centraban su interés en la estructura de los mercados y en las cuotas de mercado como indicadores *proxy*, pero insuficientes, del poder de mercado. Por su parte, los economistas, interesados en el análisis de la eficiencia empresarial en un contexto de alejamiento de los principios intervencionistas de la administración, centraban su interés en las economías de escala y en sus efectos sobre los costes y los precios en un contexto de competencia leal y efectiva. La FTC dirigía su interés hacia las empresas con un fuerte poder de dominio en el mercado y a los acuerdos horizontales que se traducían en el hecho de que un conjunto de empresas independientes se comportara como un monopolio[352]. Desde la perspectiva de los procedimientos, se defendió la simplificación de los medios de prueba[353].

La efervescencia en el campo del derecho de la competencia se tradujo en avances significativos en la doctrina. No solo se profundizó en el análisis jurídico. El análisis económico avanzó con la ayuda del estudio de casos. Las conductas de los cárteles, los acuerdos de precios, la consideración del paralelismo de las conductas, los contratos anudados, los boicots o los contratos de venta exclusiva, por ejemplo, configuraron un espacio de reflexión que se tradujo en un avance considerable tanto desde el punto de vista jurídico como del análisis económico[354]. Las empresas norteamericanas aumentaban su dimensión mediante el crecimiento interno o la adquisición de otras empresas y las autoridades consideraron pertinente la intervención cuando, como consecuencia

---

[351] Hubo excepciones notables a dicho principio. Ver, p.e., Appalachian Coals vs US (1933). En dicha resolución, el Tribunal Supremo entendió que un acuerdo entre 137 productores de carbón con el objetivo de fijar precios y repartir la producción entre los mismos, mediante el uso de una empresa común, no era una conducta ilegal sino un mecanismo de defensa en un contexto de crisis económica.

[352] Vid., p.e. United States v Socony-Vacuum Oil Co., Inc. (6 de mayo de 1940).

[353] El Tribunal Supremo, volviendo a los principios de la Sherman Act, abandonó la doctrina Appalachian Coals Inc. v United States (13 de marzo de 1933) y sostuvo que los acuerdos de precios estaban prohibidos *per se*. Vid., p.e. United States v Socony Vacuum Oil Co., cit.

[354] A estos años corresponden casos como United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa) (12 de marzo de 1945), International Salt Co. v. United States (10 de noviembre de 1947), United States v. Arnold, Schwinn & Co. (12 de junio de 1967).

de un proceso de concentración, las empresas reforzaban significativamente su posición de dominio en el mercado.

En el año 1950 se aprobó la Celler-Kefauver Antimerger Act dirigida a controlar las operaciones de concentración empresarial que supusieran restricciones a la competencia[355]. Se justificó la prohibición por considerar que, tras la operación, podría producirse un cierre del mercado. Incluso se fue más allá y la efervescencia antimonopolio condujo a las autoridades a interpretar que una cuota de mercado del 4,5 por ciento podría entrañar riesgos para la competencia efectiva[356]. La severidad de las autoridades de defensa de la competencia norteamericanas no podía dejar indiferente a las empresas. Las discusiones exigieron la oportuna articulación rigurosa de los principios jurídicos con los económicos[357].

Tras el abandono de los principios del New Deal, un conjunto de economistas, cuyo eje vertebrador se encontraba en la Universidad de Chicago[358], se manifestó a favor de la política *antitrust* y en contra del intervencionismo y las empresas públicas. La pérdida de competitividad de las empresas norteamericanas fuera de Estados Unidos fomentó la reconsideración de la aplicación de las normas *antitrust* sobre la base del principio de que el mercado es el mejor instrumento para dirigir la economía y, en consecuencia, la fuerte intervención de las autoridades americanas era innecesaria[359]. Los principios teóricos del derecho *antitrust* fueron reconsiderados, las decisiones del Tribunal Supremo discutidas y la eficiencia empresarial se situó en el eje del debate.

---

[355] La obsesión por el control llegó al extremo de no autorizar una operación de concentración mediante la cual la considerada empresa dominante controlaría el 5 por ciento del mercado. Brown Shoe Co., Inc. v. United States (25 de junio de 1962).

[356] United States v. Pabst Brewing Co (13 de junio de 1966).

[357] Ejemplos de la intervención de los economistas son el paradigma de la economía industrial (estructura-conducta-resultados), vigente durante muchos años; el concepto de competencia efectiva (*workable competition*) debida a Clark (1940); el énfasis puesto en las relaciones entre eficiencia y tamaño; o la consideración de los determinantes de la rentabilidad de las empresas, destacando el impacto del tamaño, entre otras cuestiones.

[358] Simons, Viner, Knight, por ejemplo. Vid. Pitofsky, R. (2008): How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, Oxford U.P.

[359] Los veinte años comprendidos entre los inicios de la década de los años 70 y 90 fueron testigos de un debate creativo que tuvo como referencias destacadas a Aaron Director, Posner, Bork,...

En Europa, el derecho de la competencia, heredero en algunos aspectos de la tradición norteamericana, ha seguido caminos distintos[360]. La menor utilización del análisis económico, en ocasiones, ha supuesto errores en la interpretación y no ha considerado la competencia como un fin en sí misma sino como un medio para alcanzar los resultados que ofrece la competencia.

Las conductas cartelizadas no siempre han sido perseguidas en Europa. En ocasiones, con evidente miopía, incluso han sido fomentadas o toleradas por los gobiernos. En el año 1873, tuvo lugar la primera crisis de la economía capitalista y la reacción ante la misma fomentó el proteccionismo y la creación de cárteles[361] como instrumento de protección frente a la competencia exterior. En el siglo XX, tras la finalización de la Primera Guerra Mundial, Alemania fue víctima de sus errores en el campo de la política económica. La consecuencia fue la falta de competencia y una hiperinflación que colapsó la economía en el año 1923[362]. La opinión pública reaccionó contra la situación pues entendió que las empresas con poder de mercado trasladaban los efectos de la inflación a la población. El resultado fue la "Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico" alemana, de 2 de noviembre de 1923, que pretendía limitar el poder de los cárteles, pero no su desaparición pues la agrupación de empresas facilitaba su control por el gobierno[363].

Tras la Segunda Guerra Mundial y la victoria de los aliados, las cosas cambiaron. El principal objetivo perseguido no era, precisamente, el fomento de la competencia, pese a que las conductas anticompetitivas fueron objeto de persecución. En todo caso, con el deseo de debilitar la estructura industrial alemana en beneficio de las empresas norteamericanas se publicó un conjunto de normas dirigidas a descartelizar la economía alemana, evitando los abusos empresariales. La intervención en favor de la competencia en Alemania es tan solo un ejemplo. Eduardo Galán ha sostenido que, tras la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, llegó a Europa el espíritu de la defensa de la competencia norteame-

---

[360] Tras el nacimiento del Mercado común el derecho europeo de la competencia se acercó a los principios norteamericanos.
[361] En el año 1910 se fomentó la creación de cárteles mediante una ley.
[362] En el año 1905 se contabilizaban 385 cárteles y en el año 1923 esta cifra había crecido hasta los 1.500 cárteles.
[363] No debe extrañar, en consecuencia, que la Ordenanza fuera ineficaz y no evitara que la economía alemana continuara estando fuertemente cartelizada.

ricana "como parte del ideario de los vencedores de restaurar la libertad, cuya expresión exige que se eliminen las restricciones a la competencia y las trabas monopolísticas"[364].

En el Reino Unido se aprobó la Profiteering Act cuyo objetivo principal era contribuir a la reducción de los precios tras la finalización de la Primera Guerra Mundial. Posteriormente, terminada la Segunda Guerra Mundial, se consideró necesario disponer de una nueva LDC dirigida a conseguir el gran objetivo del pleno empleo. Los monopolios privados se habían nacionalizado imponiendo fuertes restricciones a la competencia. Por todo ello, en el año 1948 se promulgó la Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) y, cinco años más tarde, la Monopolies and Restrictive Practices Commission Act y la Monopolies Commission, que fueron seguidas por la Monopolies and Restrictive Practices Commission Act (1956, modificada en 1968), la Resale Prices Act (1964) y la Monopolies and Mergers Act, aprobada en 1965.

Los ejemplos anteriores ponen de manifiesto que los norteamericanos –directa o indirectamente– no solo contribuyeron decisivamente a la derrota del nazismo. Como se ha dicho en muchas ocasiones, también vinieron a Europa con la legislación *antitrust* en las mochilas[365]. Un ejemplo de su empeño fue la aprobación de la LDC española de 1963. En todo caso, debe reconocerse que su semilla en favor de la economía de mercado y de la liberalización acabó fructificando.

5.2. El Tratado CECA

Transcurridos algunos años tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en el contexto de reconstrucción de la economía europea se consideró oportuno que los sectores estratégicos del carbón y del acero operasen de acuerdo con los principios de la libre competencia. El derecho estadounidense fue el faro orientador, pero en Europa el camino seguido fue distinto. El paso decisivo tuvo lugar a principios de la década de los años cincuenta, con la creación de la

---

[364] Ver Galán Corona, E. (1977): Acuerdos restrictivos de la Competencia. Ed. Montecorvo, p. 77.

[365] Garrigues, J. (1964): La defensa de la Competencia mercantil, Sociedad de Estudios y Publicaciones, p. 24.

Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), preludio de la Comunidad Económica Europea (CEE).

El Tratado CECA[366] (TCECA) fue firmado el día 18 de abril de 1951 en París[367]. Los firmantes decidieron constituir una Comunidad Europea basada en un mercado, objetivos e instituciones comunes. Las referencias del Tratado eran: la paz, el papel de una Europa "organizada y viva", la solidaridad, unas bases comunes de desarrollo económico y la mejora de las condiciones de vida[368].

El TCECA prohibía las conductas dirigidas a adquirir una posición de monopolio mediante las reducciones de precios, las prácticas discriminatorias, los acuerdos colusorios restrictivos de la competencia y, también, las operaciones de concentración. Debe destacarse que, a diferencia del derecho *antitrust* americano, el TCECA previó la posibilidad de autorizar determinados acuerdos cuando los efectos anticompetitivos resultaban compensados por sus efectos positivos y la intervención pública en casos decisivos. Adicionalmente, con el riesgo que ello conlleva, se admitía la discrecionalidad administrativa sustentada en criterios de razonabilidad.

El artículo 3 del TCECA establecía que las instituciones de la Comunidad deberían custodiar el abastecimiento regular del mercado, asegurar, a idénticas condiciones, la igualdad de acceso a las fuentes de producción y, particularmente, vigilar el comportamiento de los precios y mejorar las condiciones de producción y el producto obtenido. Pero, una vez más, resurgió la voluntad intervencionista que anida en la burocracia: el artículo 61 abría la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, la Comunidad pudiera fijar precios máximos o mínimos, dentro del mercado común o en relación con las exportaciones. Por su parte, el artículo 4 reconocía que ciertas conductas eran incompatibles con el mercado común del carbón y del acero. De acuerdo con el artículo 5, la Comunidad debía asegurar las reglas de la competencia actuando, excepcionalmente, sobre el mercado cuando las circunstancias lo requirieran y el artículo 60 prohibía

---

[366] Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. El Tratado entró en vigor el día 25 de julio de 1952 y expiró el día 23 de julio de 2002.
[367] BOE n. 1, de 1 de enero de 1986.
[368] La economía de mercado y la competencia leal y efectiva eran referencias que estaban presentes en el articulado del Tratado.

las conductas de competencia desleal dirigidas a la consecución de una posición de monopolio y las conductas discriminatorias.

Particularmente relevante era el artículo 65 que sentó las bases de la defensa de la competencia. En efecto prohibía, con excepciones tasadas, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas[369]. En estos casos, la Comunidad tenía potestad sancionadora. Asimismo, se estableció un control sobre las operaciones de concentración (artículo 66) y sobre las conductas de aquellas empresas –públicas o privadas– que ostentaran una posición dominante (artículo 66). El incumplimiento de las condiciones de la competencia derivadas de la acción de los Estados estaba contemplado en el artículo 67.

En definitiva, el TCECA sentó las bases de un Tratado más general, dirigido a los países más desarrollados de Europa. Las oportunas ampliaciones solo tenían que esperar pues, sin duda, llegarían.

5.3. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCCEE)[370] fue firmado en Roma el día 25 de marzo de 1957. Las partes contratantes[371] constituyeron una CEE cuya misión, según su segundo Principio, era: "promover... un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran". Entre los principios y objetivos del Tratado destaca, en relación con la defensa de la competencia, el referido a la Comunidad como "garantía del respeto

---

[369] En concreto, se refería a: a) La fijación de precios; b) La limitación o control de la producción, el desarrollo técnico o las inversiones; y c) El reparto de mercados, productos, clientes o fuentes de abastecimiento.

[370] BOE n. 1, de 1 de enero de 1986.

[371] Los firmantes fueron Su Majestad el Rey de los belgas, el Presidente de la República Federal de Alemania, el Presidente de la República francesa, el Presidente de la República italiana, Su Alteza Real la Gran Duquesa de Luxemburgo y Su Majestad la Reina de los Países Bajos. Su objetivo era "sustituir las rivalidades seculares por una fusión de sus intereses esenciales, a poner, mediante la creación de una comunidad económica, los primeros cimientos de una comunidad más amplia y profunda entre pueblos tanto tiempo enfrentados por divisiones sangrientas, y a sentar las bases de instituciones capaces de orientar hacia un destino en adelante compartido".

al principio de libre competencia tanto por parte de los poderes públicos como de las empresas"[372]. El Derecho de la competencia europeo sigue los principios del TCECA que, a su vez, se inspiró en el Derecho *antitrust norteamericano*[373]. Desde la perspectiva de la defensa de la competencia, las referencias básicas se encontraban recogidas en los artículos 85 a 94 del Tratado, siendo los que han tenido mayor relevancia los artículos 85 y 86.

El artículo 85.1 del TCCEE establecía que "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común[374]. El propio precepto se encargaba de precisar que los acuerdos o decisiones prohibidas, según el apartado anterior, serían nulos de pleno derecho. En todo caso, la contundencia inicial resultaba atenuada al señalar el propio artícu-

---

[372] Asimismo, en el Acta única –en vigor desde el año 1987– se hacía referencia a la pertinencia de edificar "un verdadero espacio común sin fronteras, eliminando las trabas existentes, para hacer frente a la creciente competencia internacional".

[373] Cases, Ll. (1995), pp. 57-58. Bouthelier indicó que "Se advierte aquí una directa influencia de las leyes antitrust norteamericanas, que permite al profesor del Marmol escribir: 'La firma del Tratado de la CECA, y en particular los artículos 65 y 66, concernientes a las reglas de concurrencia, introdujeron en Europa la filosofía antitrust americana. Estos artículos habían sido redactados por un estudio de abogados de Washington con sede en París'". Vid. Del Marmol: *La protection contre les abus de puissance economique en Droit belge,* Liège, 1960, p. 56; Bouthelier, A. (1963): "Ordenaciones legales antimonopolio", Revista de Política Social, n. 57-58, p. 29. El TCCEE estableció que la acción de la Comunidad implicaría "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior" y, sobre la base de este principio, la actividad de las autoridades de defensa de la competencia europeas se dirige, fundamentalmente, a perseguir los acuerdos, los abusos de posición de dominio y a controlar las operaciones de concentración empresarial capaces de alterar de forma significativa la competencia en los mercados de bienes y servicios.

[374] "En particular, los que consistan en: a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; y e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".

lo 85 que algunas conductas, en principio ilícitas, podían quedar al margen de lo dispuesto en su apartado 1[375].

Por su parte, el artículo 86 se refería al abuso de posición de dominio y rezaba como sigue: "Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo"[376].

El artículo 88 daba a los Estados miembros competencias sobre las prácticas concertadas y los abusos de posición de dominio y el artículo 89 establecía que la Comisión, desde su entrada en funciones, velaría por la correcta aplicación de los artículos 85 y 86. Por su parte, el artículo 90 impedía la posibilidad de trato de favor a las empresas públicas y aquellas empresas a las que se les hubiera concedido derechos especiales o exclusivos.

La Sección segunda prohibía las prácticas de dumping, pero mayor relevancia tenía la Sección tercera referida a las ayudas de Estado[377]. De acuerdo con el artículo 94, la Comisión, junto con los Estados miembros, serían los encargados

---

[375] En concreto, se hacía referencia a los acuerdos o categorías de acuerdos entre empresas, a las decisiones o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, a las prácticas concertadas o categorías de prácticas concertadas, siempre y cuando contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven, al mismo tiempo, a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante sin que ello suponga que se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar aquellos objetivos u ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia en una parte relevante de los bienes y servicios de que se trate.

[376] A continuación, se indicaban, de forma no exhaustiva, casos particulares de dichas prácticas: a) La imposición de precios de venta, compra u otras condiciones de transacción no equitativas; b) La limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a terceros contratantes siempre y cuando dé lugar a una desventaja competitiva; y d) Los contratos anudados, es decir, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o de acuerdo con la tradición mercantil, no guarden relación alguna con el objeto real de los contratos.

[377] Decía el artículo 92 1 que: "Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones". Pero, dicho esto, inmediatamente dispuso que determinadas ayudas serían o podrían ser compatibles con el mercado común.

de supervisar los regímenes de ayudas existentes y, en su caso, proponer remedios destinados a asegurar el correcto funcionamiento del mercado común. Por último, el artículo 94 concedía al Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, la posibilidad de determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del artículo 93.3 y fijar las categorías de ayudas que quedarían excluidas de dicho procedimiento.

5.4. El cuestionario de 1959

En el marco de la preparación de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC) el Gobierno envió un cuestionario[378] a un conjunto de organizaciones con el fin de conocer su opinión acerca de las medidas adoptadas por diversos países en relación con la convertibilidad de las monedas, la liberalización y la integración económica. A continuación, se recogen, de forma resumida, algunas de las opiniones relacionadas con la liberalización de la economía.

La Organización Sindical[379] no se pronunció decididamente sobre la liberalización. Sin embargo, aceptando la situación desfavorable de las empresas españolas, era partidaria de abrir las puertas al capital extranjero, aunque con reservas[380]. Y, como válvula de escape, sugirió una "fórmula de transición", respuesta común en la mayoría de organismos que contestaron al cuestionario.

El Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España decidió navegar por las aguas de la indeterminación, aunque era partidario de reducir el impacto de la regulación ineficiente[381] y de la liberalización con amparo público.

---

[378] OCYPE (1959d): Contestaciones al cuestionario económico del gobierno.
[379] Ibídem, p. 27.
[380] "No debe aceptarse, sin embargo, la entrada indiscriminada de capital exterior, que competiría en condiciones desleales con una economía nacional que no disponga de divisas suficientes para adquirir el utillaje que necesita para modernizarse". Ibídem, p. 34.
[381] Sostuvo que: "Los precios políticos deben ser urgentemente revisados, con el criterio de que la cotización de los artículos ha de ser esencialmente económica y libre de toda política de tasas, márgenes y controles". Y añadía, en un párrafo de compleja redacción, "una economía de mercado no puede digerir mecanismos intervencionistas que carezcan de función impulsora,

El informe del Banco de España tenía como antecedente la "Nota dirigida al Ministro de Hacienda por el Director del Servicio de Estudios del Banco de España" cuyos autores fueron Juan Sardà y Gabriel Ferrás, jefe de la División europea del FMI. Este documento contiene la síntesis de las medidas que se incluirían en el Plan de estabilización[382]. En este contexto se consideraba necesario, entre otras cuestiones, caminar hacia una política de liberalización comercial. Por su parte, la Confederación Española de Cajas de Ahorro manifestó su temor a la competencia comercial con el extranjero[383] y el Consejo Superior Bancario demostró un mayor convencimiento acerca de las virtudes y ventajas de los mercados libres y de la actividad de las empresas sobre la base de dicha libertad[384] pues confiaba en que el ingreso de España en el Mercado Común facilitaría la alteración de esas circunstancias[385]. Concluyó que "para estabilizar el sistema de precios sería necesario estabilizar los costes y liberalizar la producción y el comercio, suprimiendo tanto los recargos como los subsidios y reglamentaciones que crean precios artificiales y prácticamente incontrolables"[386].

El INI[387], de inequívoco carácter intervencionista, consciente de que sería una víctima de la liberalización, inició su informe afirmando que la liberalización de los intercambios llevada a cabo por los países europeos tendría un impacto negativo sobre las empresas españolas pues nuestro mercado era, en general, "raquítico" y los precios intervenidos en muchos casos no cubrían los costes. También se aferró a la cuestión de la transición, pero su principal objetivo era frenar, a toda costa, cualquier intento de liberalización o privatización.

---

ni podrá expansionarse vitalmente cuando indeclinables dictados de seguridad jurídica se hallen a merced de jurisdicciones ocasionales". Ibídem, p. 41.

[382] Fuentes Quintana, E. (1987): "Introducción", en Sardà, J. (1987): Escritos (1948-1980), Edición de Raimundo Ortega, Banco de España, p. 40. En la respuesta del Banco de España se decía que "Los puntos de vista que se expresan a continuación... contienen las ideas que se estiman necesarias para la readaptación de la economía española a las nuevas orientaciones económicas del mundo". OCYPE (1959), p. 48.

[383] Ibídem, p. 73.

[384] Ibídem, pp. 111-112.

[385] Ibídem, p. 111.

[386] Ibídem, p. 117.

[387] Ibídem, pp. 157-180.

El Instituto de Estudios Políticos era contrario a los subsidios y a los monopolios[388] y su opinión fue favorable a la integración económica[389]. La Facultad de Ciencias Económicas, tras reconocer la baja competitividad de las empresas españolas y su escasa capacidad competidora[390], en su respuesta, académica y no comprometida, partía de una premisa indiscutible: la incorporación a organizaciones supranacionales suponía imponer ajustes para responder a las condiciones de la competencia internacional. En todo caso, sorprende la tibieza de su pronunciamiento y desconciertan sus propuestas intervencionistas[391]. Por último, el Consejo de Economía Nacional era partidario de la integración progresiva y de la transición y de utilizar el arancel como instrumento moderador[392]. Un ejemplo de adaptación camaleónica al entorno.

5.5. El papel de los Técnicos Comerciales del Estado

La lucha contra los monopolios y la defensa de la competencia llenaron la agenda de muchos estudiosos de la economía española. Por su singularidad tiene sentido recordar un artículo de Bouthelier[393] que revela que la Sección de Ordenación Social del Instituto de Estudios Políticos recibió de su director el encargo de elaborar un anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia referido a las "prácticas antimonopolistas y realidades monopolísticas... en una sociedad que se ha desarrollado y ha vivido varias décadas bajo la clara influencia y evidente signo dirigista e intervencionista"[394]. Con el Plan de Estabilización como referencia y conocedor de la obra de Tamames, consideraba Bouthelier que era necesario contribuir al proceso de "reactivación" a través de una progresiva liberalización de la actividad e iniciativa privadas, quebrando las estructuras anticompetitivas existentes y propendiendo a una economía de mercado, bien que con acusados acentos sociales" aun sabiendo que tendría lugar un proceso

---

[388] Ibídem, pp. 195-196.
[389] Ibídem, p. 196.
[390] Ibídem, p. 217.
[391] Ibídem, p. 218.
[392] Ibídem, pp. 231-233. El Consejo de Economía Nacional era un órgano asesor del gobierno, creado en el año 1940.
[393] Bouthelier, A. (1962): "Consideraciones en torno de un anteproyecto de ley de regulación de la concurrencia". Revista de Política Social, n. 55, julio-septiembre, pp. 5-20.
[394] P. 5.

de destrucción creativa[395]. El artículo terminaba con un anexo que incluía una "Ponencia de un Anteproyecto de Ley de Regulación de la Concurrencia"[396].

A aquel experimento aislado siguió otro de mayor envergadura. El Cuerpo Especial Facultativo de Técnicos Comerciales del Estado (TECOS) tuvo una fuerte influencia en el proceso de concienciación acerca de la necesidad de una LDC. Un hito relevante del proceso fue la organización, en la segunda mitad del año 1962, del Segundo Curso de Política Comercial, celebrado en el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de Alcalá de Henares. La referencia fue el análisis de las conductas restrictivas de la competencia. Notario del Curso fue Información Comercial Española (ICE)[397] que recogió, en forma de artículos, las intervenciones más destacadas.

El Curso fue inaugurado por el Secretario General Técnico del Ministerio de Comercio, Manuel Varela Parache[398] quien, con el Plan de Estabilización en el horizonte, hizo una inequívoca defensa de la libertad económica. De acuerdo con Varela Parache, para garantizar la economía de mercado se consideraba indispensable que el Estado dispusiera de los medios necesarios para hacer imposibles las situaciones de poder empresarial[399]. Pero detrás de los

---

[395] Ciertamente, el rescoldo falangista permaneció vivo en el proyecto de Bouthelier, pero debe subrayarse que su planteamiento revelaba un conocimiento detallado de la legislación *antitrust* en los países desarrollados. Terminaba el artículo con palabras del general Franco, pronunciadas en la Clausura del Segundo Congreso Sindical, defendiendo la libertad dentro de un orden, pues "en el desorden naufragan todas las libertades". Juegos de palabras que encubrían el verdadero objetivo de restringir la libertad.

[396] Con tan solo ocho artículos y cuatro disposiciones transitorias. El artículo 3º de la propuesta decía: "El establecimiento de pactos, acuerdos o situaciones de hecho entre empresarios, que tengan por objeto o produzcan el efecto de influir en el mercado mediante la limitación colectiva de la libre concurrencia o impidiendo a otros empresarios participar en la misma, y especialmente si de ellos resulta un alza de precios o la evitación de una baja de los mismos, se declara ilegal y estará incluso en los artículos 540 y 541 del Código Penal". En la Disposición Transitoria 3ª se disponía que "los empresarios actualmente vinculados por pactos o acuerdos comprendidos en el artículo 31 deberán anularlos en plazo de dos meses...". Destacan, por un lado, la remisión al Código Penal y, por otro, la prisa en hacer efectiva la norma.

[397] ICE, n. 353, enero de 1963.

[398] Las palabras del Sr. Varela Parache proceden del citado número de ICE. Dado que en la revista no se presentan entrecomilladas tampoco se escriben entre comillas en el presente texto.

[399] Nótese el grado de intervencionismo que entraña dicha afirmación. En aquellos momentos, la referencia no era el abuso de poder de mercado sino el mero hecho de alcanzar una situación de poder en el mercado, con independencia de cuál fueran su origen y nivel.

deseos de libertad económica subyacía la aversión a los monopolios. Se trataba de un temor que se extendía por los departamentos ministeriales y, en cada ocasión que se planteaba la cuestión, el recelo se traducía en palabras. En todo caso, lo más relevante fue que el canto a la libertad se convertiría en el himno que guiaría la economía española por la senda de la libertad económica y la economía de mercado.

El Editorial de ICE llevaba por título: "Legislación antimonopolio y política de concurrencia"[400]. En el mismo se decía que, desde ICE, se había hecho campaña en favor de una ley antimonopolio "con cierta insistencia y provocando más de una irritación" y que el Gobierno había encargado al Ministerio de comercio la preparación de un Proyecto de Ley Antimonopolio que, a juicio de ICE, solo tenía sentido si se insertaba en el marco de una política general de fomento de la competencia "de amplia envergadura y suficientemente enérgica"[401]. Esto suponía eliminar los obstáculos, las rigideces en los mercados y las barreras de entrada que, como se decía acertadamente, "pueden ser tan nocivos para el bienestar social y el desarrollo económico del país, o mucho más, que las maniobras de todos los monopolistas"[402]. Todo ello sin olvidar la otra dimensión de la competencia, considerada "fundamental": "organizar y fortalecer en España el marco jurídico y las estructuras necesarias para un funcionamiento auténticamente competitivo de los mercados y de la iniciativa empresarial"[403]. Justas palabras que apuntaban al centro de gravedad de una economía ampliamente intervenida que protegía a multitud de empresas y frenaba la competitividad de muchas empresas eficientes. En palabras de ICE dirigidas al núcleo de la cuestión, "es necesario revelar e impedir los abusos, pero es igualmente necesario liberar y potenciar las grandes fuerzas de desarrollo latentes en nuestra economía"[404].

---

[400] ICE (1963), pp. 25-27.
[401] Ibídem, p. 25.
[402] Ibídem, pp. 25-26.
[403] Ibídem, p. 26.
[404] Ibídem, p. 26. Redondeaba dichas palabras un canto a la iniciativa empresarial que se sobreponía al omnipresente temor a los monopolios "si creemos que los peligros del monopolio son graves y reales, creemos también en la enorme fuerza creadora y en la enorme utilidad de la iniciativa empresarial, cuando se le deja actuar en un marco adecuado".

Como síntesis de su planteamiento, el editorial, demostrando un buen conocimiento del fondo de la cuestión, concluía con las siguientes palabras: "En definitiva, represión del monopolio y fomento de la concurrencia son cosas que no siempre significarán lo mismo, pero que siempre deben de ir unidas en la economía española. Cuanto más rigurosas sean las prohibiciones de acuerdos limitativos de la concurrencia y las definiciones del abuso de posiciones dominantes, más activa debe de ser la política de liberación, fomento de la concurrencia y mejora de la flexibilidad del sistema económico"[405]. El planteamiento era correcto, pero las intenciones de los políticos y de los legisladores no contenían el arrojo suficiente para abordar la defensa y el fomento de la competencia exigidos por el necesario despegue de la economía española.

Del encuentro surgieron muchas ideas que, con toda seguridad, sirvieron para ilustrar el desarrollo de las múltiples propuestas que fueron configurando el texto base del anteproyecto de LDC. En todo caso, debe subrayarse que el contenido del número de ICE que se comenta era como un oasis en medio del desierto de un espacio económico dominado por el intervencionismo y la ausencia de competencia leal y efectiva. A continuación se destacan algunas cuestiones tratadas en la relevante reunión de Alcalá de Henares, recogidas por ICE.

Las ponencias más influyentes fueron las protagonizadas por el profesor Eberhard Günther[406]. Sus opiniones fueron inequívocamente inspiradoras y guía para la elaboración de los documentos preparatorios de la Ley de Defensa de la Competencia. De acuerdo con Günther, en relación con Alemania, "en el plan de desconcentración y de descartelización, el elemento primordial era

---

[405] Pp. 27-28.

[406] Ver Günther, E. (1963a): "Los ´cartels´ en Derecho alemán y la reglamentación de la competencia en el Tratado del Mercado Común", ICE (1963), pp. 61-70; Günther (1963b): "Monopolios y concentración", ICE (1963), pp. 71-81. Eberhard Günther (mencionado, también, como Günter) fue presentado como una referencia en el campo de la defensa de la competencia o lucha contra los monopolios. Vid. las páginas dedicadas a su persona al final del número de ICE (1963), pp. 119-120 donde se afirma que "su extraordinaria solvencia en el tema de las prácticas comerciales restrictivas justifica el haber llevado su rostro a la portada y el dedicarle, asimismo, una especial atención biográfica en la sección de 'Los hombres y los días'", p. 119.

la destrucción del potencial de guerra[407]". A ello se sumó el impulso de una regulación que favoreciera la competencia sobre la base de la experiencia de las autoridades norteamericanas. Con el marco político de la democracia y el individualismo liberal como referencias, según Günther, la regulación alemana no prohibía los monopolios ni las posiciones de dominio. Se prohibían los abusos y había controles, pero no se atacaban las estructuras y algunos poderes públicos quedaban abrigados del derecho de la competencia. En todo caso, el fenómeno de la concentración empresarial y las empresas de gran dimensión no eran vistas con complacencia. En relación con el tamaño empresarial, Günther[408] subrayó la necesidad de considerar, simultáneamente, sus ventajas y desventajas[409]. Y de esta cuestión dedujo un principio inequívocamente intervencionista pese a que consideró, al mismo tiempo, que la intervención pública debería ser "excepcional": "una política de competencia es una política del orden... en ese orden, el principio de la libertad en la justicia social debe servir de orientación y de medida"[410] pues las grandes empresas pueden manejar este "orden". Y, como síntesis de su reflexión, anotó que "la única medida realmente eficaz es el restablecimiento de la competencia"[411].

Para ampliar el conocimiento de la regulación de la competencia, ICE solicitó a Günther un estudio sobre la ordenación de la competencia en España[412]. A mi juicio, el resultado no fue óptimo. El punto de partida era excesivamente conservador pues se proponía iniciar el proceso con una ordenación de la competencia "relativamente suave" que se iría "agudizando" posteriormente. Sin embargo, Günther sostuvo, con realismo[413], que "en España tendrán que tener una mayor vigencia los principios inherentes a una economía de concu-

---

[407] Günther (1963a), p. 62. La aplicación de la legislación *antitrust* fue transferida a las autoridades administrativas alemanas después de los Acuerdos de París de 1954. La regulación de la competencia se basaba en las normas norteamericanas.
[408] Günther (1963b), p. 78.
[409] Ibídem. "El tamaño de la empresa dejará de ser deseable en cuanto el agrandamiento transforme los mercados en estrechos oligopolios o las operaciones del mercado sean determinadas por una sola empresa".
[410] Ibídem.
[411] Ibídem, p. 81.
[412] Vid., Günther, E. (1963c): "La ordenación de la concurrencia en España: condiciones y posibilidades", ICE (1963), pp. 109-118.
[413] Ibídem, p. 111.

rrencia, si no quieren correr el peligro de quedar aislada del avance económico común"[414]. El rodeo argumental que conducía a defender los principios de la competencia leal y efectiva era realmente sorprendente, sobre todo si se toma en consideración que Günther era consciente de las distorsiones en el mecanismo de los precios[415]. Interpretado en su conjunto, el texto pretendía valer para todo y era válido, particularmente, para aquellos que deseaban que no valiera para nada.

Singularmente interesante fue la aportación de Loevinger, del partido demócrata americano[416]. Tras un repaso a los antecedentes históricos de la lucha contra los monopolios, se refirió a los objetivos, principios y efectividad de la política *antitrust* con la experiencia americana en el horizonte. Puso el énfasis en las conductas prohibidas *per se* e hizo referencia a los efectos de las conductas, algo inhabitual en las discusiones sobre las mismas, exhibiendo una finura argumental poco común. Loevinger[417] subrayó la tendencia observada en los países industrializados en el sentido de dotarse de recursos jurídicos contra las conductas comerciales restrictivas de la competencia, especialmente tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial[418]. El problema que se planteaba en España era muy claro: ¿cómo impulsar la competencia, que exige libertad, en un entorno con escasa libertad?

En su intervención, García Martín[419] incorporó una conclusión sorprendente en el contexto de la época: estudiar la regulación destacando las normas ineficientes para proponer su remoción[420]. Tuvieron que pasar casi treinta años para que la autoridad española de defensa de la competencia iniciara un conjunto de estudios de estas características.

---

[414] Ibídem.
[415] Ibídem, pp. 112-113.
[416] Loevinger (1963): "Antitrust significa libertad económica", ICE (1953), pp. 83-90.
[417] Ibídem, p. 88.
[418] Japón (1947), Austria (1951), Noruega, Suecia, Irlanda (1953), Francia (1954), Dinamarca (1955), Gran Bretaña, Holanda (1956), Alemania, Finlandia (1957), Bélgica, Israel, Canadá (1960). A estos países deben añadirse el TCECA (1951), el Tratado de Roma (1957) y el Tratado que fundó la Asociación Europea de Comercio Libre (1960).
[419] García Martín, F. (1963): "Limitaciones generales a la implantación de la competencia en España", en ICE (1963), pp. 97-100.
[420] Ibídem, p. 100.

Tamames[421] empezaba recordando, acertadamente, que los objetivos de las normas antimonopolio no persiguen a la monopolización ni a la concentración en sí, sino los efectos negativos que pueden causar las conductas anticompetitivas, acuerdos y abusos, sobre los consumidores y la economía nacional. Se refirió al dominio de los mercados y a los grupos dominantes estimando, para aquellos años, que la barrera que abría las puertas al dominio sobre los mercados se situaba en el 20 por ciento[422]. Asimismo, hizo referencia al índice de concentración, al olvidado grado de pliopolio y a la protección arancelaria. Como complemento de lo anterior, abordó el asunto más importante: los efectos de las conductas de las empresas y grupos dominantes para la economía y la sociedad y se refirió a los beneficios extraordinarios, la rigidez en el mercado de trabajo, los menores incentivos para renovar el equipo, la poca atención a los clientes y proveedores y la influencia sobre las administraciones públicas, los políticos, las administraciones y, también, los medios de comunicación. Tamames[423], demostrando un conocimiento singular de cuanto se discutía, se refirió a las soluciones subrayando, por una parte, que "el Gobierno no ha puesto en marcha un dispositivo antimonopolístico porque nunca ha tenido verdadera intención de actuar en tal sentido", algo que parecía evidente y, por otra, se refirió al proyecto de ley "contra los monopolios... que lleva ya dos años en los cajones de varias mesas de despacho"[424]. Medio año después, España tenía su primera LDC, aprobada a gran velocidad y con poca fe en las virtudes de la competencia por parte de los legisladores.

5.6. El debate en las cortes franquistas

La LRPRC[425] fue el resultado de un compromiso con los Estados Unidos en los tiempos de la guerra fría y del deseo de integración con Europa. Una de las piezas del engranaje era la creación de un organismo de defensa de la competencia. El espejo era Europa, pero la economía española andaba con un cierto retra-

---

[421] Tamames, R. (1963): "Empresas y grupos dominantes en la economía española", en ICE (1963), pp. 101-107.
[422] La referencia era, sin duda, Alemania.
[423] Tamames (1963), p. 107.
[424] Ibídem.
[425] Para Garrigues, la LRPRC era como un traje extranjero cortado por sastres foráneos. Vid. Garrigues, (1964), p. 38.

so. No cabe duda de que los americanos querían competencia, por convicción, aunque no siempre presionaron al Gobierno con la fuerza suficiente para que aprobara un texto de defensa y promoción de la competencia. En aquel contexto, las autoridades siguieron el único camino posible: aprobar una ley aunque la decisión no contara con el respaldo necesario de todos los estamentos del poder y ante la indiferencia de la sociedad.

En el marco del Plan de Estabilización debe subrayarse la relevancia del Decreto Ley de Ordenación Económica, de 21 de julio de 1959, mencionado, en el que se disponía que el Gobierno impulsaría las oportunas disposiciones para prevenir y combatir las conductas monopolísticas y demás actividades contrarias a la competencia[426]. Era la primera vez que se hacía mención explícita a una suerte de LDC. La presión de la administración norteamericana surtió efecto y el camino hacia la defensa de la competencia estaba abierto, pero el tránsito por el mismo, como se ha visto, no estuvo exento de dificultades.

El Gobierno estaba dividido ante el problema de la liberalización de los mercados. Frente a los liberticidas estaban quienes deseaban abrir los mercados a la competencia exterior e interior. Esta división se hace evidente analizando el mencionado Decreto 3060/1962, de tinte liberalizador que, con cautelas, establecía, en su artículo primero, que era necesario el acuerdo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos "para establecer o modificar cualquier intervención sobre los precios y cualquier medida restrictiva sobre la producción, circulación o consumo de productos agrícolas, ganaderos, industriales o de los servicios...". Se decretó, asimismo, la responsabilidad de los ministros de Industria, de Agricultura y de Comercio y la capacidad de propuesta a la citada Comisión Delegada de "las limitaciones que, por excepción, deberá mantenerse a la

---

[426] Se menciona que en el mismo sentido hubo pronunciamientos en el III Congreso Nacional de Trabajadores, en el I Congreso Sindical y en la VI Asamblea de Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos. Vid. AA.VV. (Senén de la Fuente, G., Dir.) (1964): Comentario a la Ley española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, Sociedad de Estudios y Publicaciones, p. 61. Además de la confusión entre dominio y abuso de posición de dominio, los párrafos anteriores sugieren que la petición era más un deseo de disponer de una ley antimonopolio que de una ley de defensa y promoción de la competencia. En todo caso, sin conocer la realidad de la época, podría dar la sensación de que en España había un clamor popular en defensa de una legislación que favoreciera la competencia en los mercados de bienes y servicios, incluida la agricultura y ganadería, algo que no era cierto. En este punto debe mencionarse el trabajo de De la Sierra (1953).

libre disposición y circulación interna de mercancías quedando sin efecto todas las restantes medidas y prácticas que, a través de cupos, distribuciones oficiales, compras y ventas obligatorias y cualesquiera otras medidas interfieran dicha libre disposición y circulación...".

En el artículo cuarto se disponía que las Empresas Nacionales deberían atender a suplir la iniciativa privada o a combatir prácticas o estructuras monopolísticas. Y, en el artículo quinto, se hacía referencia a la "liberación" condicionada de mercancías. También se establecía (artículo octavo) que los "Ministerios interesados propondrán al Gobierno la determinación de los sectores económicos en que no será necesaria previa autorización para las inversiones de capital en porcentaje superior al cincuenta por ciento" en el caso de extranjeros o españoles con residencia habitual fuera de España. El artículo noveno autorizaba la libre instalación, ampliación y traslado de industrias, con independencia del importe de la inversión. Por una parte, control; por otra, voluntad de liberalizar, aunque con prudencia.

Desde la perspectiva de la defensa de la competencia, cabe destacar la propuesta de una Autoridad de defensa de la competencia. En efecto, el artículo diez establecía que "el Ministro de Comercio propondrá al Gobierno las normas necesarias para la defensa de la competencia", de acuerdo con dos requisitos: la determinación de las conductas restrictivas de la competencia según los criterios de los países de la OCDE y el establecimiento de un sistema de sanciones administrativas. Todo ello apoyado en el convencimiento de que la solicitud de adhesión al TCCEE de 9 de febrero de 1962 vendría reforzada por la aprobación de una LDC.

La retórica contra las grandes empresas y contra los monopolios era el resultado de un estado de la opinión pública impulsada desde los sectores más liberticidas del régimen[427]. La referencia siempre era el elevado nivel de concentración en los distintos mercados relevantes, algo que era cierto como habían puesto de manifiesto los estudios de De la Sierra y de Tamames. Los monopolios siempre

---

[427] Este tipo de retórica fue descrita por Fleming con agudeza: todo lo que hacen es una amenaza. Si aumentan los precios, perjudican al consumidor. Si los reducen, perjudica al pequeño competidor. Si aumenta su dimensión llegará a ser demasiado grande. Si no crecen, sabotean el crecimiento económico en beneficio de sus pretensiones monopolistas, Vid. Fleming (1951): Ten Thousand Commandments. A Story of the Antitrust Laws, Prentice-Hall, p. 187.

eran el enemigo a batir, un blanco fácil con efectos populistas. Por otra parte, sorprendentemente, la defensa de la competencia fue objeto de críticas que consideraban que era una pieza más de la trama neocapitalista[428]. Otros, desde una perspectiva jurídica manifestaron su escepticismo en relación con la LRPRC[429] . Hasta el año 1976 no se dispuso de un análisis serio, con los instrumentos de la moderna economía de los mercados aplicados al sector industrial[430].

Tomada la decisión de disponer de una LDC, el proceso de aprobación de la LRPRC fue rápido. El Consejo de Ministros dispuso la remisión del proyecto de ley de "Represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia" al presidente de las Cortes Españolas que, el día 16 de abril de 1963, decidió su envío a una Comisión especial ordenando su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas, algo que hizo el día 18 de abril. Los Procuradores pudieron enviar las enmiendas "razonadas" que consideraron oportunas en un plazo máximo de quince días naturales a contar desde la fecha de publicación del proyecto de ley. El día 15 de julio de 1963, bajo la presidencia de Esteban de Bilbao y Eguía, tuvo lugar la lectura del dictamen de la Comisión especial, el debate correspondiente, el discurso del ministro de Comercio y la votación del dictamen defendido por Abella Martín. La sesión empezó a las 17 horas 45 minutos y terminó a las 19h 40 minutos. Menos de dos horas bastaron para resolver el trámite de una nueva ley sobre un asunto de probada trascendencia.

Abella Martín se refirió, en primer lugar, al mencionado Decreto Ley; en segundo lugar, a los economistas que, en el año 1953, publicaron sendos artículos sobre los efectos del monopolio en la economía española; y, en tercer lugar, al

---

[428] Tamames ([1961]1970), p. 426, por ejemplo, sostuvo que la LRPCRC significó "la introducción en nuestro país de uno de los mitos más característicos del neocapitalismo". Por otro lado, afirmó que la "ordenación de la competencia" era "una pieza fundamental del marco institucional de la economía neocapitalista". Sorprende que tales opiniones permanezcan en la tercera edición de la obra pues su autor fue uno de los impulsores de la LRPRC. En su momento hubo un debate intenso sobre el neocapitalismo que impregnó el espacio de la izquierda política. Vid., p. e., Borja, J. (1968): "Reformismo y revolución frente al neocapitalismo", en AA.VV. (1968): Reflexiones ante el neocapitalismo, Ed. de Cultura Popular, pp. 149-177, p. 155.

[429] Pedrol Rius, A. (1963): Un abogado español frente a la ley antimonopolio. Texto taquigráfico de la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el día 27 de mayo de 1963.

[430] Maravall, F. (1976): Crecimiento, dimensión y concentración de las empresas industriales españolas, 1964-1973, Fundación del Instituto Nacional de Industria.

I Congreso Nacional de la Falange[431]. Nada se dijo en relación con el encuentro de Alcalá de Henares.

Debe subrayarse que el texto del Proyecto de Ley –coordinado por José Luis Villar Palasí–, a la sazón subsecretario de Comercio, es un documento singular. Ciertamente era un "exabrupto legal", como se dijo[432], pero contenía ingredientes de una modernidad irrefutable y piezas que demuestran una ingenuidad impropia. Algo sorprendente pues el anteproyecto de ley sobrepasó las cien redacciones[433]. En relación con la modernidad, debe consignarse la loa a la iniciativa empresarial como motor del desarrollo económico y del progreso social. El deseo de una mayor libertad de empresa mediante la eliminación de barreras administrativas y la creación de un marco institucional flexible eran nobles propósitos de grupos minoritarios contrarios al intervencionismo. Pero, sobre todo, por su olvido sistemático en los tiempos actuales, brilla la declaración del "indeclinable y permanente deber del Estado de defender al consumidor", cuestión que históricamente había impregnado las normas de defensa de la competencia desde sus orígenes.

De acuerdo con la retórica de la época, el ponente recordó que "se ha dicho que el monopolio se asemeja al pecado". Abella Martín mencionó que al proyecto de la LRPRC se presentaron 47 escritos de enmiendas[434] que supusieron 266 propuestas de modificación[435] y a lo largo del debate se hizo patente la ignorancia de muchos procuradores acerca de las cuestiones sometidas a discusión sobrevolando los intereses personales por encima de la preocupación real por el fomento de la competencia.

El punto de partida de la reflexión de Abella Martín era tan simple como discutible: "todo mercado abandonado a su propia racionalidad conduce, in-

---

[431] Boletín Oficial de las Cortes Españolas, n. 794. Sesión del día 15 de julio de 1963, pp. 16694-16714.

[432] "La Ley 110/1963, de 20 de julio, fue en su momento, dentro de un sistema económico proteccionista, dirigista, intervencionista y verticalista, un exabrupto legal provocado hasta cierto punto por requerimientos de la política exterior". Tribunal de Defensa de la Competencia (1989): La Libre Competencia en España 1986-1988, p. 11.

[433] Villar Palasí, entrevista citada.

[434] De las cuales seis eran enmiendas a la totalidad que fueron rechazadas y una de dudosa calificación que fue aceptada como enmienda a la totalidad.

[435] Este hecho refleja que las diferencias entre los textos inicial y final fueron notables.

defectiblemente, a situaciones monopolísticas"[436]. Ninguna mención se hizo al intervencionismo administrativo. El discurso se centró en "la necesidad de dotar al Gobierno de un instrumento de política activa que le permita actuar sobre los factores capaces de crear situaciones monopolísticas...". Preocupaba la estructura de los mercados, pero no las conductas empresariales y, ante las alegaciones referidas a la falta de tipificación de las conductas, se argumentó que esta vendría dada por las propias resoluciones del TDC.

En relación con las conductas conscientemente paralelas, se propuso su eliminación, pero sorprende la reacción de la Comisión por el argumento utilizado: "el término, por su realidad, concisión, grafismo y sencillez" no debe ser eliminado. Algo que nunca fue demostrado, argumentado ni fue objeto de discusión.

Una particular efervescencia discursiva, tributaria del poder de los sindicatos verticales, permitió asegurar que los Convenios colectivos –portadores de múltiples restricciones a la competencia– quedarían al margen de la ley. Una victoria más de quienes, sistemáticamente, se habían resistido a cualquier intento de liberalización económica centrando su discurso en la lucha contra los monopolios.

Planteando el dilema acerca de si determinadas conductas deberían ser autorizadas expresamente o si debería declararse la no aplicación de la ley a las mismas, la Ponencia y la Comisión se inclinaron por la autorización por el TDC y no por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de comercio o por el Consejo de Economía Nacional. En todo caso, se aceptó que se diera audiencia a la liberticida Organización Sindical, expresión inequívoca de su poder y capacidad de influencia. Y, también, de la voluntad del Gobierno de mantener bajo control cualquier intento de liberalización que considerara inadecuado.

Se sostuvo, asimismo, que las resoluciones estuvieran dotadas de previsión legal de certeza y, como cuestión relevante, se debatió acerca de si el TDC debía formar parte de una jurisdicción especial o de la jurisdicción ordinaria. El resultado final coincidía con el criterio de la Ponencia: jurisdicción especial –mono-

---

[436] Tal afirmación coincide con la expresada por Ayres: "La competencia incontrolada...conduce siempre al establecimiento de monopolios abusivos". Vid. Ayres, C.F. (1944), The Theory of Economic Progress, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, citado por Fraile (1998), p. 36.

polio del ejercicio de la defensa de la competencia– y adscripción al Ministerio de comercio pues la referencia era "la actuación en el campo de los precios". No fue necesario decir más.

En la sesión intervino el ministro de Comercio, Sr. Ullastres, quien, en un discurso algo desordenado, subrayó la trascendencia y la oportunidad de la ley e insistió en que no se trataba de una ley antimonopolística sino de una ley contra los abusos monopolísticos y las colusiones[437] pues tal era su voluntad. El espíritu y las intenciones nominales del gobierno eran claros. Ullastres, evitando incomodar al régimen, sostuvo que "prácticas que habían de ser consideradas, en general, como viciosas, anormales e injustas en países maduros industrial y económicamente, habrán de ser muchas veces toleradas, permitidas o incluso fomentadas por la política económica española, porque es completamente diferente la política de precios y la política de beneficios en los países ya maduros que en los países en trance de desarrollo". Una vez más, se ponía de manifiesto que la fe en los mecanismos de mercado era atenuada y que tampoco se quería incomodar a las empresas con posición de dominio ni a los poderes fácticos. Era evidente que el TDC sería una organización decorativa, una pieza necesaria en la estructura del Estado moderno y útil para ser exhibida ante los organismos económicos internacionales, pero no sería un instrumento dirigido a impulsar decididamente la competencia y contribuir al desmantelamiento de la espesa trama de regulaciones ineficientes que se extendían por toda la actividad económica. En la sesión, el ministro afirmó solemnemente: "De toda la acción del Ministerio durante estos años, a la que doy más importancia es a esta ley". Frente a tanta solemnidad, resultó inaudito que la ley no causara un gran impacto en el mundo empresarial[438].

Recordó el ministro de Comercio que el texto se había inspirado en la legislación extranjera y, en particular, en la experiencia de los países del Mercado Común en relación con los aspectos sustantivos. En relación con los aspectos procesales, la referencia era el Derecho británico; en especial, en relación con la consideración del TDC como un tribunal especial. Asimismo, se refirió al

---

[437] "los Trust, los Cartells (sic), los acuerdos entre empresas para fijar abusivamente precios...".

[438] Los juristas mostraron mayor interés. Garrigues, por ejemplo, consideró que se trataba de una "ley transcendental" cuyo impacto real dependería "del tacto y de la prudencia" de su aplicación y, de forma inaudita, calificó de "exóticos" los conceptos que tenían su origen en la experiencia de *Common Law,* alejada de nuestra tradición jurídica. Garrigues (1964), p. 10.

equilibrio entre seguridad y eficacia y a los principios inspiradores de la ley[439]. También subrayó que el objetivo "es la perfecta concurrencia en el mercado". Objetivo heroico pues se inscribía en un contexto caracterizado por una asfixiante intervención administrativa y política, pero era otro paso de un proceso que, con dificultades, retrocesos, interrupciones y avances, significaba una declaración que rompía con la tradición. Pregonaba el ministro que "el ejercicio de la libertad sea auténtico", de acuerdo con la doctrina del Movimiento Nacional, exhibiendo una retórica cargada de contradicciones, susceptible de ser aceptada por unas Cortes capturadas y sometidas al régimen. Con el lema libertad, igualdad y competencia, sostuvo que "no hay libertad si no hay libertad en lo económico" pues "el grande se comerá siempre al chico". En este contexto afirmó que "la misión del Estado es ir elevando el grado de igualdad para poder ir elevando el grado de la libertad, que es tanto como decir, en este caso, ir elevando el grado de la concurrencia". En otros términos: primero intervención y, luego, en su caso, libertad. Un camino de difícil tránsito, pues el puente entre la intervención y la libertad era largo y, por regla general, lleno de obstáculos.

También sostuvo el ministro, esta vez acertadamente, que la competencia beneficia a los consumidores y contribuye a mejorar el bienestar de la sociedad, eliminando los privilegios monopolísticos. Asimismo, reflejó, a su juicio, el sentir de los empresarios: si no puedo ser monopolista, que me protejan de los monopolios. Y se adelantó a la opinión dominante: "El mercado español del futuro... será el mercado europeo o el mercado mundial... cada poderoso dentro de nuestras fronteras es un pigmeo frente a los poderosos de más allá de ellas". Tenía razón, pero el conjunto de su discurso era un ejercicio dominado por la incoherencia. Antes de la votación, solemnizó el momento diciendo, de acuerdo con su tradición y recordando a Ledesma, que "lo que nos ayudaría a

---

[439] "A través de las diferentes instancias, que no lo son formalmente, o escalones por los que progresa cada caso que caiga dentro de la ley, se pasa por el Servicio, que es la Administración, toda la Administración a través del Consejo de Defensa de la Competencia, donde están todos los Ministerios económicos y, además, todos los sectores interesados, a través de esos organismos representativos, los Sindicatos en este caso; el Tribunal que no es administrativo, que es un cuerpo, como dicen los ingleses, 'cuasi judicial', independiente; el Consejo de Ministros, donde se aplica eventualmente el criterio político-económico, como moderador o agravador de sanciones, según el caso, y luego la jurisdicción ordinaria, a la que quedan en definitiva sometidos, además de todos los recursos, las sanciones penales y su ejecución".

ganar la ley es: la patria, el pan y la justicia". La ley se aprobó con dos votos en contra, como era costumbre.

En todo caso, no sorprende la presencia de los sindicatos, auténticos instrumentos de colusión, en el proceso dado por el poder que ostentaban tanto dentro del Gobierno como en las Cortes. De hecho, el TDC nació como un órgano politizado, supeditado a las decisiones gubernamentales y dirigido por personas no independientes. Se rompía en consecuencia la condición fundamental de su existencia, la independencia.

Cuatro años después del Decreto Ley de Ordenación Económica, el día 23 de julio de 1963, el BOE publicó la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Una ley que, en el marco de un régimen decadente y periclitado, contrario a la libertad económica y partidario de la intervención y de que la economía se subordinase a la política, aunó las voluntades de los transformadores con las de aquellos que veían en el capitalismo monopolista de estado uno de los grandes males de la patria. Los sindicatos de la época se manifestaron a favor de una autoridad de defensa de la competencia porque veían en esta autoridad un instrumento de lucha contra los monopolios, no un mecanismo para defender e incentivar la competencia en un contexto de intervención universal en todos los ámbitos de la economía productiva. Los procuradores se limitaron a cumplir órdenes y defender sus intereses.

La LRPRC entró en vigor el día 1 de enero de 1964. Mediante un Decreto del día 30 de enero[440] se nombró el primer Presidente del TDC.

5.7. Reacciones

Recuerda Castañeda[441] que la liberalización de la economía promovió reacciones contrarias, aunque estas no estuvieran relacionadas directamente con la actividad del TDC. Fuentes Quintana[442] reaccionó y, con el arrojo que le carac-

---

[440] BOE del día 15 de febrero. Jesús Rubio y García-Mina, Catedrático de Derecho mercantil. Pero no fue hasta el día 28 de diciembre que, por la Ley 252/1963, se fijaron la plantilla y las dotaciones del personal del TDC, SDC y Consejo.
[441] Castañeda (2014), p. 116.
[442] Fuentes Quintana (1964): "El precio de la eficacia", ICE, n. 368.

terizaba, respondió a través del Editorial de ICE, con cifras y argumentos. Tras advertir que la liberalización era irreversible, concluyó con las siguientes palabras, recogidas por Castañeda: "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".

La LRPRC generó escepticismo; incluso dentro del propio TDC. Juan Antonio Rossignoli, ex Presidente del TDC, sostuvo que "enarbolar la bandera de una economía en libertad requiere un cierto aprendizaje. Lejos de cualquier afán intervencionista, el papel de la Administración se justifica por todo lo contrario. No tendría sentido cambiar una economía administrada por otra en manos privadas, pero no libre y competitiva"[443]. El propio TDC consideró que la LRPRC podía haber sido eficaz si los mecanismos de mercado hubieran sido la referencia de la política gubernamental pero sucedió justamente lo contrario. Una prueba de ello fue la poca importancia que se atribuyó al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), cuyo Reglamento fue aprobado en el año 1970[444] y contaba, tan solo, con tres o cuatro funcionarios del cuerpo técnico que, por regla general, no eran expertos en el campo de la defensa de la competencia. Según el TDC, "una ojeada a los Registros sobre Prácticas Exceptuables y Fusión de Sociedades, tuteladas por el Servicio de Defensa de la Competencia, casi en blanco, basta para comprobar la postración de la Ley 110/63"[445]. También se redujo temporalmente el número de vocales del TDC, de 8 a 4. Y, más relevante, el propio TDC se refirió a la escasa actividad del SDC y del propio TDC"[446]. Aún más: "el número de Resoluciones hubiera importado poco si las pronunciadas... hubieran recaído sobre asuntos transcendentes dentro de sectores relevantes para el orden público económico del Estado... El efecto intimidatorio o disuasorio de la sola presencia del Tribunal sobre los comportamientos anticompetitivos es prácticamente nulo... Por añadidura, el Tribunal renunció pronto a ejecutar la facultad que le reconocía la Ley 110/1963 de proponer al Gobierno la imposición de sanciones

---

[443] Rossignoli, J.A. (1989): Presentación, en Tribunal de Defensa de la Competencia (1989): La libre competencia en España. Tribunal de Defensa de la Competencia 1986/1988, Ministerio de Economía y Hacienda, p. 7.
[444] Decreto 422/1970, de 5 de febrero.
[445] Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), p. 13. En la p. 15 se dice que, entre los años 1965 y 1984, solo se formularon 24 solicitudes de prácticas *exceptuables*.
[446] Ibídem, pp. 14-15.

económicas a las empresas condenadas por prácticas anticompetitivas"[447]. De hecho, lo hizo solo una vez[448] y la propuesta del TDC no fue atendida por el Gobierno[449].

Quintero fue particularmente crítico con la dotación económica y personal del SDC. En efecto, sostuvo que tras veinte años de funcionamiento del SDC, su dotación de personal y recursos económicos habían sido insuficientes y, en consecuencia, su labor tuvo que ser, escasa e insatisfactoria pese a la calidad y formación del personal del SDC. También se refería al "raquítico grupo de personal administrativo o auxiliar que no superaba, en algún momento, el número de 12 personas"[450].

En definitiva, puede decirse que, al margen de la calidad del trabajo de sus miembros, sus resultados fueron escasos. En su larga vida se resolvieron tan solo unos 250 expedientes, mayoritariamente de escasa enjundia desde la perspectiva de la defensa de la competencia[451]. La responsabilidad del fracaso de la política de defensa de la competencia residía en la poca voluntad del Gobierno, que se tradujo en una insuficiente dotación de recursos del SDC y en su falta de creencia en los mecanismos de mercado. En estas condiciones, el resultado tenía que ser forzosamente vacío, sin efectos sobre los mercados y lejos de ser disuasorio. Poco más que un elemento directivo administrativamente para exhibir ante las autoridades europeas cuando se considerara conveniente[452].

---

[447] Ibídem, p. 14.

[448] Sentencia de la Sección Primera de 31 de enero de 1968, confirmada por el Pleno en la de 29 de mayo de 1968. El Gobierno no atendió la propuesta y este hecho desincentivó la actitud sancionadora del TDC.

[449] Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), pp. 12-15.

[450] Quintero. M. (1987): Excursión al mundo de la competencia, Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Comercio, p. 124.

[451] Fleming concluyó que la marcha de la ley es lenta y que esta lentitud se pone de manifiesto en el proceso de la norma de defensa de la competencia ante los tribunales de justicia. Vid. op. cit., p. 193.

[452] Quintero sostuvo que "los comentarios coinciden en estimar como óptima la labor técnica realizada hasta ahora por el Tribunal, que si ha sido efectivamente escasa en el volumen y la trascendencia de los asuntos resueltos, ha sido por razones imputables, en parte, al pesado mecanismo operativo de su Reglamento y, en parte, también, quizá lo más sustancial, a la escasez de expedientes que lo ha suministrado la única fuente nutricia de ellas, es decir, el Servicio de Defensa de la Competencia". Vid. Quintero (1987), p. 123. Más crítico fue el propio Tribunal: "si el Servicio instruye poco, el Tribunal condena menos –en una relación de tres a una entre 1965

De hecho, la primera vez que muchos españoles oyeron hablar del TDC fue como consecuencia de la decisión del Consejo de Ministros del día 6 de septiembre de 1991 que, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda, dictó una resolución por la que acordaba incrementar la cuantía de las sanciones pecuniarias propuestas por el Tribunal a la Asociación Nacional de Productores de Pollos (ANPP), la Asociación Española de Mataderos Industriales de Aves (AMIAVE) y a más de cuarenta empresas del sector. La sanción conjunta del Tribunal ascendió a 355 millones de pesetas. La del Consejo de Ministros a 418,5 millones de pesetas. La conducta mencionada consistió en acordar la limitación de la oferta con el fin de presionar los precios al alza, intercambios de información y difundir la actividad infractora para darle mayor efectividad. La consecución del acuerdo sancionado fueron un perjuicio para los consumidores y para la economía nacional.

La decisión del Consejo de Ministros fue recurrida por las partes. El Tribunal Supremo dictó Sentencia el día 30 de enero de 1999, desestimando los recursos y admitiendo que la consecuencia de los acuerdos sancionados fueron un perjuicio para los consumidores y para la economía nacional, en este caso "de grandes proporciones". De hecho, la subida de precios desde el mes de mayo de 1988 hasta el mes de septiembre, se estimó en un 97,5 por ciento "lo que, teniendo en cuenta la ponderación de este producto en la cesta de la compra, supone una incidencia espectacular en el índice de precios al consumo". Fue, precisamente este impacto sobre los precios lo que motivó la fuerte sanción impuesta por el Consejo de Ministros.

---

y 1984– lo que es achacable tanto a defectos de instrucción como a la escasa predisposición del Tribunal a corregirlos con la experimentación de las facultades que le concede su Reglamento. El número de resoluciones hubiera importado poco si las pronunciadas... hubieran recaído sobre asuntos trascendentes dentro de sectores tolerantes para el orden público económico del estado". Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), pp. 14-15.

6. ANÁLISIS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 1963

6.1. La sorprendente exposición de motivos

La LRPRC[453] debe interpretarse como una singular excepción de baja tonalidad liberal inserta en un contexto político y económico inequívocamente intervencionista y con escasa iniciativa empresarial, inspirada en el TCCEE. España contó, por primera vez, con una LDC, imperfecta, con posibilidades que no fueron aprovechadas. La Exposición de motivos, más liberal que la propia norma, empezaba con una declaración de principios contundente y, al mismo tiempo, sorprendente, pues respondía a los principios del análisis económico. Además, se apartaba de la tradición intervencionista de la época: "La iniciativa empresarial constituye un factor muy poderoso de desarrollo económico y, consecuentemente, de progreso social". Se trataba, en consecuencia, y en apariencia, de una ley instrumental cuyo objetivo era evitar los obstáculos a la competencia en los mercados de bienes y servicios.

En todo caso, debe señalarse que las referencias fundamentales del desarrollo aplicado del análisis de la competencia nunca aparecieron en los debates: ni en los antecedentes ni en el debate parlamentario ni, por supuesto, en el articulado de la ley. Me refiero, por ejemplo, a decisiones del Tribunal Supremo norteamericano que marcaron sendos puntos de partida, desarrollados posteriormente[454].

La ley, calificada como represiva, no tenía como principal objetivo el fomento de la competencia. Era una ley de prohibición con la mirada puesta en el Mercado Común y en los norteamericanos[455]. Olvidaban sus redactores que, como señaló Fernández Ordóñez[456]: "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". Y añadía, con evidente sentido común y conocimiento de la realidad: "En

---

[453] BOE n. 175, 23 de julio de 1963, pp. 11144-11152.

[454] Me refiero, por ejemplo, a: United States v. Trans Missouri Freight Ass'n, 166 U. S. 290 (1897); Addyston Pipe & Steel Co. V. United States, 175 U. S. 211 (1899); Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

[455] AA.VV. (1964), pp. 56-57.

[456] A la sazón Secretario de Estado de Comercio. Fernández Ordóñez, M. (1987): "Política de competencia", ICE, n. 650, pp. 3-4.

estos obstáculos y estas rigideces encuentran a menudo su mejor base los abusos y los acuerdos de restricción más peligrosos".

Y de la declaración de principios a la política económica, de falsa intención liberal[457] y escasos logros, pues quedó claro el principio de la subordinación de la economía a la política, a los resultados y a la discrecionalidad. Frente a la intención de sus promotores[458], resultó ser más burocrática que liberal y nació condicionada por los principios inspiradores del régimen[459]. Faltó coraje y se prefirió el sillón a la libertad. Se perdió una buena oportunidad de fomentar la competencia y, en consecuencia, de impulsar el crecimiento económico.

Desde el principio, la LRPRC generó escepticismo; algo perfectamente comprensible. No podía ser una ley liberal porque se desarrolló en un contexto caracterizado por la limitación de las libertades fundamentales. La libertad es incompatible con el autoritarismo y la libertad de empresa no puede desarrollarse en un contexto de libertades limitadas[460]. De forma confusa, se estimaba que el impacto de la ley sobre la estructura económica española sería profundo, aunque no supondría un cambio estructural en la organización y distribución del mercado. Pese a ello, suponía "un hecho trascendental en la política jurídica de nuestro país"[461]. Se trataba de un hecho cierto, aunque lejos de ser "trascendental", porque las referencias a la economía de mercado y la competencia como elemento regulador de la economía española empezaban a ocupar un lugar destacado en el marco de un sistema económico intervencionista y globalmente controlado.

---

[457] "Neoliberal", se decía. Vid., p.e., AA.VV. (1964): Comentario a la ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia, Sociedad de Estudios y Publicaciones, p. 56.

[458] Fundamentalmente, los ministros Ullastres y Navarro Rubio.

[459] Al hacer referencia a los antecedentes legales, el texto de la LRPRC señala que "el nuevo Estado viene reclamando reiteradamente en sus Leyes Fundamentales la subordinación de los valores económicos al interés de la Nación y a las exigencias del bien común (Declaraciones VIII y XII del Fuero del Trabajo, artículos 26 al 30 del Fuero de los Españoles y artículo 11 de la Ley de Principios del Movimiento Nacional".

[460] Tamames, por ejemplo, consideró que la LRPRC suponía una "legalidad teórica". Vid. Tamames ([1961]1970), p. 430. En su opinión, la regulación existente, incluido el Código Penal, complementada con decretos sectoriales específicos y una adecuada actuación judicial, eran suficientes.

[461] AA.VV. (1964), p. 57.

La competencia sería una referencia ineludible en el debate económico serio[462] pese a los intentos por parte de las grandes empresas, la burocracia y los grupos de presión de seguir controlando la economía.

Al mismo tiempo, la libertad de empresa se introducía en el lenguaje político. Como decía la LRPRC: "el Estado, con su política económica, intenta crear las condiciones que permitan el máximo despliegue de la libertad de empresa...". Sentados los principios generales, acto seguido, la LRPRC, siguiendo el Tratado de Roma, hacía referencia a las dos conductas sobre la que se asentarían las sanciones: las conductas colusorias y los abusos de posición de dominio, olvidando que la defensa y la promoción de la competencia deben ser algo más que sanciones.

En relación con su necesidad y oportunidad, se mencionaba la experiencia de otros países y se hacía referencia a la necesidad de regular la libre competencia mediante "leyes especiales que suministran instrumentos más eficaces que los proporcionados por el derecho común"[463]. Y se concluía con un párrafo que incluía elementos de difícil comprensión, introducidos con alguna intención: la ley "completa, de un lado, el campo de acción de la empresa pública antimonopolista, de la política comercial de liberalizaciones, de la política arancelaria y fiscal, en todos aquellos aspectos que quedan incólumes a pesar de la actuación de estas medidas, y hace, de otro lado, más intensa tal actuación".

La LRPRC preveía excepciones y exclusiones. Las primeras, cuando se daban un conjunto de requisitos relacionados con la mejora de las condiciones de producción o distribución o la mejora del progreso tecnológico. Las segundas, en el caso de conductas anticompetitivas consecuencia del ejercicio de potestades administrativas amparadas en una disposición legal. Pero reconocía

---

[462] La LRPRC fue utilizada, reiteradamente, para presentar una imagen liberal de la economía española.

[463] Se refería a Estados Unidos (Ley Sherman y Celler-Antimerger Act de 1950), Gran Bretaña (Restrictive Trade Practices Act de 1956) y Alemania (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen –Ley contra las restricciones de la competencia– de 1957 que entró en vigor el día 1 de enero de 1958) y se decía que más de veinte países contaban con disposiciones legales de defensa de la competencia. A ello debían añadirse las cláusulas de defensa de la competencia en tratados internacionales (Tratado CECA y de la CEE - Mercado Común). También se mencionaba que en la OCDE y al amparo del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) se habían constituido grupos de expertos para analizar la cuestión.

al TDC la facultad de proponer al gobierno la supresión o modificación de dicho ejercicio[464].

La excepción en relación con los actos de la Administración incluida en el apartado 1.3, referido a la "Exclusión de las potestades administrativas en materia de prácticas restrictivas y naturaleza jurídica de la excepción"[465], adquiría una particular relevancia en un contexto económico intervenido y controlado por las administraciones públicas. La voluntad intervencionista reflejaba las resistencias de una parte relevante del poder político ante la posibilidad de que la economía operara, fundamentalmente, sobre los principios de la competencia leal y efectiva, sin intervenciones públicas innecesarias.

Al abordar la referencia a los aspectos económicos, en consonancia con el pensamiento del ministro Ullastres, se afirmaba que la promulgación en España de una LRPRC era "plenamente coherente con el mantenimiento y la consolidación de un sistema económico basado en la empresa privada y el mercado". Asimismo, se mencionaba, entre otras cuestiones, el impacto de las prácticas restrictivas de la competencia sobre los precios –al margen de los costes o de las dificultades de aprovisionamiento–, el mantenimiento de precios excesivamente elevados a pesar de las medidas de "liberación"[466] económica y el empeoramiento de la calidad de los bienes o servicios.

El control de las operaciones de concentración fue introducido en la regulación de la competencia muchos años después[467]. Se sostenía, con razón, que no

---

[464] Inicialmente, exclusivamente en relación con el abastecimiento de poblaciones y, a partir del Decreto Ley 18/1976, de 8 de octubre, con carácter general.

[465] Su compleja redacción rezaba como sigue: "El antagonismo entre las técnicas administrativas de intervención y utilización de la idea del orden público económico, a más de constituir la razón fundamental que establece la oportunidad en este momento de promulgación de la ley, aparece reflejada en el artículo IV de la misma, ya que... la técnica del orden público económico viene a salvar en cierto sentido el riesgo que plantea la progresiva desaparición de potestades administrativas. En tanto estas subsistan, no entra en juego la ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada dentro del marco del orden público, lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia Administración quien la conforma, a través del ejercicio de sus potestades de intervención. Es por ello preciso hacer esta salvedad que configura claramente el ámbito de aplicación de la ley".

[466] Era frecuente el uso del término "liberación" en lugar de liberalización.

[467] Vid. AA.VV. (1969): Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia, Editorial Moneda y Crédito.

se consideraba pertinente, pues el noventa por ciento de las empresas contaba con cinco o menos empleados. En estas circunstancias, la concentración de empresas se consideraba "deseable", opinión que puede compartirse[468], pero la ley se limitaba a la inscripción de las operaciones de concentración en el Registro correspondiente cuando superaban el umbral del 30 por ciento.

De acuerdo con el ambiente intervencionista de la época, se decía que lo establecido en la ley contribuiría a conocer la estructura de los mercados que "hará posible la actuación racional sobre algunos de los componentes más importantes de los precios que, precisamente por su carácter estructural, tienen una influencia más permanente en la evolución de estos últimos"[469].

La Exposición de motivos subrayaba que, dado el carácter finalista de la ley, esta sería de aplicación general siempre que los efectos contrarios a la competencia tuvieran lugar dentro de las fronteras de España y, adicionalmente, se afirmaba que los actos contrarios a lo dispuesto en la ley serían nulos, "con nulidad absoluta". También se destacó la inoportunidad de la tipificación penal de las prácticas restrictivas y la oportunidad de la ley desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

Pese a las grandilocuentes declaraciones de la Exposición de motivos, la LRPRC no era una verdadera ley de promoción y defensa de la competencia y el TDC no fue un órgano plenamente independiente dotado de autonomía en su capacidad de decisión. El TDC se limitaba a proponer sanciones, pero se abrigaban de la competencia los monopolios legales y estatales. Además, no se seguía lo previsto en el Tratado de Roma y el fomento de la competencia no era contundente. Dada la correlación de fuerzas en el gobierno y en las Cortes, los intereses en juego y los compromisos políticos y personales restaron fuerza

---

[468] El artículo 135 de la Ley de Reforma Tributaria, de 26 de diciembre de 1957, incluía la posibilidad de obtener beneficios fiscales a la integración de empresas siempre que no cayeran en la tentación de llevar a cabo conductas monopolísticas. En todo caso, las operaciones de concentración, en determinadas circunstancias y a efectos de control sobre posibles conductas monopolísticas, tenían que inscribirse en el Registro correspondiente.

[469] Se ignoraba que la economía de los mercados ya había fijado la tríada estructura-conducta-resultados. Vid. Mason, E.S. (1939): "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise", American Economic Review, Vol. 29, marzo, pp. 61-74: Mason, E.S. (1949): "The Current State of Monopoly Problem in the United States", Harvard Law Review, Vol. 62, junio, pp. 1265-1285.

a la LRPRC perdiéndose, de nuevo, una oportunidad para acelerar el proceso de modernización económica de España.

En el texto de la LRPRC se hacía referencia a la "necesidad de una jurisdicción especial"[470]. Serían los distintos tribunales los encargados de enjuiciar las consecuencias (civiles, penales, administrativas o laborales) que se derivaran de la misma. Por ello, resultaban sorprendentes las limitaciones impuestas al recurso contencioso-administrativo en relación con las disposiciones dictadas por el TDC[471]. Al hacer referencia a la Jurisdicción, la Exposición de motivos indicaba que la determinación de conductas contrarias al orden público económico, por resolución del TDC "constituye una presunción legal en cuanto a las demás esferas jurisdiccionales en lo que es intangible la probanza de los hechos. En efecto, la resolución del Tribunal no constituye un mandato u orden de condena ni tiene otros efectos que la indiscutibilidad de los hechos declarados probados `por el propio Tribunal´". Por último, cabe señalar que en el texto subyacía la confianza tecnocrática en el ejercicio de quienes eran considerados como expertos por encima del criterio de los Tribunales ordinarios[472]. Lo más relevante de este planteamiento es que se limitaba el acceso al control jurisdiccional y se traspasaban funciones de un órgano que debería ser plenamente independiente al propio poder ejecutivo. Con estas referencias, dada la escasa voluntad libera-

---

[470] En el apartado IV. 3. 1, se decía que: "todo este juego de consecuencias en los ámbitos civil y administrativo se basa en idénticas prohibiciones que la ley contiene, pero atribuir su jurisdicción a Tribunales diferentes podría comportar resoluciones distintas que paralizasen en uno u otro campo la finalidad que la ley persigue. Estas consideraciones abocan a una necesaria concreción: la necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva". Esta cuestión fue objeto de críticas por parte de muchos especialistas. Vid., p.e., PEDROL (1963, p. 6).

[471] El Tribunal Supremo, en Sentencia del día 10 de marzo de 1969, se pronunció considerando al TDC como una "jurisdicción administrativa atípica", aunque expresión de la acción de la Administración Pública.

[472] "El afán de mantener a ultranza la seguridad jurídica sin menoscabo de la eficacia, resulta evidente en la Ley que la competencia del Tribunal no es revisora de los actos administrativos, sino, antes bien, sustitutiva de la actuación administrativa que se limita a elevar el expediente al Tribunal. De este modo, la jurisdicción no tiene una mera función excepcional de revisar el ajuste del acto administrativo a la norma, sino que se le atribuye función esencial, en todos los casos, y no solamente en el aspecto formal de control de legalidad, sino que, más trascendentemente, conforma el contenido de las declaraciones e intimaciones. De otro lado, se refuerza aún más esta honda preocupación de seguridad jurídica que late en la ley, introduciendo de nuevo en la sistemática procesal el clásico recurso de súplica ante el Pleno del Tribunal".

lizadora del gobierno y de los primeros integrantes del TDC, no debe extrañar que su actividad efectiva fuera nula.

6.2. De las prácticas restrictivas de la competencia

La LRPRC estaba dividida en dos grandes apartados: Exposición de motivos y Parte dispositiva. La Exposición de motivos tenía cuatro subapartados[473] y la parte dispositiva constaba de seis capítulos[474], dos Disposiciones adicionales y una Disposición final.

El Capítulo primero de la LRPRC, en su Sección primera, distinguía entre distintos tipos de prácticas[475]. A todo ello, añadía la consideración de la acción de resarcimiento.

Las prácticas prohibidas, las más relevantes, seguían la estructura de los artículos 85 y 86 del TCCEE[476]. Dos eran las grandes conductas prohibidas: la colusión y el abuso de posición de dominio.

---

[473] I. El objeto, la necesidad y la trascendencia de la ley; II. Los antecedentes legales españoles y encargo legislativo; III. Puntos fundamentales informadores de la nueva ley; y IV Examen de la ley. El apartado III se subdividía en tres numerales: 1. La inserción de la ley en el orden público económico; 2. Inoportunidad actual de la tipificación penal de las prácticas restrictivas; y 3. la oportunidad de la ley desde el punto de vista administrativo. El apartado IV incluía 5 numerales: 1. Delimitación de las conductas restrictivas; 2. Las consecuencias civiles, penales, administrativas y laborales; 3. La Jurisdicción; 4. El SDC y el Registro de prácticas restrictivas de la competencia; y 5. Las sanciones. La garantía.

[474] I. De las prácticas restrictivas de la competencia; II. Del Tribunal de Defensa de la Competencia; III. Del Servicio de Defensa de la Competencia; IV. Infracciones y sanciones; V. Recursos; y VI. Disposiciones generales. Además, incluía Disposiciones adicionales primera y segunda y Disposiciones finales. El Capítulo I contaba con cuatro Secciones: 1ª. De las prácticas prohibidas, 2ª. De las prácticas excluidas, 3ª De las prácticas exceptuables y 4ª. Acción de resarcimiento. El Capítulo II incluía, asimismo, 4 Secciones: 1ª. Constitución del Tribunal, 2ª. Funcionamiento del Tribunal, 3ª. Responsabilidad de los miembros del Tribunal y 4ª. De las declaraciones del Tribunal y sus efectos. El Capítulo III contaba con 5 Secciones: 1ª. Constitución y funciones del servicio, 2ª. Registro de prácticas restrictivas de la competencia, 3ª Procedimiento del Servicio, 4ª. Facultades del Servicio y 5ª. Consejo de Defensa de la Competencia. El Capítulo IV incluía 2 Secciones: 1ª. Sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y 2ª. Sanciones impuestas por otras autoridades. El Capítulo V y el VI no tenían secciones.

[475] No parece la mejor expresión. Resulta más apropiado "acuerdos" o "conductas", pero seguiré lo dicho en la propia ley.

[476] La Comunidad Económica Europea. Tratado de Roma. Acta Única Europea. Ed. Cívitas, 1987.

El artículo primero declaraba prohibidas "las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas[477], que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear[478] o limitar la competencia, en todo o en parte del mercado nacional"[479]. Nótese que ni se definía la práctica colusoria ni se hacía referencia al concepto de mercado relevante, cuestiones inequívocamente destacadas en el análisis de las conductas restrictivas de la competencia. Además, a diferencia del Tratado comunitario y siguiendo la tradición norteamericana, en la legislación española se incluían explícitamente las conductas conscientemente paralelas. Con el objetivo de reforzar su contundencia, la ley se refería a las conductas colusorias que tuvieran por objeto una restricción de la competencia, independientemente de que se llevaran a la práctica. Se castigaba la intención, no solamente la conducta, dado que el objetivo era reforzar el efecto disuasorio de la ley. En ambos casos, las conductas prohibidas eran nulas de pleno derecho pues se consideraban contrarias a la ley y al orden público.

El artículo segundo, en línea con el artículo 86 del TCCEE[480], declaraba prohibidas "aquellas prácticas abusivas mediante las cuales, una o varias empresas exploten su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificada[481] lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores". Como cuestión relevante, el artículo también se aplicaría a aquellas conductas abusivas, aunque la posición de dominio hubiera sido establecida por disposición legal. Además, a diferencia del TCCEE, se explicaba el significado de la posición de dominio. Tres eran las posibilidades contempladas: a) Los casos de monopolio o monopsonio, b) Cuando una empresa no monopolista no esta-

---

[477] Resulta sorprendente la inclusión de las conductas conscientemente paralelas en el artículo 1 de la LRPRC. Vid. Garrigues (1964), pp. 45-46.
[478] El falseamiento de la competencia tiene muchos puntos en común con la competencia desleal.
[479] En otros términos: se contemplaban los convenios entre empresas, los acuerdos y decisiones de todo tipo de uniones, asociaciones o de empresas.
[480] "Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo".
[481] Sorprende la inclusión del término "injustificadamente" pues da a entender que, en ocasiones, podría estar justificado abusar de la posición de dominio; algo que se aleja del espíritu de la ley.

ba expuesta a una competencia "sustancial", y c) En el caso de dos o más empresas, cuando no existía competencia "efectiva" entre ellas ni[482] "sustancial" por parte de terceros en todo o en parte del mercado nacional[483]. También se mencionaban algunos ejemplos, *apertus clausus*, de conductas prohibidas. En todo caso, sorprende que en el apartado d) del artículo tercero se hiciera referencia al desarrollo de "una política comercial que entienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores"[484]. La sorpresa se sustenta en el hecho de su ausencia en el TCCEE y su incorporación explícita en normas posteriores[485]. Pese a que tenía inequívocas connotaciones antimonopolistas, la LRPRC[486] no prohibía la posición de dominio sino exclusivamente su abuso; cuestión de sentido común que rompía con la pretensión de muchos de condenar los monopolios *per se*, con independencia de los efectos de sus conductas. Quedaba pendiente la cuestión de los efectos reales de las conductas abusivas sobre los mercados y los operadores económicos afectados.

En la Sección Segunda se rebajaba la universalidad liberalizadora y se introducían excepciones a la aplicación de la ley, que deben ser entendidas como privilegios. En efecto, se hacía referencia a las conductas contrarias a la competencia que debían establecerse expresamente por disposición legal. Adicionalmente, el TDC o el ministro de Comercio podían proponer y el Gobierno, en todo caso, decidir acerca de la supresión o la modificación de las situaciones de restricción de la competencia en el ámbito municipal[487].

---

[482] En el texto de la ley se decía "o" pero parece más preciso decir "ni".

[483] En este caso, la competencia estaba restringida antes de que tuviera lugar el abuso.

[484] La competencia desleal estaba contemplada en el artículo 60 del Tratado CECA.

[485] Probablemente, el concepto de competencia desleal procedía de la esfera de la Propiedad Industrial y de su regulación. Vid. El artículo 131 del Título X de la Ley de 16 de mayo de 1902, de Propiedad Industrial.

[486] En este punto se alejaba de la Sherman Act.

[487] Era requisito necesario un informe de la Organización Sindical pese a ser portadora de multitud de conductas anticompetitivas. La Memoria del TDC correspondiente al año 1970 hace referencia a tres resoluciones del Consejo de Ministros (21 de agosto) en las que, a instancia del Ministerio de Comercio, de acuerdo con sendas propuestas emanadas por el TDC, decidió "la supresión de las restricciones de la competencia existentes en los mercados municipales de Madrid, Logroño y Yecla". Vid. Tribunal de Defensa de la Competencia (1971): Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia correspondiente al año 1970, p. 17. El Real Decreto Ley 18/1976, de 8 de octubre (BOE n. 244, del día 11 de octubre), sobre medidas económicas, en su artículo 4º modificó el apartado 2 del artículo 4º LRPRC,

Pero lo destacable era que se establecía que, en lo sucesivo, las nuevas restricciones de la competencia excluidas de la aplicación de la LRPRC deberían establecerse por ley siendo preceptivos los informes del TDC, la Organización Sindical y el Consejo de Economía Nacional. No bastaba, pues, el ejercicio de potestades administrativas; era necesario el informe de organismos que nunca se habían distinguido por su confianza en los mecanismos de mercado[488].

Adicionalmente, se concedía al TDC, bajo ciertas condiciones, el privilegio de exceptuar ciertas conductas de la aplicación de la LDC mediante acuerdo publicado en el BOE[489]. La disposición estaba cargada de razón, pero su aplicación tenía que quedar lejos de la discrecionalidad y exigía una buena dosis de análisis económico para determinar, con suficiente precisión, los efectos contrarios sobre el mercado y los consumidores y los elementos compensadores, cuestión que no siempre resulta sencilla.

Por último, la LRPRC establecía, con sensatez, que quienes fueran perjudicados por conductas prohibidas por la LDC podrían ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria[490].

---

ampliando las facultades del TDC al establecer que el TDC o el Ministerio de comercio "podrán proponer y el Gobierno, en todo caso, decidir la supresión o modificación de las situaciones de restricción de la competencia mencionadas en el apartado primero". Posteriormente, el TDC realizó informes y estudió sendos documentos relacionados con una nueva LDC. Vid. Las Memorias del TDC correspondientes a los años 1983 y 1984.

[488] Incomprensiblemente, quedaban protegidos de la aplicación de la LRPRC aquellas conductas de los empresarios agrícolas, sus asociaciones y las federaciones de las asociaciones que, sin fijar precios, hicieran referencia a la producción o a la venta de productos agrícolas o ganaderos o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, manipulación o transformación de productos agropecuarios.

[489] El requisito exigido era que las conductas comprendidas en el artículo primero contribuyeran "a mejorar la producción o distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que los consumidores o usuarios obtengan una parte adecuada de los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones y que las posibles prácticas restrictivas que de su aplicación resultaren sean las indispensables para aquella finalidad".

[490] El plazo máximo era de un año a partir del día en que la declaración del TDC fuera firme, hecho que exigía mucho tiempo, restando eficacia al procedimiento ante el TDC.

6.3. Del Tribunal y del Servicio de Defensa de la Competencia

La naturaleza del TDC[491] no fue bien entendida[492]. La LRPRC creó el TDC que quedó adscrito, en lo administrativo, al Ministerio de comercio[493], pero le concedió "plena y absoluta independencia en su función"[494] y, de acuerdo con el artículo octavo, se estructuró sobre la base de un presidente, designado por el Jefe del Estado, y ocho vocales[495], nombrados por decreto, a propuesta del ministro de Comercio. La Sección tercera se refería a las responsabilidades

---

[491] Soriano lo califica de "Tribunal Administrativo-Judicial". Soriano, J.E. (1998): Derecho público de la competencia, Marcial Pons, p. 274.

[492] Garrigues, p.e. escribió: "Hay un servicio administrativo... que se llama 'Servicio de Defensa de la Competencia', encargado de la preparación de los expedientes que pasan a un Tribunal especial; pero este Tribunal especial, que es de carácter administrativo y no judicial, tiene facultades para adoptar *con carácter excluyente de toda otra jurisdicción* decisiones de hecho y de Derecho que... van a limitar y a condicionar la intervención y la actuación de los tribunales ordinarios". Vid Garrigues (1964), p. 108.

[493] Artículo séptimo. Uno. Cabe suponer que su adscripción al Ministerio de comercio le restaba independencia. Por Real Decreto 2335/1983, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda (BOE n. 216, de 9 de septiembre de 1983, p. 24907), el TDC quedó adscrito a la Secretaría de Estado de Comercio.

[494] Artículo séptimo. Dos. De acuerdo con Betancor, "Las AAII (Administraciones independientes) son Administraciones que responden a dos características fundamentales: la independencia del Gobierno y la neutralidad política de su gestión". Vid. Betancor, A. (1994): Las administraciones independientes, Tecnos, p. 25. Betancor no incluye al TDC entre las AAII.

[495] El artículo 11 del Decreto 2764/1967, de 27 de noviembre (BOE n. 284) sobre reorganización de la Administración Civil del Estado para reducir el gasto público, decretó la supresión e integración de diversos organismos de la Administración Civil del Estado. En su número Dos dispuso que se suprimía la categoría de Director General del Jefe del SDC y que este se integraría en la Dirección General de Comercio Interior. Y en su número Cuatro, que los Vocales del TDC "quedan reducidos a cuatro". Posteriormente, el Decreto 91/1968, de 25 de enero (BOE n. 24, de 27 de enero, pp. 1205-1208), complementario del 2764/17, mencionado, estableció, en su artículo 7º, n. 4, que la reducción del número de plazas del TDC se realizaría con ocasión de vacante. Además, decretó que "dependerán asimismo del Director general de Comercio Interior los Servicios de Defensa de la Competencia, cuyos titulares ostentarán la categoría de Subdirector General". Alertó el TDC, con razón, acerca del riesgo de hacer imposible la constitución del Pleno y de las dos Secciones del TDC. El día 29 de mayo de 1970, ante el problema planteado por la jubilación de uno de los Vocales que impediría la reunión del Pleno con el número de miembros que la ley exigía, la Sala de gobierno del TDC acordó proponer al ministro de Comercio la elevación al Consejo de ministros de un proyecto de Decreto Ley que restableciese totalmente el artículo 8º de la LRPRC en aquello relativo al número de vocales que integraban el TDC. Posteriormente, por Decreto Ley 12/1970, de 8 de octubre, por el que se restablece el artículo 8 de la Ley 110/1963, de 30 de julio, relativo a la composición del Tribunal de Defensa de la Competencia (BOE n. 250 de 19 de octubre, p. 16794), se fijó, de nuevo, que el TDC

penales y civiles de los miembros del TDC. Los órganos competentes para entender de los asuntos eran la Sala segunda y la Sala primera, respectivamente, del Tribunal Supremo. A ellos se sumaba un secretario. Las barreras de entrada eran evidentes. Los expertos de profesiones ajenas al Derecho[496] tenían bloqueado el paso al TDC. En el caso de los funcionarios de las carreras judicial y fiscal se imponía, además, la conformidad del ministro de Justicia. Todos ellos eran inamovibles.

De acuerdo con la Sección Segunda[497] de la LRPRC, el TDC funcionaba en Pleno[498] o por Secciones[499]. Las resoluciones del TDC[500] gozaban de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtían plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, "sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquellas deriven sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda".

En la Sección Cuarta del Capítulo II, dedicada a las "declaraciones del TDC y sus efectos", de nuevo sorprendía la intervención de los sindicatos. El TDC podía resolver la admisión a trámite del expediente o su devolución

---

estaría integrado por un Presidente y ocho Vocales. Dicho Decreto Ley derogaba el mencionado artículo 11.4 del Decreto 2764/1967, de 27 de noviembre (BOE n. 284).

[496] Como los TECOS o los Catedráticos de economía, por ejemplo. Fue habitual que los vocales del TDC, tras las oportunas prórrogas, terminaran su carrera funcionarial desempeñando un trabajo cómodo y bien remunerado. Los vocales se elegían "entre personas de prestigio nacional, reconocida ponderación e independencia de criterio y que pertenecieran, en situación activa o pasiva, a las carreras judicial o fiscal o a cualquiera otra del Estado, con categoría de magistrado de término, jefe superior de Administración o equivalente a abogado con quince años de ejercicio profesional continuado como mínimo".

[497] Capítulo II, artículo 9º 1.

[498] El régimen del TDC hacía referencia a las Secciones (artículo 33), al Pleno (artículos 35, 36 y 37), al Pleno constituido como Sala de Justicia (artículos 38 a 50) o como Sala de gobierno (artículos 51, 52 y 53) y a las Normas comunes (artículos 54 y 55). El Reglamento establecía que la Sala de gobierno se reuniría una vez por mes y tantas veces como acordara su presidente. Destaca la capacidad de propuesta de modificaciones normativas, un poderoso instrumento de fomento de la competencia si se utiliza adecuadamente.

[499] El Pleno se entendía válidamente constituido con la asistencia del presidente –o quien reglamentariamente le sustituyera– y seis Vocales. Las Secciones quedaban compuestas por tres Vocales nombrados por el Presidente, presididos por el más antiguo en el cargo y, a idéntica antigüedad, el de mayor edad.

[500] Artículo 10.

al SDC con las pertinentes indicaciones sobre antecedentes, pruebas y diligencias a realizar[501]. La resolución podía declarar[502]: a) La existencia de prácticas prohibidas; b) La existencia de prácticas exceptuables (cuya inscripción había sido solicitada debidamente); c) La existencia de prácticas exceptuables (cuya inscripción no había sido solicitada debidamente); o d) La inexistencia de práctica prohibida en cuyo caso archivaba el expediente[503]. Asimismo, el TDC declaraba la nulidad de las prácticas contrarias al artículo primero, apartado dos de la LRPRC[504].

Declarada la existencia de prácticas prohibidas[505], el TDC tenía potestad para: a) Intimar su cese con apercibimiento de responsabilidades y, a petición del interesado y oído el mismo, podía fijar las condiciones dirigidas a corregir la práctica contraria a la LRPRC; b) Proponer al Consejo de Ministros la imposición de la correspondiente sanción a los infractores; y c) En su caso, pasar a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, el tanto de culpa a los efectos de la exigencia de responsabilidad criminal[506]. Adicionalmente, el TDC podía ordenar la publicación de las intimaciones que, de hecho, era, en sí misma, una sanción[507]. Resulta de particular interés el contenido del artículo 15.3 referido a la obtención de beneficios extraordinarios[508] como resultado de conductas prohibidas. En este caso, el TDC podía proponer al gobierno, a través del Ministerio de Hacienda, la imposición del gravamen complementario previsto en el mencionado artículo 75 de la Ley de Reforma Tributaria, elevando la cuantía al 25 por ciento[509].

De acuerdo con el artículo 16, en el caso de prácticas exceptuables con inscripción debidamente solicitada, el TDC procedía a autorizar las correspondientes

---

[501] Artículo 12.
[502] Artículo 13.
[503] A petición de parte (artículo quince) la resolución se publicaba en el BOE.
[504] Artículo 13.2. Sobre estas cuestiones, vid. las Secciones primera y segunda del Reglamento.
[505] Artículo 15.
[506] Artículos. 539 a 541 y 574 del Código Penal.
[507] La no especificación del tipo de diarios en los que debía publicarse la notificación no excluía que estos fueran de naturaleza deportiva, como se ha demostrado en alguna ocasión.
[508] "Superiores a los que corresponderían en régimen de libre competencia".
[509] Tal gravamen no era de aplicación cuando las circunstancias a que el mismo se refería tuvieran su origen en convenios concertados por iniciativa de la Administración.

conductas, indicaba las condiciones que consideraba oportunas y ordenaba la inscripción de su declaración en el Registro definitivo y su publicación en el BOE. El artículo 17 se refería a las prácticas exceptuables con inscripción no solicitada debidamente. En este caso, si se declaraba su existencia, el TDC podía sancionar y ordenar la inscripción en el Registro y su publicación en el BOE[510].

El artículo 18 establecía que, en el caso de que, solicitada debidamente y de buena fe una práctica considerada exceptuable, el TDC la declarase prohibida, este podía imponer la multa prevista en el artículo 28 y dirigir una intimación a los autores para señalar las condiciones en que podrían seguir realizando las referidas prácticas. En esta circunstancia no cabían sanciones hasta la notificación del TDC a los interesados.

En un pretendido alarde de transparencia, anualmente, el TDC estaba obligado a publicar una Memoria explicativa sobre su actividad desarrollada en relación con la LRPRC[511].

El Capítulo III de la LRPRC estaba dedicado al SDC[512]. La Sección Primera incluía las referencias a su constitución y funciones; la Sección Segunda, se refería al Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia (el Registro); la Sección Tercera, al procedimiento del SDC; la Sección Cuarta, a sus facultades y, por último, la Sección Quinta, al Consejo de Defensa de la Competencia (el Consejo).

La LRPRC creó, también, el SDC en el Ministerio de comercio y el Registro (artículo 25). El director del SDC tenía categoría de Director general y era nombrado por Decreto[513]. El SDC, responsable de la instrucción de los procedimientos, podía actuar de oficio o a instancia de parte.

La LRPRC creó el Consejo, dependiente, como el TDC y el SDC, del Ministerio de Comercio. El Consejo estaba presidido por el director del SDC y estaba formado por representantes de diversos ministerios y de la Organización

---

[510] Vid. Sección Cuarta del Reglamento.
[511] Artículo 35.
[512] Soriano calificó al SDC como "fiscal administrativo". Vid. Soriano (1998), p. 274.
[513] Artículo 29. Sus funciones consistían en la tramitación de los expedientes, la llevanza del Registro y la vigilancia del cumplimiento de las resoluciones del TDC (artículo 20).

Sindical[514]. El Consejo, que tenía conocimiento de los expedientes, cumplía funciones de información, de estudio y de propuesta.

6.4. Infracciones, sanciones, recursos, incompatibilidades y reglas sectoriales

La LRPRC no remitía la imposición de sanciones por conductas restrictivas de la competencia al Código Penal, pero contemplaba la posibilidad de sanciones penales, fijadas por el TDC e impuestas por el Consejo de Ministros. Aunque destacaba la ausencia de voluntad sancionadora, como pudo comprobarse con el paso de los años, siguiendo a Galán Corona[515], la LRPRC establecía un amplio cuadro de sanciones, incluidas las fiscales ya mencionadas, civiles, penales y administrativas. En el bloque de sanciones civiles se insertaba el reconocimiento por daños y perjuicios[516] y la sanción de nulidad[517]. La desobediencia de las intimaciones del TDC podía ser castigada por la jurisdicción ordinaria sobre la base del Código Penal. Las sanciones administrativas tenían un límite del 30 por ciento de lo facturado en el período en que se llevaran a cabo las conductas prohibidas[518]. A todo ello se sumaban las sanciones por no cesar la conducta y por incumplir la obligación de inscribir las operaciones de concentración en el Registro y cuando se hubieran realizado prácticas exceptuables no autorizadas[519].

Las Resoluciones del TDC y los actos concretos consecuencia de ellas quedaban excluidos de la vía contencioso-administrativa y solo cabía recurso de súplica ante el Pleno del propio TDC[520]. Las disposiciones generales dictadas y las resoluciones del Consejo de Ministros, adoptadas en aplicación de la LRPRC,

---

[514] De nuevo, sorprende el protagonismo de la Organización Sindical Pese al amplio campo de actuación del Consejo desde la perspectiva de su función consultiva, solo se recuerda un estudio dedicado al mercado de productos farmacéuticos y otro en relación con el sector del cemento.
[515] Galán Corona (1977), pp. 111 y ss.
[516] Artículo 6.
[517] Artículos 1.2 y 13.2.
[518] La disposición supone que, en algunos casos, la sanción podía ser superior a la facturación anual de la empresa o empresas sancionadas.
[519] Artículo 25.
[520] Artículo 29. Este hecho planteaba la cuestión de las garantías en relación con los infractores. Sobre el recurso de súplica, vid. el Título 3 del Reglamento.

eran susceptibles de recurso contencioso-administrativo[521]. También cabía dicho recurso, previo el de reposición, contra los acuerdos definitivos del TDC en materia de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión[522].

Los miembros del TDC y el director del SDC estaban sometidos a un duro sistema de incompatibilidades[523] que constituían una elevada barrera de entrada, casi disuasoria[524].

La Disposición adicional primera establecía que, para el mejor cumplimiento de lo dispuesto en la LDC, se facultaba al Gobierno, a propuesta del Ministerio de comercio, para aprobar –o modificar– por Decreto, previos los informes procedentes, reglas sectoriales de competencia elaboradas por los respectivos Sindicatos Nacionales o la Hermandad Sindical Nacional de Labradores y Ganaderos, "en las que se fijen las prácticas usuales y legítimas a las transacciones de las empresas en ellos encuadrados".

7. EL REGLAMENTO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Reglamento del TDC[525] reproducía muchas cuestiones contempladas en la LRPRC. En el presente apartado, con el fin de evitar repeticiones, se hará referencia, tan solo, a aquellas consideradas relevantes, no incluidas en la ley.

---

[521] Artículo 30.

[522] La interposición de los recursos de los artículos 30 y 31, no suspendía la ejecución de los actos reclamados ni podían ser admitidos sin acreditar el ingreso o haber constituido depósito a disposición del TDC del importe de la sanción pecuniaria (artículo 32).

[523] Artículo 33. El sistema reducía significativamente las posibilidades de acceder a los cargos afectados. En la LRPRC no se contemplaba la abstención en las deliberaciones ante la presencia de conflicto de intereses.

[524] Vid. el Reglamento.

[525] Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, Decreto 538/1965, de 19 de febrero, del Ministerio de Comercio. BOE n. 63, 15 de marzo de 1965, pp. 3923-3932. En la Memoria del TDC correspondiente al año 1966, se incluía una amplia "Propuesta de modificaciones del Reglamento del Tribunal". Por Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre (BOE n. 247, del día 15 de octubre, p. 28361) se modificaron los artículos 3º, 6º a), 51.1, 123, 124.2 y 131, del Reglamento del TDC para acomodarlos a la Constitución Española.

El Reglamento constaba de tres Títulos: I) De la jurisdicción, organización y régimen del TDC; II) Del procedimiento ante el Tribunal; y III) Recursos. A ellos se añadían dos Disposiciones Adicionales.

El Título Primero incluía tres Capítulos: I) Jurisdicción del Tribunal; II) Organización y composición del Tribunal; y III) Del régimen del Tribunal.

El TDC, con sede en la capital de España[526], ejercía su jurisdicción en todo el territorio español y se extendía a todas las situaciones contempladas por la LRPRC. El Presidente, los ocho Vocales y el Secretario eran considerados autoridad pública y ostentaban el tratamiento de Excelencia, incluso tras su cese[527]. Lógicamente estaban sometidos al deber de secreto cuyo incumplimiento era objeto de sanción[528].

Como se ha dicho, las barreras de entrada y el régimen de incompatibilidades eran durísimos[529], en muchos casos disuasorios, pero el Presidente y los vocales eran inamovibles, salvo en los casos excepcionales contemplados en las leyes[530]. El presidente del TDC tenía atribuciones, fundamentalmente de gobierno y representación, que no suponían una potestad de autoridad real frente a los vocales[531]. Este hecho ha restado eficacia a la gobernanza del TDC.

El Título II (Del procedimiento del Tribunal) constaba de dos Capítulos. El primer Capítulo (Disposiciones generales) incluía seis Secciones[532]; el segundo

---

[526] Artículo 1.

[527] Artículo 20.

[528] Artículo 22 y 34 en el caso de los empleados del SDC.

[529] Artículo 13. El cargo de presidente o vocal era incompatible con: a) El ejercicio de cargo, empleo, representación o asesoría –con o sin remuneración– en empresas –públicas o privadas o de economía mixta–, uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas cualquiera que fuera la forma jurídica de su constitución; b) El ejercicio de cualquier actividad profesional o del comercio; y c) La propiedad o posesión de títulos, acciones o participaciones en cualesquiera empresas privadas, mercantiles o industriales.

[530] Artículo 12.

[531] Artículo 24.

[532] 1) De las actuaciones del TDC; 2) Comparecencias y actuación de los interesados; 3) De la abstención y recusación de los miembros del Tribunal; 4) De las declaraciones de incompatibilidades y compatibilidades; 5) De las pruebas y 6) De las diligencias para mejor proveer.

Capítulo (Disposiciones especiales en materia de declaraciones e intimaciones del Tribunal) constaba de nueve Secciones[533].

El capítulo II (Disposiciones especiales en materia de declaraciones e intimaciones del Tribunal) constaba de nueve Secciones.

La Sección Tercera[534] se refería a las condiciones correctoras de las conductas prohibidas. Una vez firmes las resoluciones que contenían la declaración de conductas prohibidas, los interesados, en los 15 días siguientes, podían solicitar por escrito que el TDC fijase las condiciones correctoras pertinentes. El Tribunal, oído el SDC y recabados los informes y asesoramiento que considerara adecuados, tras el oportuno procedimiento dictaba acuerdo definitivo fijando las condiciones que consideraba adecuadas, que eran vigiladas por el SDC.

La Sección Cuarta[535] establecía que en el caso de no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas se daba por ultimado el expediente, ordenándose su archivo y, a petición de parte y a su costa, la publicación de la resolución en el BOE.

La Sección Quinta[536] se refería al procedimiento en los casos de prácticas exceptuables. Practicada la inscripción provisional en el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia de los acuerdos o decisiones que trataban de ampararse en el artículo 5 LRPRC, el SDC lo ponía en conocimiento del TDC quien dictaba Auto resolviendo la admisión o la devolución de las actuaciones al SDC con indicación de las actuaciones que debía llevar a cabo.

---

[533] 1) Del procedimiento en los casos de prácticas prohibidas; 2) Contenido de las declaraciones de existencia de prácticas prohibidas; 3) De las condiciones correctoras de las prácticas prohibidas; 4) De la declaración de no haber resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas; 5) Del procedimiento en los casos de prácticas exceptuables; 6) De la declaración de existencia de prácticas exceptuables, cuya inscripción ha sido debidamente solicitada; 7) Contenido de las declaraciones de existencia de prácticas exceptuables, cuya inscripción no ha sido debidamente solicitada; 8) De la declaración de existencia de práctica prohibida, desestimatoria de solicitud de autorización de práctica exceptuable; y 9) Del procedimiento para la imposición de sanciones por inobservancia de la inscripción obligatoria de los acuerdos de concentración de empresas. Sobre el procedimiento y declaración de su existencia en los casos de conductas exceptuables (cuya inscripción hubiera sido solicitada o no), vid. Secciones quinta, sexta y séptima del Reglamento.

[534] Artículos 100 y 101.

[535] Artículo 102.

[536] Artículos 103 a 116.

Declarado concluso el asunto, el TDC dictaba Resolución autorizando sin o con condiciones, o desestimando la petición[537]. Caso de que el SDC alegara el no cumplimiento de los requisitos exigidos, los interesados podían comparecer ante el TDC acreditando el correspondiente cumplimiento[538]. El Tribunal iniciaba su procedimiento, el SDC emitía su informe, igual que la Organización Sindical y, a continuación, continuaba el procedimiento habitual[539].

La Sección Sexta[540] se refería a la declaración de existencia de prácticas exceptuables, cuya inscripción había sido debidamente solicitada. Declarada dicha existencia, el TDC ordenaba su inscripción en el Registro Definitivo y su publicación, a cargo de los solicitantes, en el BOE. En el caso de que el TDC hubiese considerado oportuno introducir modificaciones o condiciones, intimaba a los solicitantes para que las cumplieran íntegra y exactamente apercibiéndoles que, de no hacerlo, la conducta quedaba prohibida. Los acuerdos y decisiones autorizados por el TDC se inscribían en el Registro Definitivo y no podían llevarse a la práctica hasta la publicación de la Resolución en el BOE. La puesta en práctica de la conducta sin la previa autorización del TDC podía ser objeto de sanción.

La Sección Séptima[541] regulaba el contenido de las declaraciones de existencia de prácticas exceptuables cuya inscripción no había sido debidamente solicitada. En este caso, el TDC podía sancionar a sus autores y, en todo caso, les dirigía una intimación señalando las condiciones en que podían continuar realizando las prácticas. Además, el TDC ordenaba la inscripción de su declaración en el Registro Definitivo y su publicación en el BOE a cargo del solicitante de la declaración.

La Sección Octava[542] se refería a la declaración de existencia de una práctica prohibida, desestimatoria de solicitud de autorización de práctica exceptuable. En este caso, las declaraciones que desestimaban la solicitud intimaban a los solicitantes para que desistieran de ellas y, de no hacerlo, incurrirían en las responsabilidades de los actores de prácticas prohibidas.

---

[537] Artículo 112.
[538] Artículo 113.
[539] Artículos 114 a 116.
[540] Artículo 117.
[541] Artículo 118.
[542] Artículo 119.

La Sección Novena[543] regulaba el procedimiento para la imposición de sanciones por inobservancia de la inscripción obligatoria de los acuerdos de concentración de empresas.

Los informes-propuesta del SDC al TDC sobre las operaciones de concentración que no hubieran sido inscritas en el Registro Definitivo e imposición de multa a los participantes en dichas operaciones se tramitaban de acuerdo con lo establecido en el procedimiento referido a las conductas prohibidas[544]. Las resoluciones de las Secciones, como en los casos anteriores, eran recurribles en súplica ante el Pleno y la multa podía ser recurrida en vía contencioso-administrativa.

El Título III se refería a los recursos y constaba de dos capítulos. El Capítulo I[545] contemplaba el recurso de súplica ante el Pleno. El recurso de súplica se interponía ante la Sección que hubiese dictado la resolución recurrida solicitando que fuera revocada por el Pleno. Recibida la solicitud, se remitían al Pleno todas las actuaciones y se emplazaba a los interesados para que se personaran ante el mismo y, posteriormente, el recurso y las alegaciones se trasladaban al SDC para que este reconsiderara, en su caso, el Informe-propuesta. Si la Sección hubiera denegado la práctica de alguna diligencia de prueba, la solicitud podía reiterarse ante el Pleno que, en el caso de aceptarlas, podía remitir, de nuevo, las actuaciones al SDC. Tras la oportuna celebración de Vista o su denegación, el Pleno daba por conclusas sus actuaciones y procedía al fallo correspondiente.

El Capítulo segundo[546] se refería al recurso contencioso-administrativo. El recurso de reposición, previo al recurso contencioso-administrativo, se presentaba ante el Pleno del Tribunal, exponiendo los motivos en que se fundaba. Si transcurrido un mes, desde la interposición del recurso de súplica, la resolución recaída no se notificaba se consideraba que el recurso había sido desestimado.

Complementaba la LRPRC y su Reglamento, el Decreto 422/1970, de 5 de febrero[547], por el que se aprobó –6 años después del inicio de las actuaciones

---

[543] Artículos 120 a 123.
[544] Artículos 81 a 89.
[545] Artículos 124 a 129.
[546] Artículos 130, 131 y 132.
[547] BOE n. 47, del día 24 de febrero, pp. 2953-2959.

del TDC– el Reglamento Orgánico Funcional y de procedimiento, del SDC[548]. Dicho Decreto fue revisado por el Decreto 3554/1972, de 23 de diciembre, por el que se modifican y refunden determinados artículos del Reglamento del SDC[549]. Sobre la base del hecho de que el SDC se había visto obligado a desarrollar trabajos de estudio, consulta, información y asesoramiento, se decretó la refundición y modificación del Reglamento del SDC otorgándole las funciones de preparación de informes en los expedientes de uniones y asociaciones de empresas. Asimismo, se modificó su estructura estableciendo que estaría compuesto por dos Secciones de Instrucción, cada una de las cuales se dividiría en dos Negociados (de Secretaría de instrucción y de Vigilancia del cumplimiento de las Sentencias del TDC); una Sección de Estudios Sectoriales compuesta de dos Negociados (de Documentación y de Investigación); una Sección de Registros e Inventarios dividida en tres Negociados (Registro de conductas restrictivas de la competencia, Cooperación con organismos extranjeros y Secretaría del Consejo de Defensa de la Competencia).

Por Orden de 28 de septiembre de 1973 se desarrolló el artículo 9 del Reglamento del TDC[550], creando un Negociado, dependiente de la Secretaría, que tenía encomendadas las tareas burocráticas y de trámite. De nuevo se revisó el Reglamento del TDC, mediante Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento del TDC, aprobado por Decreto de 19 de febrero de 1965[551]. Concretamente, se establecía que la competencia del TDC en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en la ley sería privativa en el orden administrativo. Por su parte, las consecuencias civiles, penales o laborales que de ellas se derivaren se determinarían, en cada caso, por la jurisdicción correspondiente.

El Real Decreto 1936/1985, de 9 de octubre, por el que se actualiza el Estatuto de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, disponía la forma de su nombramiento e incompatibilidades. La remuneración de los Vocales sería la de los Directores Generales.

---

[548] El día 25 de octubre de 1968, tras haber tenido conocimiento acerca de un proyecto de reglamento del SDC, elaborado en su propio seno, el Pleno del TDC estimó oportuno hacer llegar al director del SDC el criterio de los vocales de la Sala de gobierno.
[549] BOE del día 15 de enero de 1973, p. 751.
[550] BOE del día 17 de octubre, p. 20047.
[551] BOE del día 15 de marzo.

El Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del TCEE[552], determinaba que, de acuerdo con las disposiciones comunitarias, el TDC sería considerado autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del Tratado y de los artículos 2 y 8 del Reglamento 1017/68. Asimismo, el TDC podría desarrollar las funciones de cooperación y, en su caso, estudios de carácter general acordes con sus atribuciones, y la Dirección General de la Competencia sería considerada autoridad competente a efectos de las funciones de colaboración entre la Administración pública española y la Comisión de las Comunidades Europeas en la aplicación en España de las reglas comunitarias de defensa de la competencia.

8. PROMESAS LIBERALES Y POLÍTICAS INTERVENCIONISTAS

Como señaló Fuentes Quintana[553], el exceso de intervencionismo frenó el crecimiento económico de España: "En realidad, el sistema económico español contaba con fuertes influencias corporativas, bien organizadas, a cuya presencia y actuación cabe atribuir la paralización, a partir de la segunda mitad de la década de 1969, del proceso de apertura exterior y flexibilidad interna abiertos por el Plan de Estabilización Económica de 1959... El sistema de economía de mercado prácticamente ha visto interferido su funcionamiento durante toda la etapa del desarrollo en España –y aun antes– por la poderosa fronda del intervencionismo. No ha recogido las tendencias de los mercados y ha impedido que los precios orientaran la asignación de recursos". De esta forma, el sistema de precios, abusivamente intervenido con el pretexto de controlar la inflación, no cumplió su papel de instrumento de ordenación del mercado y de asignación eficiente de recursos.

De hecho, "el Estado mínimo de los sesenta se caracterizaba no solo por gastar poco, sino por no dejar hacer mucho a la iniciativa privada. Una tupida red de intervenciones paternalistas ha limitado las actividades empresariales en favor de quienes estaban instalados en el sistema productivo"[554]. Incluso el propio Estado contribuyó a la ineficacia en la aplicación de la LRPRC. En

---

[552] BOE del lunes 15 de septiembre, p. 31717.
[553] Fuentes Quintana (1988), p. 31.
[554] Fuentes Quintana (1988), p. 61.

palabras del propio TDC: "A pesar de sus limitaciones, la Ley 110/1963 podía haber sido un eficaz instrumento de protección de la libre competencia si los principios de la economía de mercado, tímidamente apuntados al finalizar la década de los cincuenta y elogiados en la Exposición de motivos de la misma ley, hubieran llegado a constituir realmente el *núcleo duro* de la política económica. Pero no fue así. Todo lo contrario, la conjunción de una serie de factores (intervencionismo, corporativismo...) estranguló las expectativas de servirse del libre juego del mercado y la voluntad política que pudo haber en la fecha de promulgación de la Ley 110/1963, para satisfacer sus objetivos, haciendo de ella una de las columnas legales de la política económica, se agotó en este mismo acto"[555]. Lógicamente, el escaso interés de la administración por impulsar la competencia toleró la desidia de los operadores económicos por competir e, incluso, por sustituir la competencia por el acuerdo y la concertación. Esto explica que la aplicación de la ley fuera "escasa y poco relevante"[556].

Sentado el principio de la necesidad de una autoridad de defensa de la competencia que podía hacer suponer que la política económica se orientaría hacia la liberalización de los mercados, un análisis de las disposiciones en materia de precios, sobre todo, pone de manifiesto que la voluntad liberalizadora era más nominal que real. En efecto, los casos que a continuación se mencionan reflejan el escaso convencimiento acerca de que la competencia leal y efectiva es el mejor mecanismo para controlar los precios y que su sustitución por la intervención más simple y alejada de la realidad económica, como se comprobó, no consiguió atajar la inflación que era el principal objetivo de política económica.

El Decreto 157/1963, de 26 de enero, por el que se autoriza la libre instalación, ampliación y traslado de industrias dentro del territorio nacional[557], dictado pocos meses antes de la aprobación de la LRPRC, hacía mención a la necesidad de mayores grados de competencia, pero, en definitiva, se inclinaba

---

[555] Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), p. 12.

[556] Ibídem.

[557] BOE n. 25, de 29 de enero 1963, pp. 1574-1576. Sorprendentemente, hacía referencia a la "progresiva liberalización de la economía española" y a la necesidad de "una creciente competencia".

por una liberalización controlada[558]. Aprobada la LRPRC, la Ley 152/1963, de 3 de diciembre, sobre industrias de interés preferente[559], volvía la mirada al intervencionismo y al control de la actividad económica[560]. En la Orden de 24 de octubre de 1966, sobre establecimiento de regímenes de ordenación en materia de precios[561], con el objetivo de preservar el valor adquisitivo de las rentas del trabajo mediante el control de los precios, se adoptaron un conjunto de medidas intervencionistas[562]. De nuevo, ante la incapacidad del Gobierno para controlar los precios, en el Decreto Ley, de 27 de noviembre, sobre medidas complementarias de la nueva paridad de la peseta[563], el Gobierno reiteró su voluntad

---

[558] En efecto, se refiere a "la progresiva liberalización de la economía española y la necesidad de una creciente competencia, que evite tensiones alcistas en los precios de los productos industriales, aconsejan dictar las normas precisas para simplificar y estimular la contribución de la iniciativa privada al desarrollo económico español". En la parte dispositiva, el artículo primero establecía que "se autoriza la libre instalación, ampliación y traslado dentro del territorio nacional de toda clase de industrias, salvo las comprendidas en los siguientes sectores". Adicionalmente, se fijaban las condiciones técnicas y de dimensión mínima a aplicar a una larga relación de industrias.

[559] BOE n. 291, de 5 de diciembre, pp. 16984-16985.

[560] Tras sostener que "solo las Empresas nacionales que correspondan a los sectores que se declaren preferentes, o que se instalen en las zonas cuya industrialización se considere necesaria, podrán aspirar a la concesión de beneficios en las mismas condiciones que las creadas por la iniciativa privada, con lo que se recoge el espíritu que informa el principio X de la ley de diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, que promulgó los Principios del Movimiento Nacional". El artículo primero establecía que: "Siempre que el gobierno considere conveniente promover un determinado grado de expansión en un sector industrial, o parte de él, podrá otorgarle la calificación de "interés preferente", con los beneficios, límites y condiciones que se señalan en la presente ley".

[561] BOE n. 256, de 26 de octubre, pp. 13525-13527.

[562] La Exposición de motivos fue clara al respecto: "Constituye criterio capital informador de la misma el mantenimiento del principio de libertad de comercio, concibiéndose la ordenación de precios como el instrumento único capaz de permitir, en forma adecuada, la defensa de aquel principio, al posibilitar la intervención del poder público a través de una acción concordatoria (sic) de las libertades de los portadores de intereses contrapuestos". Para ello, los precios se clasificaron en distintas categorías: a) Precios libres; b) Precios declarados; c) Precios regulados; d) Precios convenidos; e) Precios máximos; y f) Precios especiales. Al mismo tiempo, en el artículo 27, se disponía: "El conocimiento de los precios por parte del consumidor se asegurará asimismo a través del marcado, etiquetado, exhibición de carteles o anuncios u otros medios análogos de publicidad en la forma y con los requisitos que en cada caso se determinen".

[563] BOE n. 284, de 28 de noviembre 1967, pp. 16417-16420.

intervencionista[564], cuestión que se convirtió en una obsesión. Se había iniciado la fatal costumbre de combatir la inflación mediante un control exhaustivo de los precios, una medida ineficiente que, de acuerdo con la experiencia, causaba más daños que beneficios. Incluso, algunos que habían declarado su fe en los mecanismos del mercado también sucumbieron a la tentación intervencionista.

El gobierno era consciente de la reducida dimensión de las empresas españolas[565] y de su efecto sobre la competitividad empresarial. Por esta razón, con manifiestas dosis de autocomplacencia en el diagnóstico, priorizó la dimensión empresarial al fomento de la competencia. Y, con el fin de atajar la inflación, ante la evidencia de que el mercado no funcionaba adecuadamente, se inclinó, de nuevo, por el control de los precios, llegando a fijar precios máximos. Una medida inútil, como se había comprobado reiteradamente. En relación con estas cuestiones, el Decreto Ley 8/1966, de 3 de octubre, sobre medidas en orden al gasto público, represión del fraude fiscal a los precios y estímulo al ahorro y la exportación[566], se refería a las tensiones provocadas por el ritmo excesivo en el crecimiento de la demanda que aconsejaba, acertadamente, reducir el aumento del gasto público, impulsar la inversión privada y estimular la concentración empresarial para mejorar la competitividad de las empresas. En relación con el comercio interior, el gobierno, haciéndose eco de las ventajas que la economía de mercado había reportado al desarrollo económico, deseaba "no solo mantenerla sino fomentarla". Sin embargo, pese a su retórica sobre la economía de mercado, reiteradamente caía en la tentación proteccionista y pretendía llegar a acuerdos con los sectores interesados con el fin de lograr la estabilidad de precios, estableciendo, incluso, una vez más, precios máximos. En particular, en el

---

[564] "Artículo séptimo... se sigan con carácter general por el período de un año, como precios máximos... los que aplicaba cada una de las empresas dedicadas a la producción, la distribución y los servicios el día 18 de noviembre de mil novecientos sesenta y siete".

[565] Para contribuir a paliar el minifundismo industrial, el artículo 9º del Decreto de 23 de noviembre de 1962 estableció que "el Ministerio de Industria y el de Agricultura en el ámbito de sus respectivas competencias y oída la Organización Sindical propondrán al gobierno la determinación de los sectores económicos y dentro de cada uno de ellos los límites máximo y mínimo de tamaño y otras características técnicas de las empresas, en que quedará autorizada la libre instalación, ampliación y traslado de industrias dentro del territorio nacional, cualquiera que sea el importe de la inversión". La voluntad planificadora estaba clara. El gobierno creía que podía dirigir la economía mediante decretos, en lugar de hacerlo mediante incentivos y libertad de mercado.

[566] BOE n. 237, de 4 de octubre, pp. 12518-12521.

Decreto Ley, en su artículo veintitrés, se facultaba al ministro de Comercio para analizar los precios y márgenes comerciales y, en su caso, fijar precios máximos al consumo[567].

Las medidas propuestas por el gobierno en materia de concentración empresarial, como era de esperar, no dieron los resultados esperados[568]. El número de operaciones de concentración acogidas a los beneficios fiscales fue muy reducido y sus efectos fueron testimoniales[569]. De acuerdo con Muñoz Linares[570] fueron pocas las empresas importantes que se acogieron a los beneficios, teniendo sin duda en cuenta sus desventajas "tales como la hipotética vigilancia e intervención del Estado".

De nuevo, resurgió el control de los precios. La Orden del Ministerio de Comercio, de 24 de octubre de 1966, sobre establecimiento de regímenes de ordenación en materia de precios[571], apoyada en el artículo 23 del Decreto Ley 8/1966, tras hacer referencia al principio de libertad de comercio, abordó la regulación de los "regímenes de ordenación" de precios: libres, declarados, regulados, convenidos, máximos y especiales. Todo ello requería una tupida red reguladora e inspectora generadora de gasto público e incompatible con la economía basada en la libertad de mercado. Una vez más, se demuestra que la senda por la

---

[567] Se prescinde de los apartados y el texto se presenta de forma seguida. "Uno. Investigar, conocer y vigilar los precios y márgenes comerciales que se apliquen a toda clase de productos, mercancías y servicios; Dos. Formalizar, previo informe, en su caso, del Ministerio interesado, acuerdos entre la Administración y los Sindicatos, Sectores, Grupos o Empresas de Distribución en relación con los márgenes comerciales y precios; Tres. Señalar, previo informe, en su caso, del Ministerio interesado, precios máximos al consumo de aquellos productos en cuya comercialización no exista de hecho competencia en el mercado o no actúe esta en grado suficiente, así como cuando concurra cualquier otra circunstancia que así lo aconseje".

[568] El interés sobre la cuestión se refleja en Asociación para el Progreso de la Dirección (1966): Fusión y concentración de empresas. En particular, vid. MASABEU, J. (1966): "Estudios previos a la concentración y dificultades más importantes", en Asociación para el Progreso de la Dirección (1966), pp. 13-30, p. 15.

[569] Soler Amaro concluyó que "su contribución en orden a resolver el problema de la dimensión de la empresa española ha sido casi nula". Vid. Soler Amaro, R. (1976): Régimen tributario de la concentración de empresas, Instituto de Estudios Fiscales, p. 211. Adicionalmente, puede decirse que mayores niveles de concentración no garantizaban mayores niveles de rentabilidad. Vid. Petitbò, A. (1984): La rentabilidad de las grandes empresas industriales españolas, Fundación Juan March.

[570] Muñoz Linares (1955), p. 65.

[571] BOE n. 256, de 26 de octubre, pp. 13525-13527.

que ha tenido que transitar la libertad de mercado en España ha estado llena de obstáculos, pese a la ilusoria retórica favorable a la economía de mercado y a la libre competencia.

El Decreto Ley 15/1967, de 27 de noviembre, sobre medidas complementarias de la nueva paridad de la peseta[572], insistía en la intervención sobre la economía y en la necesidad de la estabilidad de los precios. Para ello, regulaba los precios[573] y los márgenes comerciales máximos. Adicionalmente, contemplaba subvenciones a la importación de productos básicos. Todo este conjunto de medidas, realmente inútiles y contrarias a la libertad de mercado, fueron calificadas como "urgentes"[574]. Una vez más, unas declaraciones que apuntaban a medidas inútiles para resolver todos los problemas y una retórica económica grandilocuente, pero sin contenido. En el fondo, más convencimiento en la regulación que en la libertad de mercado y el efecto incentivador de la competencia. El resultado final fue irrelevante[575]. En este contexto, sorprende la obsesión por la fijación de precios, pues había sido una medida inútil durante milenios. La ignorancia al respecto alcanzó cotas elevadas, incompatibles con el sentido común económico.

La Orden de 10 de febrero de 1970, sobre clasificación de los artículos sometidos al régimen de precios previsto en la citada Orden de 24 de octubre de 1966, conforme al Decreto Ley 22/1969, de 9 de diciembre, daba una nueva

---

[572] BOE n. 284, de 28 de noviembre de 1967, pp. 16417-16420.

[573] Se dice en el Decreto Ley (p. 16417) que "resulta imprescindible que este acompañamiento en el nivel de las retribuciones de los factores productivos tenga su contrapartida en la estabilidad de los precios. Por ello, se dispone como norma general, que el precio máximo de los bienes y servicios no podrá ser superior a los existentes en el día dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, así como la represión de las conductas que pretendan utilizar las actuales circunstancias para maniobras especulativas".

[574] Las razones esgrimidas encontraron apoyo en "la nueva paridad de la peseta –estabilidad del nivel de rentas y precios, contención del consumo público y privado, fomento del ahorro y de la inversión, represión del fraude fiscal y estímulo al sector exportador–". Se confiaba ciegamente en que las decisiones del Gobierno permitirían "un crecimiento armónico en el que la inversión productiva halle recursos suficientes y en el que los sectores más dinámicos del país puedan representar el papel que les corresponde en un desarrollo equilibrado y sostenido".

[575] "El complejo sistema de regulaciones administrativas adoptadas en materia de precios desde 1967 no parece haber presentado el menor síntoma de efectividad, si se considera la evolución paralela del índice de precios al consumo en nuestro país". Servicio de Estudios del Banco Urquijo (1980): La economía española ante la década de los 80, p. 289.

vuelta de tuerca a la regulación de los precios y clasificaba los bienes y servicios según el control de precios sobre los mismos. Poco después, en la Orden de 9 de junio de 1970 por la que se clasificaban los precios de los distintos bienes y servicios dentro de los regímenes que contemplaba la citada Orden de 24 de octubre de 1966[576], la regulación llegaba al extremo de clasificar los precios de los bienes y servicios en función de los precios que correspondía a cada uno de los grupos.

Con una sorprendente falta de análisis, la tozudez burocrática se plasmó en el Decreto 3010/1971, de 18 de diciembre, por el que se regula el régimen de precios por convenio[577]. La retórica económica contra el mercado y la competencia alcanzaba una nueva dimensión pues se afirmaba que los precios deben ser "estables en su nivel y correctos en su estructura", algo que difícilmente encaja en un sistema plenamente competitivo. Reconocido el fracaso del control de precios que "han venido sobrepasando aquellos límites que se habían considerado tolerables", en lugar de abandonar la estrategia equivocada se proponía "intensificar el intervencionismo"[578].

Y para redondear la sublime interpretación del análisis económico de los mercados y la competencia, se anunciaba el remedio al mal de la inflación, tantas veces combatido y nunca derrotado: "con el fin primordial de mantener un (sic) equilibrio general de los precios que permita la expansión dentro de la estabilidad y para defender el poder adquisitivo de las rentas de trabajo que podrían verse afectadas por los movimientos desordenados (sic) de los mismos, se hace necesario instrumentar acciones más enérgicas y adecuadas que tiendan a moderar, amortiguándola, la influencia que ejerce el movimiento de las grandes variables macroeconómicas, intensificando la colaboración de todos los sectores económicos, de los consumidores y del país, en suma de la Empresa, que revestirá así carácter de nacional". Por una parte, intervencionismo total; por otra, argumentos vacíos. Todo ello para justificar la introducción de "convenios de precios" cuyo objetivo era lograr una (sic) "estabilidad media del nivel de precios

---

576 BOE n. 139, de 11 de junio, pp. 9150-9154.

577 BOE n. 303, de 20 de diciembre, pp. 20597-20598.

578 De forma que "la perseverancia e intensificación en el esfuerzo de observación y regulación constante de los precios, vigilando su formación y evolución e impidiendo los movimientos abusivos, deben ser intensificados con objeto de que la continuidad de la expansión no lleve consigo alas en los mismos, que anularían rápidamente los beneficios de aquellas con el consiguiente perjuicio para las rentas de trabajo".

de los bienes y servicios" o "variaciones medias anuales dentro de ciertos límites", compatibles, por supuesto, con subidas y bajadas de precios. Tal era la confianza en los mecanismos de intervención que los convenios podían tener alcance provincial o nacional.

La inflación seguía sin ser controlada porque, entre otras cuestiones, la competencia era insuficiente y su ejercicio resultaba limitado por la gran cantidad de normas reguladoras, burocracia y controles. La confianza en los mecanismos de mercado era escasa, prácticamente nula y, pese a los fracasos de los intentos anteriores, se confiaba en el supremo poder de las medidas del gobierno. Con esta referencia se aprobó el Decreto Ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre Medidas Coyunturales de Política Económica[579]. De nuevo, la retórica general[580] para justificar la adopción de medidas en relación con: a) "Un sistema completo de regulación" de los precios; b) Una política de control de rentas; c) Una política de control del gasto público; d) Una política fiscal; y, por último, e) La concesión de beneficios fiscales a la concentración de empresas.

La arrogancia de los políticos parecía no tener fin. El Decreto 690/1975, de 7 de abril, sobre política de precios[581], reconocía, una vez más, el fracaso de la política intervencionista, pero insistía en el mismo tipo de medidas[582] cuya ineficacia estaba probada. De nuevo el gobierno buscaba salidas evitando liberalizar la economía con el objetivo de seguir teniendo un control sobre la misma. Sorprende la escasa imaginación y la tozudez intervencionista, pues, en el año 1977, fallecido el general Franco, el ministro García Díez, firmó el Real Decreto 2895/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios[583], reiterando una regulación al estilo de las administraciones anteriores, de marcado signo intervencionista. Además de la vigilancia sobre precios mono-

---

[579] BOE n. 288, de 1 de diciembre de 1973, pp. 23255-23260.

[580] "El mantenimiento e impulso de la inversión productiva y las exportaciones exigen una moderación en los crecimientos de los precios y las rentas, y la eliminación de los comportamientos especulativos y de las actitudes (sic) inflacionistas que les acompañan".

[581] BOE n. 84, de 8 de abril de 1975, pp. 7212-7216.

[582] "La situación económica actual aconseja reforzar las medidas vigentes con un conjunto coherente de actuaciones destinado a controlar y reducir el proceso inflacionista actuando enérgicamente sobre las causas internas del mismo, con objeto de mantener el poder adquisitivo de la moneda y la capacidad competitiva de la economía española".

[583] BOE n. 260, de 31 de octubre de 1967, pp. 23954-23958.

polistas, el Real Decreto contemplaba programas de moderación de precios y, algo inaudito: la participación de representantes de productores, comerciantes y consumidores "tanto en los grupos de trabajo de la Junta Superior de Precios como en las Comisiones Provinciales y la participación sindical, mediante compromiso del Gobierno a regularla institucionalmente ". Todavía no se había consumado la ruptura con el pasado franquista y la presencia de falangistas y neofalangistas en el Gobierno daba fuerza a la inercia del pasado y seguía sin resolverse el problema de la inflación.

Como subrayó el propio TDC con indudable contundencia: "con independencia de que han sido pocos, en una fase tardía y por un conducto irregular, los anteproyectos de ley sometidos al informe del Tribunal, este ha de contemplar con preocupación e inquietud el hecho de que mientras, por un lado, se preparaba una nueva Ley de Defensa de la Competencia, por otro, políticas económicas sectoriales han ido proyectándose sobre textos legales y reglamentarios de una forma que arriesga hacer de ellos ámbitos *excluidos* de la libre competencia, de manera expresa en unos casos, implícita en otros. Baste mencionar entre los más recientes los referidos a la reconversión industrial, la transferencia de tecnología, el seguro privado, las entidades de crédito, los transportes terrestres, las telecomunicaciones, los incentivos regionales, los combustibles gaseosos o los semiconductores". Existe, en definitiva, el peligro de que la Ley de Defensa de la Competencia nazca asaeteada por la aplicación de otras leyes económicas elaboradas de manera estanca al valor de la libre competencia"[584].

Tales intromisiones en la libertad de mercado, impidiendo el ejercicio de la competencia, han tenido un alto coste para la economía y la sociedad españolas en términos de progreso técnico, competitividad, estabilidad y desarrollo económico. No eran gobiernos liberales pues estaban más preocupados por controlar la economía y contentar a las grandes empresas que por permitir el despliegue del gran caudal de imaginación que anidaba en las empresas españolas y en muchos de sus colaboradores.

---

[584] Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), p. 33.

9. LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 1989: UNA LEY CONSTITUCIONAL Y EUROPEA

Con independencia del posible juicio crítico que pueda merecer la LRPRC, no cabe duda de que la pretensión de un número reducido de apóstoles de la competencia era sustituir el entorno autoritario e intervencionista dominante por un marco distinto en la línea apuntada en la Exposición de Motivos de la ley donde se sostenía que la empresa privada y el libre mercado debían de ser las plataformas sobre las que debe asentarse una economía competitiva. Dicha ley fue reconsiderada, necesariamente, como consecuencia, por una parte, de la aprobación de la Constitución Española de 1978 (CE)[585] y, por otra, de la adhesión de España al TCCEE que contribuyó a reforzar la creencia en las virtudes del libre mercado. El resultado fue la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC1989).

La promulgación de la CE supuso un cambio de enfoque en relación con la tradición, acentuándose el énfasis en la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y en la defensa de la productividad y de los intereses de los consumidores. En efecto, el artículo 38CE establece que "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". En coherencia con dicho precepto, la LDC1989 afirma, en su Exposición de Motivos, 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". Y añadía: "la defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución". Queda, pues, claro en la Exposición de Motivos de la LDC que esta constituye

[585] El propio TDC recordó que "cuando en 1978 la Constitución repone el principio de unidad de jurisdicción, de neta impronta democrática, el Tribunal de Defensa de la Competencia aparece como uno de los órganos que desde la Administración ha invadido según una práctica común durante el régimen franquista, funciones judiciales. La aprensión que en este momento causaba una naturaleza incompatible con principios constitucionales democráticos recuperados connotaba negativamente su origen histórico y proyectaba sobre el Tribunal una imagen desfavorable que era imposible neutralizar invocando una ejecutoria discreta". Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), p. 18.

un instrumento al servicio de los objetivos consagrados en la CE y su objetivo es "garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado". Todo ello sin olvidar que el artículo 51.1CE establece que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos". Pero el artículo 128.2CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y, en un alarde de intervencionismo, sostiene que "mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiese el interés general"[586].

El profesor Alonso Soto sintetizó el recurso a la intervención del Estado con las siguientes palabras: "no se excluye una cierta intervención del Estado en el ámbito de la competencia económica, una intervención que se desarrollará en tres planos diferentes: promoviendo la introducción de competencia en los sectores regulados (política de liberalización o desregulación), estableciendo un conjunto de normas que garanticen la existencia de una competencia suficiente y la protejan frente a todo ataque contrario al interés público (ordenamiento de la competencia) y desarrollando una política activa de defensa de la competencia (política de competencia)".

El imperativo constitucional de la política de defensa de la competencia fue formulado por el Tribunal Constitucional[587] en los siguientes términos: "El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución como marco obligado de la libertad de empresa y el compromiso de proteger el ejercicio de esta... por parte de los poderes públicos, suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales... pues la defensa de la competencia aparece como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de este". Para

---

[586] Alonso Soto, R. (1999): "Derecho de la Competencia (I). Introducción y Derecho comunitario", en Uría Menéndez, A. (1999): Curso de Derecho mercantil, Cívitas, pp. 243-351, p. 244.
[587] Sentencia 88/1986, de 1 de julio. La cita corresponde a Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), pp. 15-16.

el Tribunal Constitucional, el Derecho de la competencia es "una forma de intervención del Estado en la regulación del mercado" de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 CE.

Aprobada la CE, se cuestionó, incluso, la continuidad del TDC que tuvo que adaptarse a la nueva realidad desde su situación de órgano de la Administración funcionalmente independiente. Al perder su naturaleza jurisdiccional, sus declaraciones ya no eran sentencias sino resoluciones que pasaron a ser controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, en palabras del propio TDC, que resumen perfectamente la situación: "había de entenderse, en efecto, que determinados artículos de la Ley 110/1963 habían sido derogados por aplicación de la Disposición Derogatoria 3ª de la Constitución; en particular, por lo que concierne al Tribunal, los artículos 10, 29, 31 y 32 que respondían a una concepción del mismo como órgano con funciones sustitutivas, no solo de las administrativas, sino también de las jurisdiccionales, incompatible con el derecho de toda persona a la tutela de los Jueces y Tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial y el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales de Justicia, proclamados por los artículos 24.1, 106.1 y 117.5 de la Ley Fundamental. Esta incompatibilidad, fácilmente identificable, fue en todo constatada por el Tribunal Constitucional en sentencia 80/1983, dictada por su Sala Primera el 10 de octubre"[588].

---

[588] Decía la Sentencia: "Es preciso, sin embargo, señalar al respecto que, en virtud de la Disposición Derogatoria, párrafo 3° de la Constitución, han quedado sin efecto cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la norma fundamental. Por ello, han de entenderse derogados por la propia Constitución todos aquellos preceptos que excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa algunas de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia por oponerse a los arts. 24.1, 106.1 y 117.5 de la Constitución, los cuales proclaman el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial, y el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales". Añadía el TDC: "Si bien el Gobierno no quiso entrar entonces en una reforma de la Ley 110/1963, dirigida simplemente a adaptar sus disposiciones a los preceptos constitucionales, optando por una reflexión más amplia y dilatada y dejando el juicio de compatibilidad en manos de los órganos de aplicación y de los llamados a controlarlos, sí que modificó (Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre) las disposiciones del Reglamento del Tribunal (artículos 3, 6.a, 50.1, 123, 124.2 y 131) derivadas de las legales anteriormente mencionadas, a fin de ajustar la competencia, el procedimiento y los recursos interpuestos contra las Resoluciones del Tribunal a su naturaleza administrativa". Tribunal de Defensa de la Competencia (1989), p. 19.

La articulación entre el artículo 38 de la CE, la Exposición de Motivos y el contenido de la LDC condujeron a J.A. Rossignoli a sostener que "la libre competencia tiene hoy un claro soporte constitucional en la libertad de empresa dentro de una economía de mercado y en los legítimos intereses de los consumidores, cuyo ejercicio han de garantizar los poderes públicos"[589].

En todo caso, con la LDC1989 se pusieron los cimientos reales sobre los que debería asentarse la voluntad de las empresas sobre las bases de la libre iniciativa individual y del respeto de los criterios correspondientes a una economía de mercado, sin abusos y sin acuerdos que convirtieran conductas empresariales, en principio independientes, en conductas similares a las que corresponden a un monopolio caracterizadas por la percepción de beneficios extraordinarios en detrimento de otras empresas y de los consumidores. La aprobación de la LDC1989 no supuso solamente un cambio de la legislación al amparo de la CE y de la adhesión de España al TCCEE. También reflejó la voluntad de fomentar entre nuestros empresarios el convencimiento de que su quehacer cotidiano debía apoyarse en los principios del mercado y de la libertad de empresa. La aplicación más efectiva del derecho de la competencia cambió radicalmente el panorama. Empezó a hablarse de competencia y, a pesar de que en los programas universitarios, con contadas excepciones, la cuestión estaba ausente, en el mundo empresarial empezó a tomarse en consideración la existencia de unos órganos que perseguían la comisión de conductas contrarias a la competencia: acuerdos anticompetitivos y abusos de posición de dominio, fundamentalmente. El TDC empezó a remover acuerdos sobre precios, impedir abusos de posición de dominio, combatir acuerdos que limitaban el ejercicio de la competencia, postular la reducción de precios como resultado del ejercicio de la competencia o ampliar el concepto de operador económico, por citar algunos ejemplos. Decisiones como las referidas al acuerdo de fijación del precio de los pollos contribuyó a despertar conciencias adormecidas y a alertar a aquellos empresarios que querían seguir vulnerando los principios de la libre competencia al amparo de la inercia del pasado. A este primer impulso siguió otro de calado distinto consistente en hacer propuestas motivadas al Gobierno dirigidas a la remoción de los obstáculos legales que impedían o limitaban el ejercicio de la libre competencia. No se trataba solo de contribuir a atajar la inflación. El objetivo era más potente: poner

---

589 Rossignoli (1989), p. 7.

de manifiesto que, con mucha frecuencia, las administraciones públicas –centrales y subcentrales– mediante sus propias normas, contribuyen a restringir la competencia con los correspondientes efectos sobre los mercados, la eficiencia y, en particular, sobre los precios.

El TDC hizo uso por primera vez de las facultades que le concedía la LDC 1989 cuando, a finales del año 1991, el Gobierno le encargó la elaboración de sendos informes: uno, dirigido a la presentación de propuestas para adecuar las normas de las profesiones colegiadas a los principios de la libre competencia; otro, consistente en estudiar la legislación de un conjunto de mercados caracterizados por la existencia de precios administrados, exclusividades, situaciones de monopolio y condicionamiento al ejercicio profesional. Se deseaba identificar, aunque fuera con trazo grueso, los costes de la regulación. A los primeros informes siguieron otros sobre un amplio conjunto de sectores y mercados[590].

La discusión previa, la publicación de dichos informes y, en algunos casos, la posterior modificación de las normas que amparaban privilegios monopolistas, contribuyó a generar un amplio debate y a hacer transparentes muchas cuestiones que resultaban opacas a los ojos de las administraciones públicas, los empresarios y los ciudadanos. Se conocieron las causas de muchos privilegios monopolistas y alguno de sus efectos. El debate iluminó la oscura realidad e hizo transparente la opacidad que amparaba un sinfín de rentas monopolísticas abrigadas por muchas normas reguladoras ineficientes. La opinión pública, los operadores económicos e, incluso, muchos administradores públicos mejoraron sus conocimientos y sensibilidad acerca de la positiva contribución de la competencia sobre las empresas eficientes, los consumidores y el conjunto de la economía. En este proceso, la labor de los medios de comunicación fue fundamental.

Puede hablarse de una tercera etapa caracterizada por el incremento en el número de expedientes resueltos por el TDC. La apertura progresiva de los distintos mercados a la competencia, la creciente sensibilidad social sobre los beneficios de la misma y la mayor confianza en los órganos encargados de defenderla, generaron la oportuna reacción de los operadores económicos y las correspondientes denuncias al SDC cuando resultaban castigados por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por parte de sus proveedores, clientes o competidores. Pero lo relevante era que no solamente se incrementó el nú-

---

[590] Los Informes pueden consultarse en la página web de la CNMC.

mero de expedientes, también aumentó su calado y complejidad. Todo ello sin olvidar aspectos manifiestamente mejorables.

Incluso el TDC se ocupó de asuntos irrelevantes pues, a sus funciones tradicionales, sumó nuevas funciones como los preceptivos informes[591] sobre apertura de grandes superficies y el destacado incremento en el número de informes referidos a operaciones de concentración económica –cada vez más complejas– que incrementaban sustancialmente la actividad del TDC. Por otra parte, la mayor enjundia de los casos estudiados se traducía en un incremento en la cuantía de las sanciones y la contundencia de las condiciones impuestas para asegurar la competencia efectiva.

El Plan de Liberalización, aprobado por el Consejo de Ministros, el día 21 de febrero del año 1997, fijó como uno de los objetivos prioritarios del Gobierno la reforma del sistema de defensa de la competencia, iniciándose un proceso de modificación de las normas de defensa de la competencia y de liberalización de los mercados de bienes y servicios que culminaron en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia[592]. Con la unidad de

---

[591] De utilidad prácticamente nula, traducida en una inversión ineficiente de recursos.

[592] Tras la aprobación del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de la competencia, el conjunto de modificaciones normativas prosiguió con la aprobación de los Reales Decreto Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia; 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989; 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes; 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público y de Racionalización del Uso de los Medicamentos; 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios; 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones; la Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y determinados artículos de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro; Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al Control de las Concentraciones Económicas; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social donde se transforma la naturaleza jurídica del Tribunal de Defensa de la Competencia; 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; y los Reales Decretos 378/2003, de 28 de marzo y 864/2003, de 4 de julio, por los que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, y se aprueba el Estatuto del TDC.

mercado como referencia, de acuerdo con el Tribunal Constitucional: "no solo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban analizarse en el territorio de cualquiera de las comunidades autónomas". Como, además, el Estado debe ejercer las responsabilidades de coordinación que garanticen la unidad de la doctrina, fue necesaria la aprobación de una ley de coordinación[593].

10. CONCLUSIONES

El desarrollo del trabajo ha permitido poner de manifiesto que, realmente, una de las características de nuestra Historia económica ha sido la permanente presencia de los poderes públicos en el quehacer económico entorpeciendo la asignación de recursos a través de los mecanismos del mercado.

También es cierto que junto a quienes quieren sacar provecho de las interferencias administrativas sobre los mercados surgen fuerzas contrarestantes con el objetivo de liberalizar los mercados y facilitar que sean estos los que decidan cómo se utilizan los recursos y por quién.

Esta dialéctica entre partidarios del libre mercado e intervencionistas estuvo en la base del proceso que condujo al Plan de Estabilidad y a la aprobación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Una ley ajena a la voluntad política de su época, pero defendida por quienes consideraban que la única salida posible al estancamiento económico de España era dar mayor libertad a los operadores económicos y a los consumidores para que fuera el mercado el instrumento de asignación de recursos. Fue un ensayo interesante pero fallido pues sus resultados en ningún momento fueron determinantes. Lo más positivo fue que la defensa de la competencia se situó en la agenda de los políticos y en los deseos de los empresarios eficientes.

---

[593] 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.

Capítulo 2
COMPETENCIA, INNOVACIÓN EMPRESARIAL Y PRODUCTIVIDAD: EL PAPEL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA PROSPERIDAD DE ESPAÑA

Emilio Huerta
Catedrático de Organización de Empresas
Universidad Pública de Navarra

"*La Política de la Competencia la emplea una sociedad que desea utilizar el mercado competitivo en lugar de poderosos cuerpos privados o públicos. Muchas actividades empresariales conducen al monopolio. Unas, como la innovación, son generalmente aplaudidas; otras, como la publicidad, tienen una reputación más equívoca; y algunas, como las restricciones salariales, son extensamente deploradas*".

G. Stigler (1968), The Organization of Industry.

"No debemos ser doctrinarios en nuestra defensa de soluciones de mercado para todos los problemas sociales y económicos. Cuando resulte apropiado, el mercado deberá ser usado, pero cuando otras instituciones son mejores o cuando se anticipa que el mercado va a fallar, entonces hay que investigar para diseñar y contrastar otros mecanismos de asignación de recursos que reemplacen al mercado"

A. Schotter (1985), Free Market Economics.

"Si un economista encuentra algo, una práctica empresarial cualquiera que no comprende, busca una explicación en el poder de monopolio"

R.H. Coase (1972), Industrial Organization:
a Proposal for Research.

1. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA: INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y PROPUESTAS

1.1. La defensa de la competencia

En estos años se está produciendo un interesante debate entre profesionales del derecho y la economía, académicos y decisores públicos sobre los fundamentos y la eficacia de la aplicación de los principios de la política de competencia en España. Hay controversia y con frecuencia aparecen posiciones dispares entre los mismos reguladores que deben aplicar esta política o entre los reguladores y las autoridades judiciales que establecen las decisiones finales sobre las consecuencias de determinadas prácticas empresariales. Se observan, con frecuencia, sentencias judiciales controvertidas que cuestionan las investigaciones precedentes realizadas por las autoridades de la competencia. Se plantean opiniones divergentes, algunas contradictorias, entre las mismas autoridades que deben velar por la competencia en los mercados, sobre la naturaleza y alcance de las restricciones objeto de estudio. Hay sentencias judiciales polémicas y contradictorias sobre la estructura, conductas de las empresas y sus efectos sobre el bienestar colectivo. Esta permanente discusión muestra la complejidad de la tarea que hay que realizar cuando se diseña y aplica la política de la competencia y expresa, también, la confusión existente sobre los principios y efectos que hay que enjuiciar al observar y valorar las estrategias y resultados de las empresas en el bienestar de la sociedad.

El debate público entre académicos, reguladores, autoridades judiciales, expertos abogados y economistas sugiere que las razones de la intervención en materia de competencia son, en ocasiones, débiles; otras veces utilizan un marco conceptual discutible o poco coherente porque no se entiende o se encuentra muy alejado del funcionamiento de la economía real. Por eso, resulta urgente estimular la discusión para mejorar el juicio, análisis e implementación de la política de la competencia en España a la luz de los desafíos fundamentales que tiene la economía española. Es necesario reflexionar sobre el papel, los fundamentos y efectos de la defensa de la competencia en la prosperidad de nuestro país.

Los economistas normalmente estudian distintos modelos y enfoques analíticos a partir de los cuales realizan diferentes predicciones sobre muchos fenómenos económicos; pero hay un principio que la mayoría de la profesión comparte como una regla de hierro inexcusable: La importancia de la competencia en los mercados. Hay un consenso básico en la profesión sobre el papel de la

defensa de la competencia como herramienta para favorecer el bienestar colectivo. Se considera que la rivalidad en los mercados, sean estos de bienes o servicios, materias primas, energía, financieros o de trabajo, propicia la reducción de precios, reduce el poder de mercado de las empresas, estimula el bienestar de los consumidores y fomenta la innovación en las empresas y la sociedad. Y estos aspectos son centrales para impulsar el crecimiento de la economía y mejorar la prosperidad de un país.

Por otro lado, como no hay garantías de que la competencia emerja de forma natural y espontánea en los mercados sino que probablemente surgirán iniciativas por parte de algunos agentes económicos para alcanzar o mantener posiciones ventajosas que les permitan obtener mejores resultados, resultará necesaria una política pública, que proteja y fomente la competencia. Si la competencia no siempre genera más competencia, sino que con frecuencia se manifiestan fuerzas que tratan de reducirla para mantener privilegios y rentas, habrá que intervenir en los mercados. Conseguir que en los distintos mercados exista una adecuada rivalidad, requiere de una eficaz política de la competencia, una regulación bien diseñada, unos criterios claros y unos instrumentos de intervención que disuadan a las empresas de realizar conductas anticompetitivas.

La política de la competencia en España tiene una tradición modesta si se compara con la de los países anglosajones. Sus objetivos son defender, impulsar y proteger la competencia en los distintos mercados y sectores de la economía. La formulación general de la misma y su principio básico es claro: promover la competencia en los mercados para mejorar el bienestar colectivo. Pero una cuestión mucho más compleja y sujeta a controversia, es la aplicación de estos principios al análisis de la conducta de las empresas, al estudio de los mercados y a la evaluación del bienestar de los consumidores. Hay un debate académico amplio en Estados Unidos que sugiere que los beneficios de la competencia no son siempre bien entendidos y que los fundamentos del análisis de los mercados descansan, en algunas ocasiones, sobre una visión discutible del bienestar de los consumidores y una caracterización simple de las estrategias empresariales.

La puesta en práctica de los principios de la competencia, la aplicación de esta política, tiene consecuencias importantes sobre el tejido empresarial, porque influye en las decisiones de tamaño, afecta a las estrategias desplegadas por las empresas y condiciona sus resultados. Además, la intervención pública sobre la estructura y comportamiento de las empresas condiciona los incentivos de los

agentes económicos para cooperar e innovar, modela los mercados al limitar el número de agentes que interaccionan en ellos, afecta, por tanto, al crecimiento económico y tiene consecuencias sobre el bienestar de la sociedad. Sin duda, defender la eficiencia de las empresas y el bienestar de los consumidores evitando conductas que falseen o restrinjan la competencia en los mercados, son objetivos valiosos para la política. Por ejemplo, observar y analizar las cuotas de mercado de las empresas de una industria, reconociendo sus trayectorias de precios y estudiando la evolución de sus beneficios son tareas importantes para evaluar si hay abuso o no de posición de dominio, y discutir después, cómo hay que corregir la situación. Pero la política de la competencia debe ir más allá y ser sensible a los retos que se derivan de la globalización de muchas industrias y mercados, los requerimientos que plantea la nueva economía y sus procesos de digitalización y los desafíos que presenta la evolución de la economía española.

La aparición de nuevas estrategias, nuevas tecnologías y plataformas que las empresas utilizan para adaptarse a los cambios, supone un reto a la visión tradicional de la defensa de la competencia. En estos años han aparecido nuevas empresas líderes en sus mercados, como Amazon, Google, Airbnb, Uber o Apple que están modificando de forma radical el panorama empresarial en muchos sectores y en el mundo. En el nuevo escenario de las plataformas, la naturaleza de la competencia se está transformando. Hoy, hoteles como las cadenas NH o AC, deben preocuparse más que por sus competidores directos como Melia o Holiday Inn, por la competencia que se deriva de una plataforma como Airbnb que no tiene en propiedad ningún activo hotelero básico. Lo que está cambiando es no solo las características y tipos de competidores sino también, la naturaleza de la competencia.

En muchas industrias tradicionales, el automóvil, la química, el textil o el agroalimentario, el liderazgo empresarial se ha construido a través de largos períodos de tiempo. Las empresas han realizado cuantiosas inversiones en distintos activos físicos y han desplegado sus plantas e influencia a través de múltiples localizaciones geográficas. Empresas como Toyota, Bayer, Siemens, Nestle, Ikea, Unilever, General Electric, Inditex y muchas otras han expandido y explotado, a lo largo del tiempo, sus capacidades y competencias hasta liderar un sector o un nicho de mercado. Pero ese camino en algunos sectores, ya no es necesario recorrerlo. La existencia de efectos de red en la demanda y potentes economías de escala y alcance en costes, permiten que nuevas empresas entren en el mercado y se expandan rápidamente a lo largo y ancho del mundo. Para entender el impacto

de estas plataformas y cómo transforman la naturaleza de la competencia, necesitamos reexaminar los conceptos tradicionales de estrategia empresarial, mercados y competencia que han dominado extensamente el pensamiento económico.

En las últimas tres décadas, el modelo de cinco fuerzas competitivas de Porter (1987) ha dominado el mundo del pensamiento estratégico. En este marco se identifica la intensidad de las distintas fuerzas que condicionan el posicionamiento estratégico de una compañía y determinan la naturaleza de la competencia en el mercado: La amenaza de nuevos entrantes en el mercado, la existencia de productos sustitutivos, el poder de negociación de clientes y suministradores y la competencia directa condicionan la intensidad de la rivalidad en un sector. En este contexto, el objetivo de la estrategia empresarial consiste en protegerse de la intensidad de estas distintas fuerzas competitivas. Así por ejemplo, cuando una empresa mediante la diferenciación construye barreras a los competidores que dificultan su acceso a ese mercado, está defendiendo su espacio de supervivencia y sus resultados. La ventaja competitiva se protege segmentando los mercados, reconociendo nichos provechosos y diferenciando los productos, controlando recursos esenciales, invirtiendo en activos, estableciendo relaciones a largo plazo con clientes y proveedores y evitando guerras de precios.

La visión de Wernerfelt del MIT (1984) insistiendo en la importancia de los recursos y capacidades, como una particular y efectiva barrera a la entrada, ha completado el enfoque de Porter. Así, una empresa que controla un conjunto de recursos esenciales y difíciles de imitar, disfruta de una ventaja sostenible que le permite mantener sus elevados beneficios mientras no se erosione la base de su ventaja. Pero hoy, muchos estudiosos de la dirección estratégica, como McGrath y D`Aveni, discuten que en una etapa de hipercompetencia en muchos mercados, resulta muy difícil que la ventaja competitiva sea sostenible por difícil de imitar, a largo plazo. Creen más bien que es bastante ilusoria y casi siempre limitada en el tiempo. Incluso en mercados tradicionales, el exceso de capacidad y la imitación de prácticas empresariales entre las compañías conducen a etapas largas de competencia muy intensa, que reducen la rentabilidad de las empresas de esa industria. Pensemos en los resultados y márgenes tan reducidos en la industria del automóvil o del transporte de viajeros por avión o la alimentación. Además, las nuevas tecnologías de la información y comunicación están generando nuevos instrumentos y técnicas con las que atacar las posiciones de las empresas instaladas. Internet, la digitalización y las nuevas tecnologías de la comunicación están transformando la naturaleza de la competencia en algunos

sectores que resulta mucho más dinámica de lo que hemos imaginado en el pensamiento convencional. El poder de las plataformas se extiende. Unas veces para crear nuevos espacios de actuación y satisfacer nuevas necesidades y otras, erosionando el poder de las empresas convencionales y transformando las industrias tradicionales.

Estos nuevos modelos de negocio usan la tecnología para conectar a las personas, organizaciones y recursos en un ecosistema que crea e intercambia valor. Las plataformas tratan de aprovecharse de los efectos de red y reordenan los mercados y no solo responden a ellos. A menudo los mercados tradicionales se expanden y redefinen sus fronteras como el del transporte con Ryanair, Blablacar, Cabify y Uber o de servicios de alojamiento con Airbnb, o la edición de libros a través de Amazon o la comunicación audiovisual donde operadores como Netflix o HBO acaban de entrar en el mercado con una fuerza imparable compitiendo con los operadores tradicionales como CBS o ABC, y Antena Tres o Telecinco en España.

Las nuevas plataformas más que controlar unos recursos internos, miran hacia afuera, creando comunidades de usuarios y proveedores de los servicios que ofrecen. De esta forma escalan con enorme rapidez. Un hotel tiene que realizar cuantiosas inversiones en activos físicos y empleados para crecer frente a Airbnb que invierte en tecnología y tiene un potencial de crecimiento ilimitado. Los primeros tienen unos enormes costes fijos, mientras que los otros no. Para las empresas tradicionales, el valor depende de los recursos y competencias que se manejan, para las plataformas, el valor creado está asociado a la comunidad de usuarios y proveedores de los servicios que es capaz de generar. En este nuevo mundo, la importancia del ecosistema de usuarios es clave y la nueva fuente de ventaja competitiva y dominio del mercado. Los efectos de red son la principal fuente de valor. Para Uber y Cabify, más usuarios atraen a más conductores de coches y a su vez estos hacen más atractivo para los usuarios utilizar la aplicación porque se reduce su tiempo de espera. En el caso de Google, los desarrolladores de apps atraen a más usuarios, y estos atraen a más desarrolladores de apps. Gestionar estos efectos de red resultan claves para el crecimiento.

En estas circunstancias, las plataformas expanden las fronteras de las empresas, y la cooperación y co-creación entre varios a lo largo de la cadena de actividades, hace que la competencia sea menos significativa. Hay que incorporar ideas que estimulen la cooperación entre muchos para generar esos ecosistemas

valiosos donde se crea riqueza y se distribuye. Las fronteras de las empresas son más sutiles y el modelo de cinco fuerzas resulta más impreciso. En el mundo de las plataformas, la naturaleza de los recursos valiosos se desplaza de los activos físicos al acceso al ecosistema de usuarios y proveedores. En ocasiones, una única empresa es capaz de acaparar todo o casi todo el mercado, pensemos en Amazon, Alibaba o Google y ello es así porque existen economías de escala en la producción, fortísimos efectos de red en la demanda, altos costes de cambio y no hay nichos de especialización en ese mercado. Además, empresas como Google desarrollan estrategias de precios sofisticadas; precios cero para los usuarios finales y positivos para los anunciantes en su plataforma y a su vez, disfruta de una posición de dominio en el mercado de la que puede abusar. Observamos, y ahí radica la complejidad de la situación y las dificultades para interpretarla, de forma simultánea, innovación, derivada de grandes desarrollos tecnológicos y enormes inversiones y aumento del poder de mercado de la empresa, porque normalmente un único operador es el que se aprovecha de los efectos de red en la demanda y se queda con todo el mercado.

En estos casos, la naturaleza de la competencia cambia. El mundo de las plataformas es muy distinto del tradicional y resulta clave pensar cómo estas diferencias afectan a la regulación de los negocios y representan un reto para la política de la competencia. Estos nuevos modelos de negocio nos hacen reflexionar sobre si la visión tradicional del monopolio; fijación de precios elevados y brecha con el coste marginal, prácticas anticompetitivas, abuso de posición de dominio y falta de innovación deben ser reconsiderados y actualizados a la luz de las nuevas estrategias de las empresas y los nuevos modelos de negocio.

Por todo ello hay que actualizar los principios de la competencia teniendo en cuenta los nuevos desarrollos teóricos que se derivan del análisis económico y del nuevo conocimiento generado por el análisis de las estrategias empresariales. Es pertinente repensar la visión de la competencia dada la nueva evidencia disponible sobre el funcionamiento de las empresas, los mercados y las industrias.

1.2. La prosperidad y la innovación: un camino con muchos actores

En el centro del debate sobre el papel de la competencia, se encuentra la idea de cómo innovar para competir con éxito en las empresas. Hoy hay nuevas ideas sobre cómo se genera la innovación en las organizaciones y cuáles son las bases y

fundamentos del crecimiento económico de las empresas y más importante, de la economía en su conjunto.

La prosperidad de una economía depende de muchos factores que interaccionan entre sí. El papel de las instituciones, las políticas macroeconómicas, de innovación, de la competencia, la regulación y el grado de cumplimiento de las normas son claves para el buen funcionamiento de las sociedades. El funcionamiento de los principales mercados de esa economía: de bienes y servicios, laborales, financieros, energéticos, de infraestructuras y telecomunicaciones facilita el desplazamiento de los recursos disponibles hacia actividades y tareas que aumentan la riqueza. La intensidad de la competencia en los distintos mercados de referencia explica los resultados alcanzados y también las limitaciones que se producen en el proceso de asignación de los factores productivos.

Estos mecanismos; instituciones y mercados, generan reglas de juego e incentivos entre los protagonistas y principales agentes de la economía para impulsar decisiones que estimulen, o no, la eficiencia, que fomenten, o no, la innovación y la creación de empresas y, por tanto, generan la base sobre la que se construye y soporta el crecimiento económico de un país.

Además, cómo actúan las empresas, cuál es su tamaño, cómo es la distribución de tamaños en la economía, qué estructura industrial existe y qué estrategias desarrollan, explican que se obtengan, o no, unos mejores resultados económicos en términos de beneficios para los accionistas, empleo y salarios para los trabajadores e impuestos y riqueza como valor para la sociedad. De la agregación de ese conjunto de asignaciones y resultados micro deriva el balance final de esa economía: el valor de los bienes y servicios producidos, los niveles de precios y salarios fijados, el empleo existente y el reparto de la riqueza generada en forma de rentas económicas variadas, para los distintos agentes económicos.

Así que **instituciones, mercados y empresas** y sus principales protagonistas: consumidores, empresarios, directivos, accionistas, trabajadores, inversores y ahorradores, reguladores y decisores públicos con sus recursos iniciales, preferencias e incentivos interaccionan en la economía. Esta interdependencia genera unos resultados que son evaluados no solo desde la perspectiva individual, si cumplen o no las expectativas de sus principales protagonistas, sino también colectiva, qué características y qué buenas o malas propiedades, tienen esas asignaciones finales que la economía alcanza, desde la perspectiva del bienestar colectivo.

Por ello, para entender el crecimiento y la prosperidad de un país, es importante analizar no solo las instituciones y las políticas macroeconómicas que se despliegan sino también es necesario comprender las políticas microeconómicas que las condicionan, el funcionamiento de los mercados y analizar el comportamiento de las empresas que operan en esa economía. Sean estas empresas multinacionales o nacionales; grandes, pequeñas o medianas; familiares o no familiares; industriales o de servicios. La prosperidad tiene unos fundamentos microeconómicos complementarios a los macroeconómicos. Y estos fundamentos nos indican además, que hay una relación compleja e interdependiente entre el macroentorno, los mercados y las empresas. Así, no parece posible imaginar una economía poco avanzada con un nivel agregado de productividad bajo, compatible con la existencia de muchas empresas altamente eficientes y productivas. Del mismo modo, si la eficiencia, la productividad de las empresas es baja, la agregada que resulta del reconocimiento y suma de las individuales, no puede resultar elevada.

Los trabajos seminales de Schumpeter (1943), Solow (1956, 1957), Stiglitz (1986, 1994,), Greenwald y Stiglitz (2016), Pisano y Shih (2012), Porter (1987, 1996, 2002) y Christensen (1997) reconocen que la innovación es el elemento clave sobre la que se soporta hoy el crecimiento de una economía desarrollada. La innovación estimula la productividad y esta mejora el crecimiento. Por innovación vamos a entender no solo los nuevos desarrollos tecnológicos que desplazan la frontera del conocimiento, sino también la asociada a nuevos procesos productivos, nuevos sistemas de organización del trabajo y, sobre todo, el desarrollo de nuevos productos y servicios ofrecidos por las empresas. Nuevamente reconocemos que la innovación se propicia y alienta en las empresas. A su vez, la innovación es impulsada por la competencia, la rivalidad que existe en los mercados donde actúan las empresas y se ve también condicionada por la estructura, recursos, capacidades y estrategias que desarrollan las empresas en esos mercados. La mayor inversión empresarial en activos valiosos, sean estos tangibles o intangibles, impulsará el crecimiento de la productividad microeconómica que tendrá un impacto favorable sobre la agregada y, por tanto, potenciará el crecimiento y prosperidad de la economía. Por ello, estudiar las relaciones entre mercados y empresas, innovación y productividad, y aquí reconocer el papel de la defensa de la competencia, va a ser la orientación fundamental que guíe el propósito de nuestro trabajo.

El crecimiento de la productividad es la variable clave que nos relaciona la competencia en los mercados con la innovación de las empresas y esta con su competitividad y la de la economía en su conjunto. Además, nos ofrece una explicación poderosa de por qué resulta crucial una política de la competencia que estimule la innovación y por tanto favorezca la prosperidad de un país.

Por tanto, para discutir los resultados de una economía, hay que entender la dinámica de la competencia en los mercados en los que actúan las empresas y cómo esa intensidad condiciona su estructura, tamaño, funcionamiento y gestión. Pero, además, la rivalidad facilita la difusión de buenas prácticas que incorporan a su administración, las empresas menos avanzadas que operan en esa economía y que se van desplazando hasta acercarse a la frontera de la eficiencia. A su vez, las empresas con sus conductas modelan y modifican el funcionamiento y la estructura de los mercados. Las empresas con sus estrategias tratan de influir sobre el resultado competitivo en su beneficio, creando a veces, barreras a la entrada para impedir la presencia de competidores o a través de procesos de integración vertical o mediante el desarrollo de restricciones verticales, dificultar el acceso de los rivales a nuevos proveedores o clientes. Es decir, hay una interacción empresas/competencia en una doble dirección que determina la asignación final de recursos y permite obtener un resultado que puede ser valorado no solo desde la óptica individual sino también colectiva.

1.3. Objetivos y propuestas

La evidencia y análisis que se presentan en los siguientes capítulos indica que la economía española necesita hacer la transición de un sistema productivo que obtiene unos resultados mediocres en términos de crecimiento de la productividad hacia otro más orientado hacia la innovación y la mejora de la gestión de los recursos y que cree más valor. Muchas empresas españolas, más adelante se presenta una amplia evidencia sobre ello, compiten fundamentalmente en costes, ofrecen salarios modestos, tienen una notable precariedad laboral, invierten poco en formación y sus niveles de internacionalización e innovación son limitados. Esta forma de actuar y competir resulta muy difícil de sostener a largo plazo e incurre en notables costes sociales para la sociedad. La ventaja competitiva de las empresas de un país avanzado como España, debe desplazarse de la basada en la eficiencia, la imitación y el control de costes a otra mucho más centrada en la innovación y el posicionamiento diferenciado. Este posicionamiento requiere

de empresas con una dotación de recursos tangibles y sobre todo, intangibles, valiosos. La diferenciación necesita de conocimiento, compromiso de las personas, estructuras flexibles, sistemas de gestión avanzados y la construcción de una cartera de recursos intangibles difícil de imitar por los competidores. Esta innovación empresarial, de un lado desplaza la frontera de la productividad y de otro, cuando hay una competencia efectiva en los mercados, facilita la difusión de buenas prácticas de gestión y organización entre aquellas empresas que están dentro de la frontera. Estos movimientos de la frontera y hacia ella, estimulados por la existencia de competencia, impulsan el crecimiento empresarial, mejoran la productividad y aumentan la prosperidad de un país.

En los países más avanzados, las empresas compiten buscando la innovación y la diferenciación mientras que en los países menos desarrollados, las empresas compiten mediante la imitación, la reducción de costes y el precio. Por tanto, relacionar competencia con innovación y esta con mejora de la productividad, es el desafío para entender qué papel nuevo tiene que jugar la política de la competencia en España y cómo debe modularse la intervención de las autoridades públicas que defienden y protegen la competencia en la economía española.

Además, como hemos señalado, las nuevas tecnologías de la información y la digitalización están cambiando el comportamiento y funcionamiento de muchas empresas y mercados y aunque es pronto para entender todos los efectos, algunos ya se perciben con claridad. Ahora es todavía más importante que nunca, la innovación en las empresas. Estas nuevas tecnologías, estrategias y modelos de negocio hacen que observemos situaciones donde unas pocas empresas dominan el mercado. Google tiene una cuota de mercado superior al 80% en la Unión Europea en el negocio de motores de búsqueda y disfruta de más del 90% en software de gestión de móviles. Estas plataformas usan la tecnología para conectar a usuarios y proveedores en un ecosistema que crea valor y lo distribuye. Aquellas industrias donde el valor de la información es relevante, resultan candidatas para la aparición de estas plataformas. Las plataformas ofrecen un espacio participativo y una infraestructura para las interacciones y proponen condiciones para el gobierno de estas relaciones. La plataforma es un espacio para conexiones cruzadas entre usuarios y proveedores y existen potentes efectos de red. Además, las plataformas crean reputación y ofrecen calidad de manera distinta a los negocios tradicionales y la estrategia les lleva a diferenciarse del negocio convencional que controla los recursos y genera barreras a la entrada, a crear comunidades y aprovecharse de los efectos de red en la demanda.

En este contexto, la innovación, cómo impulsarla y mantenerla, es el elemento central del debate económico sobre el futuro en España. Y en paralelo, reconocer qué peligros emergen dado el riesgo de abuso que una empresa puede ejercer como consecuencia de la innovación que desarrolla y que le ofrece una posición privilegiada. Cómo avanzar en la innovación de las empresas y el impacto de la economía digital sobre las estrategias empresariales y el funcionamiento de los mercados, debe centrar el debate sobre cómo debe ser la política de defensa de la competencia en España. El análisis convencional sobre el mercado relevante, las estrategias de precios elevados, la concentración, las barreras a la entrada ilumina poco en un mundo cada vez más digital y con nuevas estrategias empresariales y nuevos modelos de negocio. Las fronteras de los mercados cambian rápidamente, los precios son a menudo cero, y las barreras a la entrada son superadas por nuevos desarrollos tecnológicos. Las tecnologías disruptivas crean nuevos mercados y hacen obsoletas y vulnerables las posiciones de muchas empresas que llevan tiempo instaladas en un mercado. Por todo ello, es importante reexaminar y pensar en el papel de la defensa de la competencia y su compromiso con la prosperidad de un país como España.

Bajo esta perspectiva, el **objetivo principal** de este trabajo es el estudio del papel de la competencia y la política de competencia para mejorar el funcionamiento de los mercados y los resultados empresariales. En el centro del debate se plantea la cuestión de cómo la competencia propicia la innovación y aumenta la competitividad empresarial y de la economía.

De esta forma, relacionamos la agenda de la competitividad de la economía española con el diseño e implementación de la política de competencia y establecemos un marco conceptual que vincula la defensa de la competencia con otras políticas como la tecnológica o industrial establecidas para mejorar la competitividad de la economía.

Esta visión de la política de competencia ofrece una perspectiva nueva sobre los objetivos e instrumentos que se deben utilizar para evaluar la conducta empresarial. Recientes decisiones judiciales, el debate público que suscita las actuaciones de los reguladores y cambios frecuentes en el diseño institucional de la organización de la competencia ponen de manifiesto que los fundamentos del antitrust en España y sus prácticas resultan débiles y susceptibles de

controversia[1]. Hay mucha confusión y una notable perplejidad sobre el papel y la eficacia de la política de la competencia española. Los objetivos de la política de la competencia y su conexión con los objetivos de la sociedad no se encuentran claramente articulados. Por eso, resulta esencial ofrecer una nueva perspectiva, nuevas ideas a contrastar basadas en un amplio y sólido análisis teórico, que incorpore evidencias empíricas disponibles sobre la economía y las empresas españolas y que reconozca las claves y fundamentos del éxito de las empresas cuando compiten en sus mercados.

La tesis central de nuestro análisis considera que el beneficio fundamental de la política de la competencia para la economía española debe ser el de impulsar el crecimiento de la productividad mediante el desarrollo de la innovación en las empresas. La competencia en los distintos mercados: de factores, servicios o bienes, debe estimular la innovación en todas sus dimensiones. De esa forma, se reforzará la ventaja competitiva de muchas organizaciones y se reducirán los riesgos asociados con las estrategias de coste bajo e imitación, muy extendidas entre las empresas españolas. Además, en un mundo donde la digitalización y las tecnologías de la información avanzan con enorme rapidez, la naturaleza de la competencia en muchos mercados se está transformando y resulta muy distinta de la que se genera en la economía tradicional. Por eso, parece natural preguntarse cómo todo esto, está afectando a la regulación tradicional de los negocios y al diseño e implementación de la defensa de la competencia en España.

La pregunta básica que orienta nuestro trabajo aquí es: ¿La regulación actual y la política de la competencia implementada en España, protege de manera efectiva el interés de los consumidores, de los trabajadores, de las empresas y beneficia al conjunto de la sociedad?

Esta cuestión sin duda, difícil y compleja, la examinaremos con detalle en los próximos capítulos.

Nuestra propuesta, que avanzamos aquí, sugiere que en estos nuevos escenarios para la economía española, hay que desarrollar un enfoque diferente al realiza-

[1] Véase Papeles de Economía n. 145 (2015) donde se presentan los distintos temas objetos de discusión y debate. En octubre de 2017, el Presidente de la CNMC ha presentado un conjunto de propuestas para afianzar la institución y dotarla de más herramientas de intervención.

do hasta ahora por las autoridades en la ejecución de la defensa de la competencia y para ello, hay que reordenar los objetivos centrales de la defensa de la competencia en España dando más importancia a los efectos dinámicos que la competencia genera que a los estáticos. No se trata de cambiar radicalmente los objetivos centrales de esta política, sino de modularlos de forma distinta. Hay que dar un mayor protagonismo y valor a consideraciones de eficiencia dinámica que a las estáticas que en un mundo en cambio continuo, tienen menos protagonismo.

Además, hay que reorientar la visión y el papel que le corresponde a la competencia en los mercados y, en consecuencia, hay que actualizar la defensa de la competencia e integrarla con otros instrumentos regulatorios para que propicien la innovación y protejan a los consumidores. Los cambios tecnológicos y los nuevos escenarios para las empresas españolas requieren de cambios regulatorios, modificaciones en las políticas públicas, industriales y regionales y en la política antitrust que estén alineados y sean coherentes para estimular la prosperidad del país.

La Política de la Competencia debe tener como **objetivo principal, estimular la innovación de las empresas.** El objetivo fundamental de la defensa de la competencia debe ser el de impulsar el cambio y la innovación en las empresas para estimular el crecimiento y mejora de su productividad. Si las empresas incrementan su productividad, aumentará la eficiencia de la economía española en su conjunto, con lo que los cimientos del crecimiento y prosperidad del país se reforzarán. Este enfoque, sin duda, está mejor alienado con los retos a los que se enfrentan las empresas y la economía española en estos inicios del siglo XXI.

El segundo objetivo tiene que ver con la eficiencia técnica. Mediante una activa competencia en los mercados, las empresas españolas que se encuentran con limitaciones de recursos y tamaños, tienen dificultades para su internacionalización y sus esfuerzos de innovación son modestos, encontrarán estímulos para mejorar sus posiciones mediante procesos de integración horizontal o vertical, acuerdos de colaboración entre ellas o estrategias conjuntas de I+D. De esta forma incrementarán su eficiencia productiva.

La idea central es que, como siempre ha sido, la competencia estimule la difusión y extensión de buenas prácticas de organización y gestión entre las empresas que se encuentran dentro de la frontera de la productividad. De esta forma, aumentará la productividad individual, las empresas serán más eficientes y mejorarán su capacidad para competir y se incrementará la productividad del conjunto de la economía. Las restricciones, los privilegios de algunos operadores

que dificultan la difusión de las buenas prácticas de management y la extensión de las nuevas tecnologías entre las empresas dificultan el avance hacia la frontera de la innovación y perjudican, sin duda, el bienestar colectivo.

Y por último, el tercer objetivo debería ser limitar los precios y los márgenes, evitando beneficios extraordinarios durante un período de tiempo suficientemente extenso, y que surgen como consecuencia del ejercicio abusivo del poder de mercado. Hay que estar atento a las relaciones complejas que se establecen entre innovación, situación de dominio y posible abuso de esa posición privilegiada alcanzada. Sobre esta cuestión hay que realizar un estudio riguroso, caso por caso, de las prácticas empresariales que conducen a ello. No conviene confundir altos beneficios con privilegio y abuso. No es lo mismo que los precios altos se deban a un abuso de posición de dominio, a explotar una situación de privilegio, donde un monopolista poco innovador y poco orientado a la satisfacción de las necesidades de los consumidores se aprovecha de su favorable situación, que si los precios son altos porque el producto es nuevo y genera un valor sustancial para el consumidor. Los beneficios elevados en las empresas que tienen su fundamento en la innovación no deben perseguirse.

Por el contrario, beneficios altos cuando tienen su origen en privilegios y abusos, perjudican el interés de todos. Los procesos de cartelización, reparto de mercado, fijación de precios entre competidores de forma coordinada y, en general, las restricciones que tienden a proteger posiciones de privilegio que no se fundamentan en la innovación y la orientación hacia el cliente, deben ser perseguidas con determinación.

Este trabajo se organiza de la siguiente forma. En el apartado segundo se describen las bases y fundamentos del crecimiento de la economía española y se caracteriza su entorno de los negocios. En el tercero se estudia la estructura y conducta de las empresas españolas y se discuten las debilidades más sobresalientes. Se repasa después el papel de la política de la competencia y la influencia de los nuevos modelos teóricos para ofrecer orientaciones para su ejecución. Posteriormente, se reflexiona sobre la naturaleza de la competencia en la economía y sus efectos sobre la innovación y las estrategias empresariales.

Por último, se ofrece una propuesta para reorientar los objetivos centrales de la política de la competencia y su aplicación. En ella se relaciona la competencia con la innovación y la mejora de la productividad como ejes centrales en el debate sobre los fundamentos de la prosperidad de la economía española.

2. PRODUCTIVIDAD Y ENTORNO DE LOS NEGOCIOS

2.1. Productividad y crecimiento

La prosperidad de un país, su estándar de vida, se identifica con su renta per cápita. Esta renta se determina, entre otras variables, por la productividad de los recursos de esa economía y su nivel de empleo. La productividad se mide por el valor de los bienes y servicios producidos en ese país considerando la totalidad de los recursos humanos, de capital y físicos utilizados en su generación. Esta ratio tiene dos componentes. El primero, el numerador, se refiere al valor de los bienes y servicios generados, medidos por los precios a los que se venden los productos y servicios en los mercados de referencia. Por eso, si los productos fabricados y vendidos incorporan muchas innovaciones y generan mucho valor entre los consumidores, esto hace que los consumidores quieran pagar un precio elevado por ellos y por tanto, el numerador sea elevado. Cuando se incorporan a los productos elementos intangibles asociados con el diseño o la marca que permiten diferenciar y singularizarlos para los consumidores, aumenta el numerador de la productividad. El otro aspecto de la ratio de productividad es la eficiencia con la que se asignan los recursos y se transforman en bienes y servicios. Tiene que ver con si se está o no utilizando la mejor tecnología para su fabricación y si hay o no despilfarros, ineficiencias o recursos de holgura en la transformación de los factores en bienes y servicios para los consumidores.

Por tanto, la productividad de la economía y la renta per cápita, están asociadas con el esfuerzo de innovación y la eficiencia en la asignación de los recursos disponibles de esa economía. Unos elevados niveles de productividad y una intensa innovación son manifestaciones de una economía próspera. Una baja productividad de los factores indica que, o bien hay un problema de eficiencia importante en las empresas que realizan las transformaciones de recursos en productos, o bien el valor de los bienes y servicios producidos es reducido. En este caso, las empresas de esa economía incorporan pocos elementos intangibles en sus procesos productivos y en los bienes que producen. El diseño, la calidad, la innovación, la reputación y la marca son, entre otras, características que aumentan los precios que los consumidores están dispuestos a pagar por productos que satisfacen mejor sus necesidades.

Además, lo productivos que son los recursos trabajo y capital haciendo las distintas tareas y actividades, nos indican el nivel de vida que la sociedad puede alcanzar. Sabemos que, en el equilibrio competitivo, las empresas adquirirán

recursos para producir hasta el punto en el que la remuneración a los factores productivos, salarios y rentabilidad del capital, iguale al valor de su productividad marginal. Esta condición es importante porque si la productividad por trabajador es superior al coste salarial de utilizar un empleado adicional, será posible aumentar el beneficio incorporando un nuevo trabajador a la actividad productiva. Así, si la productividad del factor trabajo es elevada, la empresa podrá soportar unos salarios elevados sin que ello afecte negativamente a los costes laborales unitarios. Los costes están condicionados por la relación que se establece entre la productividad de los distintos factores y su remuneración[2].

Por eso, economías altamente eficientes donde hay numerosas empresas con elevada productividad, soportan salarios comparativamente altos. La condición es que esos empleados por su formación, motivación y compromiso y porque operan normalmente en un entorno tecnológico avanzado y en el marco de organizaciones con diseños flexibles, sean altamente productivos en la realización de sus actividades y tareas.

Cómo se organizan las actividades, la eficiencia y eficacia con la que los trabajadores actúan y desarrollan sus tareas en las empresas, nos sugiere el nivel de salarios acorde con su trabajo y por tanto, su renta disponible. Y en consecuencia, el patrón de consumo y ahorro al que esos trabajadores pueden aspirar. Por tanto, la productividad del trabajo y del capital son predictores del nivel de vida que trabajadores e inversores pueden alcanzar.

Por supuesto que en la economía, de forma transitoria, se puede alterar esa relación y pueden existir desviaciones que nos alejen del equilibrio. Pero las consecuencias son claras, esa situación no resultará sostenible en el tiempo si hay competencia en los distintos mercados. Por ejemplo, si los salarios crecen por encima de la productividad, como ha pasado en la economía española hasta el 2009, los costes laborales unitarios aumentan y las empresas que compiten en entornos donde la rivalidad es intensa, tendrán dificultades para replicar los precios de los principales competidores, deberán aumentar los suyos, verán

---

[2] La elevada productividad de muchos trabajadores en sus empresas en países como Alemania o el norte de Europa, no perjudica su competitividad empresarial ni genera procesos de deslocalización en esos países aunque paguen salarios elevados. Y ello es así porque se produce un alineamiento entre productividad y salarios que es lo que determina los costes unitarios de una organización y condiciona su posición final de costes.

reducidas sus ventas y disminuirán sus cuotas de mercado. Además, al aumentar sus costes, bajarán sus márgenes y por tanto reducirán sus beneficios por lo que al disminuir su rentabilidad, a medio plazo reducirán sus inversiones, con el consiguiente impacto negativo sobre el empleo, la inversión y capacidad productiva. Así que un aumento del salario no relacionado con la mejora de la productividad genera a corto plazo una mejora de la posición de los empleados, pero a medio plazo, se produce una reducción de la inversión y empleos consecuencia de la pérdida de competitividad de la compañía. La relación salarios/productividad determina la competitividad de las empresas y define su presencia y participación en los mercados donde actúan y, en el largo plazo, es clave para establecer sus oportunidades de supervivencia y crecimiento.

Por otro lado, otra opción para alejarse temporalmente de la relación que define la asociación productividad/salarios, consiste en que las familias aumenten su gasto a corto plazo por encima de la renta salarial que reciben, incrementando su endeudamiento con las instituciones financieras u otros prestamistas. Al aumentar la deuda, incrementan su renta disponible y mejoran sus oportunidades de consumo por encima de las que el salario les garantiza. Pero nuevamente los problemas aparecen cuando tienen que devolver el dinero extra recibido. En este caso deberán hacer frente a sus compromisos de pago con sus acreedores financieros, y necesitarán ajustar su consumo, con una fuerte reducción en su capacidad de compra, para obtener los recursos suficientes con los que pagar la deuda contraída. En ese momento verán reducido su nivel de vida[3].

Resulta, por tanto, difícil separarse de forma sistemática y durante mucho tiempo sin sufrir penalizaciones diversas, de esa relación clave que establece la economía entre productividad y renta de los factores, y que determina, en el largo plazo, el nivel de vida de los ciudadanos y la prosperidad de un país. Si una sociedad aspira a mejorar su nivel de vida, y parece una aspiración compartida por la mayoría de las sociedades y ciudadanos de un país, el camino consistente

---

[3] Pensemos en lo que ha significado el período 2008/2017 de desapalancamiento de la economía española, en definitiva de reducción de los niveles de deuda contraídos por consumidores, empresas y administración pública y sus efectos drásticos sobre el consumo, la inversión y el gasto público. La reducción de la enorme deuda contraída por los principales protagonistas de la acción económica ha producido una caída muy elevada del nivel de demanda agregada de la economía española con consecuencias directas sobre la producción, el consumo, el gasto público, el empleo y la tasa de paro.

y sin falsos atajos, se construye actuando sobre la mejora de la productividad de los factores que dicha sociedad usa para producir bienes y servicios. Solo un aumento sistemático de la productividad de los factores garantiza una mejora sostenible de los salarios y de la remuneración del capital, favoreciendo el crecimiento y la prosperidad de una nación. El aumento de la productividad nos permite reconocer las oportunidades de crecimiento que se pueden esperar en la economía e identificar el nivel de vida que esa sociedad puede alcanzar. La productividad es el nexo clave que relaciona cómo producimos con cómo podemos vivir.

Además, la productividad de los factores es una variable sobre la que se puede actuar. Hay sin duda muchas iniciativas que se pueden tomar para ello pero dos son muy importantes: de un lado aumentando la competencia en los mercados y de otro, a través de cambios en las empresas mediante la mejora de su gestión. El aumento de la rivalidad estimulará a las empresas a reconocer e incorporar las tecnologías más avanzadas y las buenas prácticas de gestión que hacen que las empresas sean más eficientes. Es decir, el fomento de la competencia estimulará la innovación y ello impulsará la mejora de la productividad total de los factores. Unos mercados con una intensa competencia generarán los incentivos adecuados para explorar nuevas formas de actuar y reconocer mejor las necesidades de los consumidores y clientes potenciales.

De otro, la intensidad de los cambios que se pueden introducir en las organizaciones es una variable gestionable. Los empresarios y directivos tienen la capacidad de definir el rumbo de la empresa. Por eso, alterando la dotación de capital humano, tecnológico y organizativo se mejorará el resultado empresarial obtenido. Las empresas definiendo sus objetivos, identificando su ventaja competitiva y desarrollando un conjunto de acciones, planes y programas establecerán sus estrategias competitivas, mejorarán su posición en el mercado y tendrán éxito. Por tanto, una buena calidad de la gestión orientada a la utilización de la mejor combinación posible de tecnología, conocimiento y esfuerzo colectivo, ayudará a las empresas a mejorar su productividad, sobrevivir y crecer.

En definitiva, competencia en los mercados y reconocimiento y difusión de buenas prácticas de administración, mejora de la gestión empresarial, aparecen como dos instrumentos formidables para aumentar la productividad. Además, estas variables no son independientes entre sí sino que se relacionan y se refuerzan mutuamente. La competencia estimulará la incorporación de buenas prác-

ticas de organización y gestión en las empresas. Y la buena gestión que facilita la innovación, fomentará que otras empresas desarrollen nuevas y poderosas ideas con las que actuar, estimulando la competencia entre las organizaciones. Por eso, una cuestión central en el diagnóstico de los principales problemas de la economía española y sus empresas, se refiere a reconocer cómo han evolucionado los distintos indicadores de la productividad de los factores en los últimos treinta años.

2.2. Evolución de la productividad en la economía española

El debate sobre la mejora de la productividad de la economía española es clave para reconocer las limitaciones esenciales del modelo de crecimiento desarrollado en los últimos cincuenta años en España. Además, representa una oportunidad para evaluar la capacidad de las empresas españolas para crear valor y riqueza sostenible. Los estudios realizados por el IVIE/Fundación BBVA (2014, 2016), Andrés y Domenech (2015 y 2018), Servicio de Estudios BBVA (2017) y el FMI (2017) sobre el crecimiento económico español y la evolución de la productividad indican lo siguiente:

La economía española ha obtenido buenos resultados en términos de crecimiento del PIB en las últimas tres décadas, con la salvedad de la reciente y profunda crisis económica. Sin embargo, ha evolucionado mal cuando la métrica que utilizamos para estudiarla a lo largo de un período largo de tiempo, es el nivel de productividad total de los factores y su crecimiento. Y esto ha sido así tanto cuando la economía crecía mucho, en particular su renta per cápita, como cuando ha sufrido una notable caída, generándose lo que algunos han identificado como la gran recesión. El crecimiento español de las últimas tres décadas (ver L. Prados y Tafunell) se ha caracterizado por su intensidad, elevadas tasas, pero también se distingue por la particular composición de sus principales fuentes. La economía española ha llevado a cabo una notable acumulación de capital y se ha producido una incorporación muy relevante del factor trabajo a la actividad productiva. Estos dos elementos han sido claves para explicar el aumento de la producción de bienes y servicios. Pero junto con Italia, se ha producido en este tiempo, un retroceso de la productividad total de los factores superior en medio punto porcentual al año durante las últimas dos décadas. La evolución de la productividad de la economía española, du-

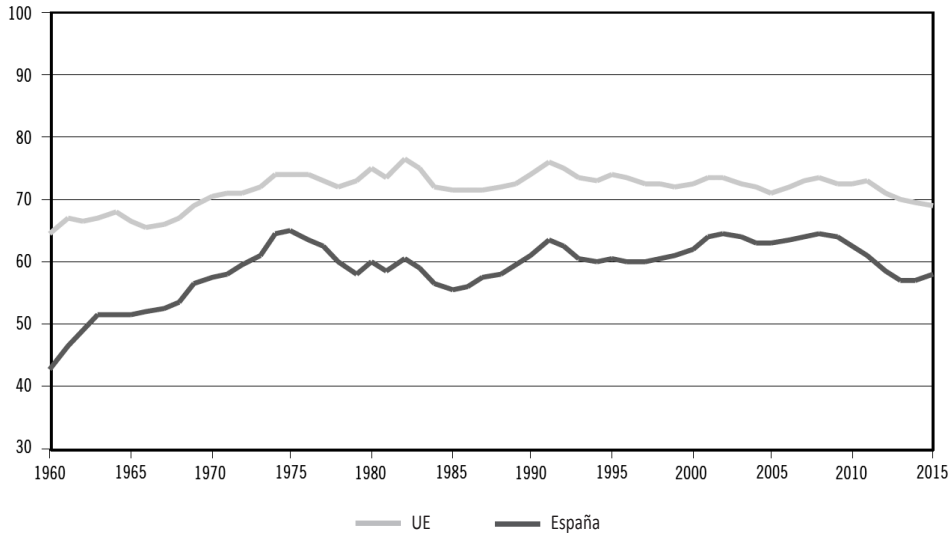
rante todo este tiempo, ha sido decepcionante, muy negativa. Algunos rasgos a destacar de la trayectoria seguida son:

- La evidencia muestra que entre 1980 y 2008 se han producido importantes cambios en los fundamentos de la expansión de la economía española. Mientras entre 1980 y 1995 la productividad mejoró, entre 1995 y 2008 retrocedió.
- En 2008, las dotaciones de capital neto per cápita eran más del doble de las existentes en 1980, convergiendo en los niveles de las economías avanzadas.
- En un contexto de comparación internacional, el desempeño en los últimos treinta años en España en términos de productividad total de los factores ha sido deficiente.
- España ha conseguido converger con las economías avanzadas en recursos per cápita, pero no en productividad.
- La negativa trayectoria de la productividad total contrasta con el buen desempeño en ámbitos como la mejora del capital humano. Los efectos de la mejora del capital humano sobre la productividad se ven minimizados por un mal aprovechamiento de ese capital, como revelan las altas tasas de sobre-cualificación y temporalidad en España.

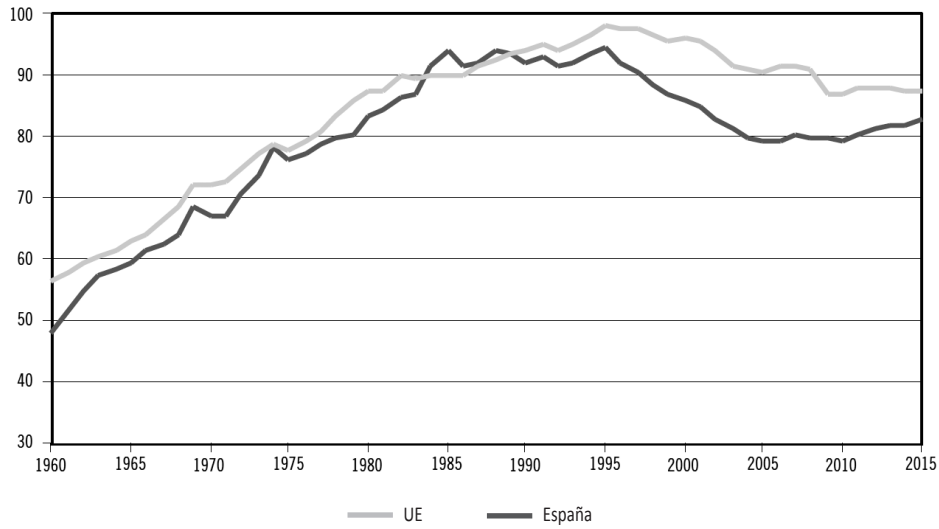
Además, y centrándonos en la **trayectoria de la productividad del trabajo**, en el gráfico 1 se observa que el último ciclo expansivo de la economía que se inicia en 1995 hasta el 2008, resulta ser un período de divergencia con Europa. El estancamiento de la convergencia del PIB por habitante en España con respecto a las principales economías de la UE y EE.UU. se deriva de una situación en la que España no logra simultanear las mejoras en los niveles de empleo con el crecimiento de la productividad del trabajo. Y esta evolución es llamativa porque el esfuerzo inversor español en las últimas tres décadas ha sido muy intenso, situándose la ratio Inversión/PIB siempre por encima del 20%. Además, se ha producido a lo largo de todo este tiempo, una mejora sustancial de la calidad asociada al incremento de la cualificación del capital humano, gracias a los esfuerzos educativos planteados en todos estos años. Es decir, empleadores y empleados, empresarios, directivos y trabajadores han mejorado su dotación de capital humano al incrementarse su formación y ello debería haber tenido un efecto favorable sobre la productividad de los servicios de trabajo ofrecidos.

Grafico 1. Evolución de la Renta per Cápita y Productividad del Trabajo (España y UE)

a) PIB per cápita



b) Productividad del trabajo



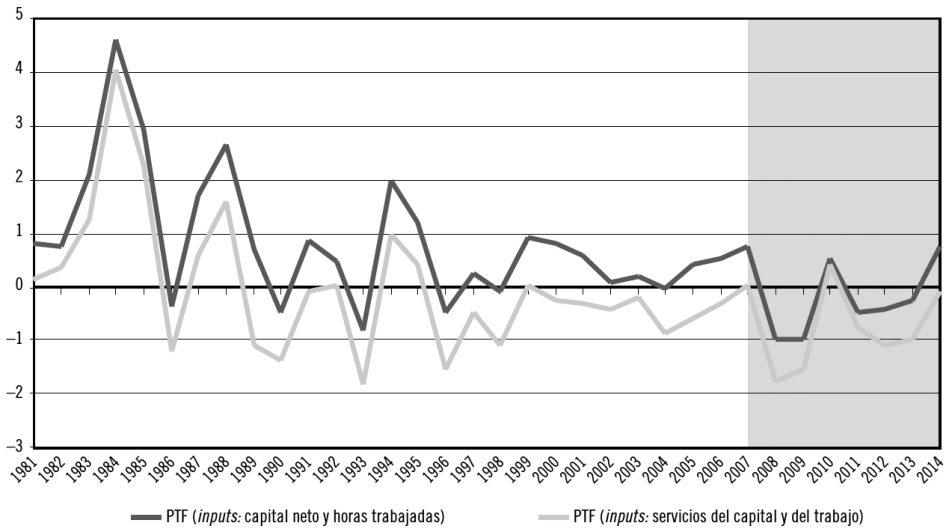
Fuente: IVIE/Fundación BBVA, 2017.

En este período hemos pasado de ser un país donde la mayoría de los ocupados tenía estudios básicos a tener una mayoría de trabajadores con estudios postobligatorios y un 40% de los ocupados con título superior, bien universitario o de formación profesional superior. Ello significa que los servicios del trabajo ofrecidos deberían aumentar por la mejora en la calidad del capital humano existente.

Si centramos el estudio en la **Productividad Total de los Factores**, **PTF**, gráfico 2 los resultados son malos. Así, observamos que la tasa de crecimiento de la PTF pasa a ser negativa para la economía española a partir de 1986, el año de la entrada de España en la UE. Una trayectoria de la PTF negativa en algún año puede aceptarse y considerar que los retrocesos puntuales se deben a una baja utilización de los capitales instalados y de los trabajadores ocupados. Y esto puede tener su origen en problemas coyunturales transitorios. Un problema mucho más grave se detecta, como sucede con España, cuando los retrocesos se producen a lo largo de las últimas tres décadas.

Una trayectoria como la observada en el gráfico 2 significa que la capacidad productiva de los servicios que prestan el capital y el trabajo conjuntamente está significativamente subutilizada. Es decir, que no se genera el valor añadido sufi-

Gráfico 2. Crecimiento de la Productividad Total de los Factores

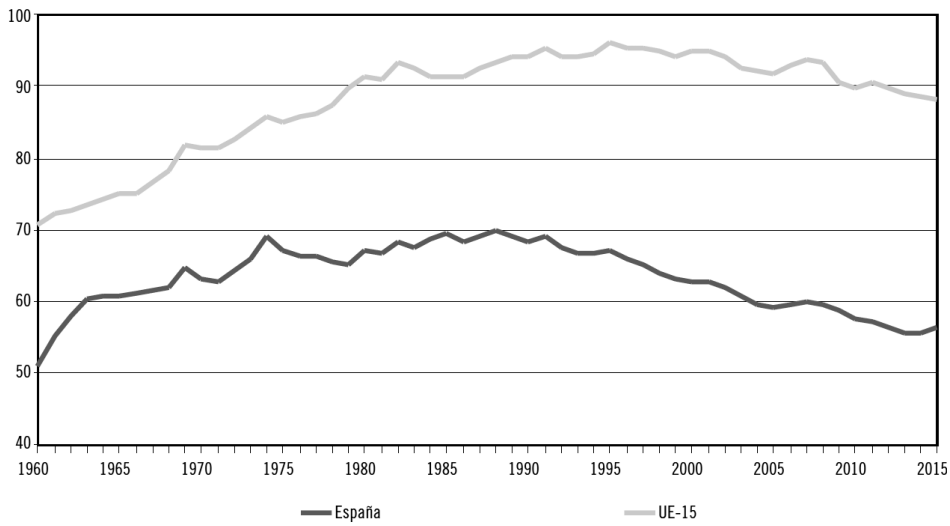


Fuente: IVIE/Fundación BBVA, 2017.

ciente para aprovechar el potencial productivo de la economía porque a pesar de la mejora de la cantidad y calidad de los recursos utilizados, su rendimiento no solo no aumenta sino que retrocede y hay problemas asociados con la transformación de los recursos en bienes y servicios. En definitiva, el numerador, los bienes generados, incorporan poco valor. Dado que este problema aparece en nuestra economía, pero no en las principales de la UE, esto significa que nuestra eficiencia relativa está siendo cada vez menor en comparación con las grandes áreas económicas de referencia con las que competimos.

Como confirma el gráfico 3, en el que se representan los **niveles de PTF de España y la UE-15** durante los últimos cincuenta años, tomando como base 100 el valor de esta variable en Estados Unidos, la trayectoria de convergencia de la economía española es frustrante. España partía de un nivel de PTF sustancialmente inferior al de los principales países de referencia. En 1960 apenas alcanzaba el 50% del nivel norteamericano y estaba 20 puntos porcentuales por debajo del europeo, y su trayectoria de convergencia fue similar a la europea hasta la década de los setenta. Posteriormente, la convergencia en produc-

Gráfico 3. Niveles de PTF de España y UE-15



Fuente: IVIE/Fundación BBVA, 2017.

tividad se debilita para estancarse a principios de los noventa y pasar a divergir después de manera continuada alejándose de Estados Unidos y también de la Europa más avanzada.

El resultado es que en más de cincuenta años, la economía española ha recortado ligeramente su brecha de productividad con la norteamericana y ha aumentado la diferencia en relación con la europea. Es decir, observando esta trayectoria temporal de largo plazo se reconoce que se ha producido una pérdida de competitividad notable en relación con la de los países europeos de referencia para nosotros.

Como se observa, la trayectoria seguida por la PTF en España no es solo un problema coyuntural que se manifiesta en un exceso de capacidad productiva durante las crisis que se corrige con celeridad, sino es una situación que subsiste desde hace tiempo. Es un problema estructural de nuestra economía. Además, no solo es un problema asociado con la productividad del trabajo sino también, se reconoce una baja productividad en una parte sustancial de las inversiones acometidas en el ámbito de la inversión realizada en bienes públicos y de capital.

Si ampliamos la mirada y nos centramos en la productividad de las empresas, Fernández de Guevara del IVIE (2011), analiza la productividad empresarial utilizando una base de datos de más de tres millones y medio de empresas de todos los sectores de actividad, incluyendo construcción y servicios en el período 2000-2008. Los principales resultados de su estudio indican:

- En el tejido empresarial español existe una gran dispersión de la productividad de las empresas de un mismo sector de actividad que incluso es superior a las diferencias de productividad que se observan entre sectores. La dispersión de la productividad es menor en la industria que en los servicios.
- Las diferencias en PTF entre empresa son mayores que la dispersión de la productividad del trabajo. Existen diferencias importantes en la relación capital/trabajo entre empresas de un mismo sector y estas diferencias se incrementaron en el período estudiado. Esto significa que en un mismo sector, la forma en cómo las empresas gestionan la tecnología y los otros recursos es muy distinta.

- La dinámica de la distribución de la productividad mantiene una gran persistencia en el tiempo.

De forma complementaria, en un trabajo del FMI (2017) utilizando datos de más de 500.000 empresas españolas desde 2000 hasta 2013, se estudia la evolución de la productividad total de los factores. En ese estudio se analiza por qué la productividad y su crecimiento han sido tan limitados y qué papel ha jugado en ello la regulación con sus diversas políticas, los incentivos, el tamaño empresarial y el esfuerzo de innovación desarrollado por las empresas.

Los principales hechos estilizados del estudio del FMI (2017) son:

- Las empresas españolas de mayor tamaño disfrutan de una mayor productividad y presentan menores niveles de dispersión de la misma que las pequeñas y las microempresas.
- Los mayores niveles de productividad se encuentran en la manufactura, superiores a los servicios, agricultura y energía.
- La productividad total de las empresas ha declinado antes de la crisis económica, se ha estabilizado y ha empezado a recuperarse entre las grandes compañías después de la crisis, pero el declive no se ha superado para el conjunto de las empresas españolas.
- Los análisis estadísticos realizados sugieren que la regulación, las barreras a la entrada y la carga administrativa sobre las empresas, junto con la fragmentación del mercado entre regiones, tienen un efecto significativo y negativo sobre la productividad de las empresas y su crecimiento.

El estudio, en suma, pone de manifiesto que factores relacionados con las políticas públicas: una regulación excesiva de los mercados de productos y servicios, y restricciones financieras están negativamente correlacionadas con la productividad y su crecimiento.

Se han sugerido distintas hipótesis (IVIE/Fundación BBVA, 2016, Servicio de Estudios del BBVA 2017 Andrés y Domenech, 2015 y 2018) para explicar este comportamiento tan decepcionante de la evolución de la productividad de las empresas y la economía. La primera razón que se ofrece para explicar esta evolución, está centrada en la intensidad de la inversión inmobiliaria como origen de la inversión y su bajo efecto en la productividad. La segunda hipótesis se centra más en relacionar la evolución de la productividad con la existencia de sobreinversión improductiva en activos inmobiliarios no residenciales (naves,

locales comerciales, infraestructuras). Estos dos enfoques se discuten con detalle entre los economistas y se valoran, pero no se consideran las explicaciones más plausibles para reconocer los mediocres resultados obtenidos.

La tercera hipótesis insiste en la existencia de un tejido empresarial poco productivo. La evolución de la productividad en España refleja que una parte sustancial del capital y del trabajo son utilizados por empresas poco productivas. La especialización en actividades que generan poco valor, unos tamaños empresariales donde predomina la microempresa y las pequeñas explican, en parte, estos problemas de productividad.

La hipótesis central del estudio del IVIE/Fundación del BBVA (2016) y Andrés y Domenech (2018), y en la que se profundiza en este trabajo con el estudio de la estructura y comportamiento empresarial, se fundamenta en la idea de que la productividad global de la economía española es baja por un conjunto de razones entre las que se encuentran: deficiencias apreciables del entorno macroeconómico e institucional; rigidices y mal funcionamiento de mercados esenciales y la composición del tejido económico en el que se observa un excesivo peso de sectores tradicionales; problemas de bajo tamaño y limitada calidad de la gestión empresarial y baja inversión, pública y privada, en activos intangibles necesarios para aumentar la productividad de los factores. Todos estos elementos son claves y condicionan los pobres resultados obtenidos por la economía española en términos de Productividad a lo largo de un amplio período de tiempo.

Las deficiencias en el panorama empresarial se asocian no solo con características de las instituciones y falta de competencia en los mercados sino también, con una baja calidad del recurso empresarial. Muchas de las empresas que obtienen resultados mediocres, son dirigidas por personas que tienen un nivel formativo limitado. Además, en las empresas más pequeñas y en muchas familiares, la presencia de directivos profesionales que tienen mejor formación y cualificación, es reducida. La menor presencia de capital humano bien cualificado en la dirección de las organizaciones tiene consecuencias primero, sobre la naturaleza del proyecto empresarial que se desarrolla y la voluntad de crecer y segunda, sobre la especialización productiva y los nichos de negocio seleccionados y donde se compite. Además, la debilidad del proyecto empresarial afecta a la naturaleza de los empleos que se crean así como a sus condiciones, salarios y sostenibilidad, y a la orientación de las inversiones en activos físicos e intangibles. Una insuficiente inversión en activos intangibles suele afectar también a la eficiencia en la

utilización de los activos tangibles cuando por el limitado valor de la primera, se genera poco valor añadido.

2.3. Competitividad y entorno de los negocios en España

En estos años una cuestión importante y de referencia en los debates sobre la economía española ha estado centrada en el estudio de la relación productividad/ competitividad. La idea central ha sido que la innovación impulsa la productividad y que ambas dimensiones son indicadores de una economía altamente competitiva. Ahora bien, como hemos visto, la economía española se ha mostrado poco innovadora y poco competitiva y sus resultados han sido modestos ya que manifiesta notables dificultades para mejorar el crecimiento de la eficiencia y reducir la brecha existente en productividad total de los factores con los países más avanzados.

El interés por el estudio de la competitividad tiene su origen en las tendencias observadas en la economía de los países más avanzados en los últimos cincuenta años. En primer lugar, la intensificación de la globalización y la reducción de las barreras arancelarias entre países y áreas económicas relevantes, han generado un notable incremento de la competencia en el mundo. En segundo lugar, el deterioro de los resultados en términos de crecimiento de la productividad, aumento del desempleo crónico y reducción salarial para amplios colectivos en los países más avanzados, ha supuesto una pérdida de cohesión social y de confianza en la capacidad de generar riqueza del sistema económico en estas sociedades. En tercer lugar, la presencia de nuevos actores económicos en los mercados internacionales como China, India, Corea o Brasil, se percibe en las sociedades más avanzadas, de un lado, como oportunidades para el crecimiento e internacionalización. Pero por otro, se considera también fuente de incertidumbre y amenaza al bienestar alcanzado. Por último, la velocidad e intensidad del cambio tecnológico está aumentando. Hoy con los avances de la digitalización, robotización y sensorización, se constata la existencia de transformaciones disruptivas en la manera de producir y consumir en las fábricas, en las familias y en las ciudades sin saber muy bien todavía, cómo estas tendencias van a afectar al bienestar de nuestras sociedades.

Esta situación de aumento de la rivalidad, crecimiento de la incertidumbre y extensión de la complejidad en el mundo, ha puesto de manifiesto en la agenda económica de las naciones, la preocupación por la competitividad de los países

y regiones y los factores que la determinan. Por eso es relevante precisar qué se entiende por competitividad, concepto que se utiliza muchas veces en la literatura pero que no siempre se define bien. También resulta importante estudiar y aclarar las relaciones de causa/efecto que no siempre resultan fáciles de establecer, entre las distintas medidas e indicadores que se utilizan para identificar la competitividad de una economía, región o localización.

Aquí vamos a considerar tres aproximaciones o enfoques distintos que se están utilizando para definir la competitividad de una economía[4].

La primera definición, la más intuitiva, asocia la competitividad de una economía a la existencia de un número elevado de empresas que disfrutan de una singular ventaja competitiva que les permite alcanzar unos notables resultados en términos de presencia en los mercados y rentabilidad. La competitividad sería un concepto de naturaleza empresarial en cuanto que son las empresas las que compiten en los mercados. Hablar de competitividad de la economía significaría agregar las capacidades y recursos de las empresas de esa economía y los resultados que alcanzan en términos de cuotas de participación en los mercados nacionales e internacionales en los que compiten así como sus rentabilidades. La competitividad sería una característica de las empresas de esa economía. La competitividad tendría un fundamento básicamente microeconómico.

La segunda aproximación relaciona la competitividad de la economía con las condiciones generales del entorno que define y caracteriza la estructura de esa economía. Estas características ayudan o limitan los esfuerzos e iniciativas que pueden desarrollar las empresas que actúan en esa economía para perseguir sus fines. El entorno en este caso es una variable exógena para las empresas que afecta a todas ellas, condiciona las estrategias que las empresas pueden seguir y determina sus resultados. Esas condiciones ambientales se identifican, en general, con la dotación de capital público que tiene un país. Porter (1990) en su obra "La Ventaja Competitiva de las Naciones" realiza un estudio exhaustivo de los fundamentos y claves de la competitividad de un país o de una región. Los factores que considera son múltiples y diversos. Sus causas son complejas pero el entorno que ofrece un país, sus instituciones, la regulación, el cumplimiento

[4] Véase Salas (1993) para una discusión extensa sobre las distintas definiciones de competitividad. Las tres que presentamos aquí abordan el estudio desde una referencia para el análisis distinta, que conviene hacer explícita; pero, como veremos, los tres enfoques resultan complementarios.

de las normas, el funcionamiento de su administración, la calidad del sistema educativo, las infraestructuras, las buenas prácticas de gobierno, la sofisticación de las empresas y la eficiencia de los mercados son claves para impulsar la mejora de la productividad de las empresas y la economía.

Los trabajos de Acemoglu (2000 y 2004) y Sebastián (2012) insisten en esta visión que resalta la importancia de las instituciones formales e informales para explicar el crecimiento de un país. Estas condiciones ambientales determinan las reglas de juego y establecen los incentivos de los principales protagonistas de la creación de riqueza en la sociedad.

El tercer significado de competitividad destaca las consecuencias que se deriva de ella para los ciudadanos de un país en términos de la mejora de su bienestar. De forma que competitividad y bienestar serían sinónimos. Así, ganar cuota de mercado por parte de las empresas de un país en los mercados internacionales a costa de reducir los salarios de los empleados, significaría una pérdida de bienestar y por tanto no implicaría un aumento de la competitividad del país.

Estos tres enfoques, más que contradictorios, se complementan y lo que conviene es hacer explícito si las reflexiones sobre los retos y oportunidades de las empresas españolas y su economía, están manejando una definición u otra.

La competitividad asociada a la capacidad de competir de las empresas es un concepto de notable valor para sus propietarios y responsables de su gestión. Son ellos los que deben prestar atención a cuáles son los factores internos; los recursos, competencias y capacidades que garantizan que la empresa disfrute de una ventaja competitiva sostenible que le permita tener éxito frente a la actuación de los rivales. Pero este enfoque resulta de menor interés cuando de lo que se trata es de ofrecer recomendaciones de alcance más colectivo y abordamos la cuestión de pensar en iniciativas de políticas públicas que ayuden a configurar un entorno más innovador y dinámico.

El concepto de competitividad centrado en las características del entorno y en la acumulación y gestión de capital público, traslada el problema al ámbito de la acción colectiva, las instituciones y el espacio público. En este caso, el acierto o los errores en el diseño, formulación y ejecución de las políticas públicas resulta determinante. En este enfoque, las empresas quedan al margen de las responsabilidades fundamentales pues se supone que dado el entorno y los mercados de referencia, estas toman las decisiones que mejor satisfacen sus intereses. Si el

sector privado no aporta mayor valor al conjunto de la economía es porque el entorno general diseñado con sus erróneas políticas, insuficiente dotación de recursos, excesivas regulaciones y limitadas infraestructuras no facilita los incentivos y estímulos correctos. Si la competitividad depende de la acumulación y gestión de capital público, las empresas son agentes más bien pasivos de esa situación y solo se benefician o perjudican por el acierto o desacierto de las intervenciones de los responsables y decisores públicos.

La ventaja de este enfoque es que podemos establecer comparaciones entre localizaciones, regiones o países sobre la cantidad y calidad de esa dotación de factores públicos que condicionan los incentivos para crear empresas, hacerlas crecer e innovar. La limitación de esta aproximación es que no ayuda a explicar la heterogeneidad enorme que percibimos en la excelencia y competitividad de las empresas que existen en un país. El panorama empresarial e industrial de un país o una región, es muy diverso y variado. Si en un país existen empresas líderes en sus negocios y nichos de mercado, empresas que compiten con éxito en mercados globales, la cuestión de interés es que un entorno aparentemente poco proclive a la innovación, pongamos por caso el español, no necesariamente impide que existan empresas exitosas. Por tanto, la pregunta que queda por responder, después de describir las dimensiones relevantes que caracterizan la competitividad de un determinado escenario económico, es por qué no existen más empresas excelentes en él.

Estas tres visiones sobre la competitividad son útiles porque ofrecen un marco conceptual que permite diagnosticar problemas asociados al proceso de aumento de la productividad y se pueden proponer alternativas e iniciativas de políticas macroeconómicas y microeconómicas para mejorarlo. En el marco conceptual de los estudios sobre competitividad destacan los siguientes aspectos:

- Los estudios sobre la competitividad tienden a poner énfasis en consideraciones de Oferta. Así se reconoce la importancia de la disponibilidad de recursos esenciales, sean estos tangibles o intangibles, su generación y desarrollo para la obtención de los distintos productos y servicios.
- El enfoque de la competitividad discute si las reglas, normas, políticas e instituciones definen una estructura de derechos de propiedad precisa que promueve los incentivos correctos para la creación de empresas y su crecimiento. La cuestión relevante es si el diseño institucional genera los incentivos adecuados entre todos los agentes de esa economía, para estimular

la innovación y la creación de riqueza o si por el contrario, los incentivos tienen poca fuerza para promover el cambio y la creación de riqueza.

- La perspectiva de la competitividad supone que hay una competencia entre países y regiones por localizar la actividad económica y las inversiones empresariales. La competitividad de una determinada localización, se traduce en su mayor o menor capacidad para atraer recursos económicos que mejoren la productividad y favorezcan el crecimiento a largo plazo.
- La competitividad se asocia a iniciativas que promueven el bienestar colectivo y la cohesión social. Las distintas definiciones sobre la competitividad de una nación o región consideran que se refiere al grado en el que un país y sus empresas son capaces de producir bienes y servicios que satisfacen las exigencias de los mercados internacionales, mientras que, simultáneamente, mejoran la renta real de los ciudadanos de este país o región.

Además de identificar de forma precisa el concepto de competitividad que se está utilizando, conviene considerar también que el análisis de la competitividad requiere distinguir entre causas y consecuencias, entre factores que definen la competitividad y sus resultados. Hay que reconocer que las interrelaciones entre el entorno general, el entorno microeconómico y las empresas son complejas, resultan difíciles de establecer y muchas veces las relaciones entre ellas son bidireccionales e interdependientes.

A nuestro juicio**, hay efectos sistémicos** que dificultan la interpretación de los resultados y evidencias que observamos pero que son claves para explicar y entender la situación de muchas empresas y la economía en su conjunto. Por eso, visualizar los factores de competitividad como una simple lista de factores macroeconómicos o microeconómicos cuya importancia relativa conviene determinar empíricamente, constituye una percepción interesante, pero parcial, de los mismos que no tiene en cuenta los efectos sistémicos que existen entre ellos.

Así por ejemplo, la estructura y estrategias de las empresas están relacionadas con la calidad del entorno general y microeconómico de esa economía. Existen relaciones cruzadas y complejas entre estos tres aspectos. Sin duda, las empresas que desarrollan estrategias más innovadoras requieren de mejor capital humano, buenas infraestructuras, una mayor información, oferentes y suministradores excelentes, y una mayor presión competitiva en los mercados de factores y productos finales. A su vez, empresas innovadoras que buscan desarrollar nuevas tecnologías realizarán esfuerzos singulares para avanzar e incorporar esas nuevas

ideas y tecnologías y demandarán a las universidades y centros tecnológicos retos para que su conocimiento básico se transforme en innovación tecnológica que alcance un valor comercial, y utilizarán un capital humano bien formado en los nuevos desarrollos tecnológicos.

Las relaciones entre las variables que se consideran dependen, también, de la **dimensión temporal** del análisis. Así por ejemplo, en el corto plazo, la competencia en los mercados afecta y condiciona los resultados de las empresas; pero a su vez, teniendo en cuenta una perspectiva temporal más amplia, las estrategias empresariales, por ejemplo los esfuerzos de diferenciación que realizan, conforman el mercado. La diferenciación promovida por las empresas al aumentar las barreras a la entrada, dificulta la entrada de nuevos competidores, también estimula la diferenciación en otras instaladas que tienen capacidades para invertir, y expulsa a algunas de las existentes. En suma, las estrategias empresariales definidas alteran la estructura del mercado.

Hay otra cuestión importante susceptible también de discusión, ya que caben distintas aproximaciones. Se refiere a cómo medir y qué elementos son relevantes a la hora de caracterizar la competitividad de un país. Hay diversos indicadores y formas de medir la competitividad, aquí resumimos los más destacados

Realizadas estas observaciones metodológicas, existe un estudio ampliamente reconocido y relevante para abordar el debate de la competitividad de un país o región que vamos a comentar. **El Informe de Competitividad Global** (**Competitiveness Report**) se basa en la construcción de un índice global de competitividad elaborado por el Foro Económico Mundial. Este informe mide, de forma sistemática, utilizando una batería amplia de indicadores y realizando una comparativa entre países, la competitividad de estos y su evolución en el tiempo. El índice se calcula a partir de 12 pilares determinantes de la competitividad de un país, formados a su vez por una serie de indicadores. Cada pilar tiene un peso relativo en el cálculo del índice global de competitividad. El índice incluye una media ponderada de distintos componentes, cada uno midiendo aspectos diversos de la economía y la sociedad. Estos componentes se agrupan en **pilares de competitividad**: instituciones, infraestructura, entorno macroeconómico, salud y educación primaria, educación superior y formación, eficiencia de los mercados de bienes, eficiencia del mercado laboral, desarrollo del mercado financiero, tecnología, tamaño del mercado, sofisticación de los negocios e innovación.

El Foro Económico Mundial (WEF) ha publicado el **Índice de Competitividad Global de 2017/2018**. Se trata de un ranking que ubica a 137 países del mundo según su capacidad para hacer y fomentar negocios. El informe permite reconocer las fortalezas y debilidades de cada uno de los países analizados. España ocupa la posición 34 del ranking de competitividad. Se encuentra, por tanto, en una posición discreta y bastante alejada del bloque de economías más avanzadas. En el caso de España, ejecutivos y académicos encuestados para conocer sus opiniones, señalan las excesivas tasas e impuestos como el principal problema para hacer negocios. Los otros obstáculos indicados en mayor proporción por los empresarios españoles son: una burocracia gubernamental ineficiente, regulaciones laborales restrictivas y la insuficiente capacidad y voluntad de innovar.

Si se acude al detalle de los indicadores que definen cada uno de los pilares de competitividad de la economía española, se corrobora la percepción de los empresarios sobre estas cuestiones. Así, aunque España disfruta de una excelente posición en infraestructuras y tamaño del mercado, se localiza en posiciones muy retrasadas en el entorno macroeconómico, instituciones y eficiencia en los mercados de bienes, financieros y de trabajo.

Siguiendo una ordenación ampliamente extendida en los estudios de negocios vamos a distinguir entre el entorno general de la economía y el entorno microeconómico. El primero lo configuran cuatro factores: instituciones, infraestructura, condiciones macroeconómicas y condiciones sociales básicas; salud y educación primaria. El segundo, el entorno microeconómico de los negocios trata de reconocer la naturaleza y sofisticación de la demanda, el funcionamiento de los principales mercados de la economía y las relaciones de cooperación que se generan entre las empresas a lo largo de la organización de la cadena de valor. Estos dos escenarios se refuerzan mutuamente y no son independientes[5] y ambos condicionan la capacidad de competir de las empresas españolas. Analizando ahora las distintas dimensiones con más detalle encontramos las siguientes referencias de la situación española.

---

[5] Véase Porter (1990) y Grant (2016) para un estudio detallado de los principales elementos que configuran el estudio del entorno de la economía. En la literatura de negocios se conoce esta metodología como el análisis PESTEL.

2.3.1. El entorno general de la economía española

Unas políticas macroeconómicas predecibles y un marco estable de las instituciones crean el potencial para la mejora de la prosperidad de un país. El **Índice de Competitividad Global de 2017/2018** valora de manera negativa el entorno macroeconómico de la economía española, en particular los problemas asociados a los enormes déficits y al aumento rápido, como consecuencia de la profunda crisis económica, del nivel de deuda sobre el PIB como problemas más importantes que se derivan de las políticas ejecutadas a lo largo de estos años. Los indicadores de equilibrio presupuestario, ahorro, deuda pública sobre PIB, y calificación crediticia se han deteriorado de forma muy notable y España tiene una mala situación del contexto macroeconómico general.

La calidad de las instituciones tiene una influencia notable en el crecimiento de la economía. Afecta a las decisiones de inversión y ahorro, condiciona la organización de los procesos productivos y la cadena de actividades y resulta fundamental para distribuir los rendimientos y costes de las estrategias ejecutadas por las empresas. La falta de confianza en los políticos, ineficiencias muy notables en el gasto público y un marco legal poco eficaz para resolver las disputas entre particulares y empresas son aspectos claramente negativos de la situación española. El comportamiento ético de las empresas o las normas de auditoría e información han empeorado, así como lo ha hecho la independencia judicial. Se reconocen también serias dudas sobre la racionalidad de la regulación que se establece para el funcionamiento de la economía, así como la eficiencia y eficacia del gasto público realizado. Hay también una referencia preocupante sobre los niveles de corrupción existentes en el país y la falta de credibilidad y confianza en los responsables públicos y decisores políticos.

En su conjunto, la evaluación de las infraestructuras de la economía española es positiva. Se valoran bien las infraestructuras de carreteras, ferrocarril, actividades portuarias y aeropuertos. Existen más objeciones sobre la calidad y el precio de la oferta eléctrica; este es un problema importante porque tiene un impacto significativo sobre los costes de la energía que utilizan las empresas.

Hay que reconocer de todas formas, que la fuerte inversión pública en infraestructuras diversas ha tenido un coste muy significativo en términos de aumento de los déficits presupuestarios anuales y de incremento sustancial de la deuda porque se ha requerido de la emisión de deuda para financiar estas inversiones. De manera más detallada, y cuando se realizan análisis coste bene-

ficio por proyecto de inversión, se manifiestan serias dudas sobre inversiones en determinadas carreteras, autopistas, aeropuertos y redes ferroviarias; dichos análisis difícilmente justifican la naturaleza de estas inversiones. Se ha invertido mucho en infraestructuras físicas y menos en infraestructuras del conocimiento necesarias para generar recursos y activos intangibles.

El pilar que corresponde a la salud y educación básica, aunque ha empeorado moderadamente, presenta una posición mejor que los anteriores factores.

En España, en los años de crisis económica profunda, ha aumentado de forma muy intensa la desigualdad por lo que la pobreza aparece como un problema social que tiene consecuencias económicas muy relevantes sobre la cohesión social y condiciona y limita el crecimiento futuro de la economía.

2.3.2. El entorno microeconómico de los negocios

La riqueza se crea a nivel microeconómico y resulta de la habilidad de las empresas para generar bienes y servicios que tienen valor para los consumidores usando métodos eficientes de asignación de los recursos productivos. **El modelo del diamante** de Porter (1990) señala que la calidad del entorno microeconómico del país depende de cuatro áreas relacionadas: la calidad y oferta de los recursos, la sofisticación de la demanda, la eficiencia de sus mercados y la existencia de industrias relacionadas y próximas que soportan a las compañías. Las empresas disfrutan de ventaja competitiva cuando fomentan la innovación. Y la capacidad para ser innovadores se ve afectada por las cuatro dimensiones indicadas. A su vez, estas dimensiones actúan como un sistema que se retroalimenta y potencia.

Teniendo en cuenta todos estos elementos vamos a repasar algunas de las características principales del entorno microeconómico de la economía española a partir del estudio de los índices de competitividad global de 2017 (ver tabla 1 *Indicadores de Competitividad Global para España. Mercados y entorno*).

En aquellos países desarrollados que se encuentran en la etapa de orientación hacia la innovación y considerando además, que la disrupción tecnológica está incrementándose, los pilares de la Innovación, eficiencia de los mercados y sofisticación empresarial resultan cada vez más importantes. Se considera que el alto nivel de vida que disfrutan disminuye su margen de mejora en comparación con los países menos desarrollados teniendo que centrar sus esfuerzos en aspectos como la tecnología, la sofisticación de los negocios y la eficiencia de sus merca-

Tabla 1. Indicadores de Competitividad Global para España. Mercados y entorno

FACTORES	Puntuación (1-7)	Ranking (1-137)
Factores básicos	5,2	33
Instituciones	4,1	54
Infraestructuras	5,9	12
Entorno macroeconómico	4,4	90
Salud y Educación Primaria	6,3	32
Factores que estimulan la eficiencia	4,8	30
Educación superior y F. Profesional	5,2	28
Eficiencia del mercado de bienes	4,5	49
Eficiencia del mercado de trabajo *Salarios y productividad* *Capacidad para retener talento* *Capacidad para atraer talento*	4,2 3,5 3,3 3,2	70 97 77 76
Desarrollo del mercado financiero	4,0	68
Preparación tecnológica	5,7	28
Tamaño del mercado	5,4	17
Factores de innovación y sofisticación	4,2	38
Sofisticación de los negocios *Calidad de los proveedores locales* *Desarrollo de Clusters* *Ventaja competitiva* *Disponibilidad para delegar autoridad*	4,6 4,9 4,3 4,3 4,4	29 21 36 37 61
Innovación *Capacidad de Innovación* *Colaboración Industria-Universidad en I+D*	3,7 4,3 3,5	42 49 67
Índice de Competitividad Global	4,7	34

Fuente: Informe de Competitividad Global, 2017/2018. Foro Económico Mundial. Accesible en: http: //reports.weforum.org/global-competitiviness-indesc-2017-2018/.

dos como impulsores de mejores prácticas tecnológicas y empresariales. Avanzar hacia la innovación requiere de unos mercados y unas empresas que utilizan cada vez estrategias más complejas y difíciles de imitar y replicar por parte de empresas de países menos avanzados.

Innovación y tecnología. España presenta un atraso muy notable en el esfuerzo de innovación. Invierte mucho menos, tanto el ámbito privado como público en I+D; la capacidad para trasladar el conocimiento básico de las universidades y principales centros de investigación en innovación con valor de mercado es reducida. Hay pocas patentes, aunque se reconoce la capacidad de las instituciones científicas para desarrollar conocimiento propio, pero su traslado al ámbito industrial es lento. Además, el sector público no actúa como tractor de compras de productos tecnológicamente avanzados. Hay una debilidad significativa en este campo.

La Comisión Europea sitúa a España entre los países europeos con peores niveles de innovación. Entre 2010 y 2016 el rendimiento ha empeorado, penalizado por la falta de financiación y la reducida inversión pública; la escasa aportación de las pymes; el bajo emprendimiento de naturaleza tecnológica; la ausencia de capital riesgo y las contadas empresas grandes que apuestan de forma continuada por la innovación. Además, el ecosistema de la innovación presenta limitaciones notables. Desde la perspectiva de la oferta, porque las universidades hacen mejor investigación básica que trasferencia de tecnología. Además, la oferta de investigación, mayoritariamente financiada con recursos públicos, resulta poco sensible a las necesidades de las instituciones y empresas. Los informes del CYD (Fundación Crecimiento y Desarrollo) evalúan con gran precisión la situación, obstáculos y limitaciones que presentan las universidades españolas para innovar y transferir tecnología. Hay también problemas en la demanda porque las empresas españolas invierten muy poco e incorporan una insuficiente dotación de recursos intangibles a sus procesos y productos. La fragmentación del tejido empresarial y una limitada cualificación de muchos empresarios debilitan la capacidad para incorporar mejores dotaciones de capital tecnológico, humano y organizativo a las empresas para que refuercen su competitividad.

España se encuentra en una posición aceptable en cuanto se refiere a la disponibilidad de tecnologías avanzadas y la absorción tecnológica va avanzando año a año. Sin embargo, hay muchos países que disfrutan de una situación más favorable en el ámbito de las nuevas tecnologías, TIC y digitalización.

Habilidades y educación. Las habilidades y formación de la fuerza laboral continúa siendo una desventaja competitiva importante de la situación española. En relación con la educación, se considera que la calidad de la educación primaria es limitada y también se considera modesta la calidad del sistema educativo en su conjunto. Se reconocen deficiencias en la formación en matemáticas y ciencias, así como en formación universitaria. España está haciendo esfuerzos importantes para mejorar la calidad formativa de su capital humano, pero todavía existen importantes lagunas que se arrastran desde hace mucho tiempo y que resultan difíciles de recortar con respecto a los países de referencia de la UE.

En términos de la fuerza laboral, España está por debajo de los principales países de referencia porque presenta una cuota elevada de población con niveles educativos bajos. La formación de empresarios y empleados es modesta. Hay una mejora sustancial en la formación de los directivos: un 70% tiene formación universitaria y un 80% educación superior. Por eso, la mejora de la profesionalización de las empresas españolas tiene un recorrido importante que, sin duda, mejorará la calidad de la gestión y los resultados obtenidos. Las empresas españolas manifiestan dificultades para contratar perfiles técnicos y científicos que son consistentes con los déficits detectados. A pesar de los avances realizados en los últimos treinta años existen todavía brechas notables en cuanto a las características básicas del capital humano en España que hay que ir superando.

Demanda sofisticada. La importancia de una demanda sofisticada y compleja crece a medida que las economías avanzan. Unos consumidores educados permiten que las empresas anticipen antes que sus rivales por donde van las tendencias y las características de los productos que los consumidores más valoran. La sofisticación de la demanda en España es buena aunque se reconoce que debe mejorar el esfuerzo de marketing de las empresas. El papel de los sistemas de aprovisionamiento del sector público puede ser notablemente mejor para incentivar una demanda cada vez más inteligente y exigente que proporcione un buen incentivo a las compañías para innovar en sus productos y procesos.

La cooperación entre empresas y los clusters. Un cluster agrupa a un número amplio de empresas pertenecientes a un sector de actividad y localizadas en un territorio determinado. Según su grado de desarrollo y complejidad, las agrupaciones consisten en industrias proveedoras, fabricantes de productos complementarios, centros educativos y de formación como universidades, institutos de investigación y centros de formación profesional junto con empresas

suministradoras de servicios avanzados y asociaciones empresariales. Estas redes contribuyen al crecimiento de la productividad a través del aprovechamiento de economías externas de las que se benefician los integrantes del cluster. El cluster mejora el acceso a los factores, proporciona información especializada, aprovecha los efectos aprendizaje y participa de las complementariedades que se generan entre los distintos integrantes de la cadena de valor. Los clusters afectan a la competitividad de las empresas por medio de tres vías. En primer lugar, incrementan el nivel de productividad de las empresas que lo configuran. En segundo lugar, estimulan el aprovechamiento de sinergias tecnológicas, de formación y cualificación del capital humano que incrementan la capacidad de innovación y, por último, mediante el intercambio de información y experiencias, estimulan la aparición y el desarrollo de nuevas ideas y negocios. Estas agrupaciones de empresas e instituciones variadas que aprenden a cooperar y colaborar, constituyen una base sólida para mejorar la productividad de todos los participantes en la agrupación.

La cooperación entre empresas y el desarrollo de clusters es limitado en la economía española**.** En España se han realizado pocas iniciativas con carácter nacional para impulsar estas agrupaciones empresariales. Han sido las autoridades regionales, especialmente en el País Vasco, Cataluña y Comunidad Valenciana donde se ha incentivado, con un éxito razonable, la puesta en marcha de estas iniciativas. Hay un amplio espacio para generar entornos de colaboración entre empresas y entre estas y las distintas instituciones, centros tecnológicos, universidades, instituciones financieras que soportan la actividad de los negocios para el conjunto de la economía española.

Tamaño del mercado. El tamaño del mercado doméstico español es elevado, lo cual aparece como un factor positivo. Su mercado exterior no es tan extenso y sus exportaciones representan un porcentaje no muy elevado del PIB. Es urgente aumentar la proyección internacional de las empresas españolas para aumentar el tamaño del mercado de las compañías.

2.3.3. España en la etapa de orientación hacia la innovación

El índice Global de Competitividad basado en la idea original de Schwab y desarrollado por Porter y Sala i Martín, diferencia al mismo tiempo, tres etapas de desarrollo en las cuales pueden encontrarse los países: orientación por factores, por eficiencia y por innovación. Según la situación de desarrollo de cada país, la importancia de cada pilar que forma el índice varía, al igual que las me-

didas encaminadas a mejorar la competitividad. En aquellos países más desarrollados que se encuentran en la fase de orientación hacia la innovación, los pilares de sofisticación empresarial y eficiencia de los mercados están adquiriendo una importancia crucial. Resultan aspectos esenciales para entender el avance de los países hacia un mayor y mejor escenario centrado en la innovación.

La sofisticación empresarial es un motor esencial para la mejora de la competitividad de un país. La importancia de esta dimensión radica en que una mejora de las estrategias empresariales implica un aumento de la eficiencia de la asignación de los recursos, lo cual impulsa un aumento de la productividad y en última instancia, de la competitividad de un país. Por su importancia es clave reconocer cuáles son los elementos que caracterizan a esta dimensión. En su definición aparecen dos factores vinculados entre sí. La calidad de la red empresarial de un país y la calidad de las operaciones y estrategia de las empresas individualmente consideradas.

Esta variable se construye sobre la base de nueve indicadores como son: la cantidad y calidad de proveedores locales, el desarrollo de clusters, la naturaleza de la ventaja competitiva de las empresas, la amplitud de la cadena de valor, el control de la distribución internacional, la complejidad de los procesos productivos, la importancia del marketing y la voluntad para delegar autoridad en las organizaciones. La sofisticación de los negocios en España es modesta.

La eficiencia de los mercados de bienes y servicios. Este pilar se construye a partir de la información proporcionada por un conjunto de variables e indicadores que se agrupan en dos bloques: de competencia interna y externa. Los primeros se refieren a la intensidad de la competencia local, el grado de dominio del mercado, la eficacia de las políticas antimonopolio, el efecto de la fiscalidad sobre la inversión, tasas de importaciones y el número de trámites para iniciar un negocio y también de días para comenzar la actividad. Los indicadores de competencia externa se miden por tarifas arancelarias, impacto de normas sobre IED, nivel de importaciones sobre porcentaje del PIB entre otros.

Respecto a la eficiencia del funcionamiento de los mercados finales, se produce una valoración favorable de la intensidad de la competencia local y se reconoce como muy favorable la situación de las tarifas al comercio. La reducción tarifaria que ha sufrido la economía española desde la entrada en la UE ha sido un estímulo muy positivo para la incorporación de competencia en los mercados. Hay muchas más dudas sobre la imposición hacia la actividad de los negocios

que se considera muy negativa y limita la inversión. Como aspectos negativos aparecen también las dificultades para el emprendimiento y el excesivo coste de la puesta en marcha de nuevos negocios. Así como la limitada sofisticación de los compradores que no estimula a los oferentes, las empresas, a cambiar e innovar en el espacio de los nuevos productos.

Respecto al desarrollo de **los mercados financieros**, se reconoce que hay un amplio margen para su avance, especialmente en el ámbito de mecanismos propios que faciliten la financiación empresarial como el capital riesgo, semilla, etc. Un punto débil muy notable aparece por las dificultades que se consideran muy elevadas, para obtener financiación y en la escasa disponibilidad de capital riesgo. Estos factores dificultan la financiación del emprendimiento y limitan el crecimiento empresarial.

Respecto **al mercado de trabajo**, las observaciones se refieren a mejorar los sistemas de determinación más flexible de salarios, las prácticas de contratación y despido y la necesidad de alinear mejor los salarios con la productividad de las organizaciones. El mercado de trabajo presenta unos niveles de flexibilidad inferiores a los de países como USA, Canadá y Gran Bretaña, pero similares a los de los países del norte de Europa, Alemania y Francia.

2.4. Eficiencia de los mercados y sofisticación empresarial: buscando entender las relaciones

Una cuestión muy relevante es estudiar la relación que se establece entre la sofisticación empresarial y la eficiencia de los mercados. En un escenario económico cada vez más globalizado, es importante reconocer si la competencia que se produce en un país afecta y condiciona la sofisticación de su tejido empresarial e industrial. Si la existencia de unas buenas prácticas antimonopolio y unas bajas tarifas arancelarias impulsan conductas empresariales cada vez más complejas que fortalecen la capacidad de competir individual y colectivamente.

Una hipótesis básica configurada desde el dominio de la economía, es que una mayor competencia en los mercados estimulará la innovación, la cual fomentará una mejora en el desarrollo e implantación de estrategias competitivas más robustas para las empresas que aumentarán la productividad individual y del conjunto de la economía.

El trabajo reciente de Pozueta (2017) aborda esta cuestión utilizando técnicas estadísticas de análisis de la varianza y clusters, a partir de la construcción de una base de datos de 49 países de la Unión Europea y de la OCDE. En este estudio, los valores de las principales variables se han tomado del **Informe Global de Competitividad de 2016-2017**.

La posición de España, en relación a la sofisticación empresarial, con respecto a los países de la muestra analizada es que se encuentra muy cerca de la media en prácticamente todas las variables que delimitan el concepto de sofisticación empresarial. Es de destacar la desviación respecto a la media que se produce en la variable "voluntad para delegar autoridad". En ese indicador, España se encuentra en la posición 45 de 49 países, igualmente se reconoce que España tiene una tasa total de impuestos ligeramente superior a la media, y un nivel de importaciones como porcentaje del PIB notablemente inferior.

En este trabajo, mediante la utilización de técnicas estadísticas variadas, se identifican los siguientes resultados:

- La competencia interna tiene una gran influencia sobre la sofisticación empresarial. Así se reconoce que la intensidad de la competencia local, el grado de dominio del mercado y la eficacia de las políticas de competencia de un país están asociados con un mayor grado de sofisticación empresarial de ese país.
- El grado de dominio del mercado tiene una gran influencia sobre todas las variables que identifican y caracterizan la sofisticación en los negocios. En particular, se reconoce que cuanto menor es el grado de dominio del mercado en una localización, se observa que el número de proveedores es mayor, los clusters están más desarrollados y la naturaleza de la ventaja competitiva de las empresas es más compleja.
- La eficacia de la política de defensa de la competencia es la variable que tiene un mayor impacto sobre la sofisticación empresarial y además, impacta en todos y cada uno de los indicadores de esa dimensión. Se reconoce que cuanto más eficaces son las políticas de competencia, mejora la cantidad y calidad de los proveedores locales, los clusters están más desarrollados, la naturaleza de la ventaja competitiva es más compleja y las empresas utilizan las estrategias de marketing más complejas y que proporcionan mayor eficiencia.

- Los indicadores de competencia externa como barreras arancelarias, trámites administrativos, normas sobre IED (Inversión Extranjera Directa) tienen una influencia mucho más modesta y matizada que las variables de competencia interna.
- Por último, y al contrario de lo que puede intuirse y lo que el debate social suele plantear, se reconoce que los indicadores administrativos y fiscales no influyen en la sofisticación de las empresas.

Por tanto, el trabajo de Pozueta (2017) considera y confirma que las políticas sobre la competencia de los países tienen un gran impacto en el desarrollo de estrategias empresariales cada vez más complejas y sofisticadas. Cuanto más eficaces son las políticas antimonopolio e impulsoras de competencia interna, los procesos productivos y la ventaja competitiva de las empresas se basan más en el uso de productos y procesos únicos y modernos y no tanto, en la incorporación de materias primas y el uso de trabajadores de forma intensiva y con salarios reducidos.

En definitiva, la evidencia estadística aportada, reconoce una gran influencia de la competencia local, el grado de dominio de mercado y la eficacia de las políticas de defensa de la competencia sobre la sofisticación empresarial. Al contrario de lo que suele pensarse, las variables fiscales y administrativas no influyen de forma relevante, en la sofisticación empresarial.

2.5. Recapitulando sobre la productividad y competitividad

Hemos analizado el problema de la competitividad/productividad de la economía española bajo una doble perspectiva. Podemos hacer un análisis de la competitividad ex ante, centrado en el estudio de los factores de oferta y capacidades de una economía que condicionan los resultados que obtienen las empresas. Lo que hemos definido como las dimensiones que definen y caracterizan la dotación de recursos y competencias esenciales de esa economía. O bien podemos realizar el estudio ex post de la competitividad, en este caso fijándonos en la productividad, el resultado, que esa economía obtiene en relación con la conseguida por los otros países con los que compite por la localización de actividades e inversiones.

Desde la perspectiva de la productividad, la trayectoria seguida por esta en España pone de manifiesto que hay un problema estructural serio, bajo crecimiento y bajo nivel, que se asocia no solo con la productividad del trabajo sino

que también se manifiesta en la baja productividad total de los factores. La evolución de la productividad en España ha sido decepcionante durante un largo período de tiempo. Este perfil de la productividad resulta negativo y limita seriamente el futuro de la prosperidad de nuestro país.

Reconociendo, por otro lado, las condiciones básicas de esa economía, su competitividad ex ante, se observa que el entorno general y el de los negocios de la economía española tienen margen para incorporar mejoras sustanciales que generen resultados más positivos. Se constatan deficiencias en el entorno macroeconómico e institucional de la economía española. Existen rigideces en mercados esenciales para la asignación de los recursos. Se detectan problemas de tamaño empresarial y composición sectorial. Hay una estructura sectorial con predominio de actividades de moderado valor añadido y relativa sofisticación tecnológica. La inversión pública y privada en recursos intangibles es modesta. A pesar de los avances y mejoras planteados en el espacio educativo: formación básica, profesional y universitaria, todavía estamos alejados de los niveles que presentan países de referencia para nosotros. Se detectan problemas en la calidad del recurso empresarial y en la calidad del factor humano general de la economía española.

Del análisis realizado en este apartado, se reconoce que el principal reto de la economía española, para mejorar su renta per cápita, se identifica con el aumento de la productividad total de los factores. Esta variable depende a su vez, como hemos constatado, de un amplio conjunto de factores relacionados con el entorno, la estructura y funcionamiento de los mercados, así como la estructura y conducta de las empresas.

Estas dimensiones interactúan entre sí y combinan determinantes de carácter estructural, como la dotación de capital público de esta economía, con relaciones sectoriales, grado de competencia y rivalidad en los mercados, y factores como las estrategias y ventajas competitivas que desarrollan las empresas. Se necesitan unas reglas de funcionamiento y unos incentivos más favorables para la inversión en activos intangibles, que fomenten el crecimiento de las empresas españolas y su internacionalización. Este es el camino para obtener mejoras significativas en productividad y rentabilidad.

La evidencia estadística aportada reconoce una gran influencia de la competencia local, el grado de dominio de mercado y la eficacia de las políticas de defensa de la competencia sobre las estrategias empresariales que fomentan la in-

novación y la diferenciación entre empresas y permiten desarrollar un ambiente más sofisticado para el desarrollo y crecimiento de los negocios.

Por tanto, aumentar la competencia en las industrias y fomentar la competencia local son dos ejes esenciales para impulsar la utilización de buenas prácticas de gestión empresarial, estimular la innovación en las empresas, mejorar la asignación de recursos en las organizaciones y fomentar la creación de mayor valor añadido. Estamos hablando de desplazar la frontera de la innovación y de conseguir que aquellas empresas que se mueven dentro de la frontera y por tanto, tienen niveles de ineficiencia significativos, se muevan hacia la frontera y en consecuencia, ganen eficiencia y productividad.

Las políticas públicas que se derivan de este análisis señalan que una mayor competencia en el mercado nacional, una mejor política de defensa de la competencia y una mayor sofisticación de la demanda interna, inducirán una mayor capacidad de competir de las empresas en una economía más abierta.

3. EL PERFIL DE LA EMPRESA ESPAÑOLA: ESTRATEGIAS Y RESULTADOS

3.1. La empresa fundamento de la productividad

El debate sobre la mejora de la productividad de la economía española constituye también una oportunidad para reconocer la capacidad de las empresas españolas para crear riqueza y empleo sostenible. Una economía próspera que proporciona adecuados niveles de bienestar a sus ciudadanos tiene que contar con empresas eficientes, generadoras de valor y empleo.

La productividad de un país depende, como hemos indicado, de las características del entorno general de su economía; está también condicionada por el funcionamiento de los distintos mercados y depende, sin duda, de la naturaleza, características y estrategias que implementan las empresas que se localizan en ese país. La productividad de un país se encuentra asociada con la productividad de sus empresas y resulta de la agregación de las productividades de las mismas. Para medirla se considera a todas las organizaciones que operan en ese país. Hay que tener en cuenta no solo a las empresas de carácter nacional que compiten en sus mercados sino también, a las subsidiarias de empresas extranjeras que tienen plantas y producen desde el país de referencia. Por tanto, la capacidad de compe-

tir de las empresas es clave para estudiar la productividad de las organizaciones y para entender la agregada, la productividad del conjunto de la economía.

La competitividad empresarial, la capacidad de una empresa para competir en el mercado, está determinada, de un lado, por la disposición a pagar que manifiestan los potenciales compradores por los productos de esa compañía y, de otro, por sus costes de producción. La oferta competitiva de una empresa, que relaciona valor percibido con coste de sus productos, se confronta con la de otras en el mercado. De la competencia entre las distintas ofertas resultan precios y cuotas de mercado y se obtienen unos resultados económicos que estarán relacionados positivamente con la fortaleza competitiva de cada empresa. Desde la perspectiva de la gestión, los esfuerzos empresariales se centrarán en ampliar la relación entre valor y coste de los productos, en comparación con las ofertas que presentan los competidores. Ni el valor percibido por los consumidores, asociado con la calidad de los productos y que se traduce en su disposición a pagar por ellos, ni el coste, cada uno por separado, determinan la capacidad de competir. Es la diferencia entre ambos, la brecha entre lo que los consumidores están dispuestos a pagar y el coste de producir el producto, lo que hace a la oferta de una empresa más atractiva o menos que la de sus competidores. Por ello, el diagnóstico de la competitividad de las empresas españolas debe consistir en analizar la capacidad de las empresas españolas, un número suficientemente elevado de ellas, para crear riqueza de manera sostenible y mantener de forma simultánea un control de sus costes.

Por eso, vamos a centrar el debate de la capacidad de las empresas españolas para generar riqueza y valor, en dos dimensiones esenciales como son: la extensión de la innovación entre las empresas españolas y los factores que la condicionan y en segundo lugar, complementaremos este enfoque, con una discusión sobre los principales determinantes que condicionan el tamaño empresarial.

3.2. Las empresas españolas: estructura y estrategia

Hay una extensa evidencia[6] que indica que las empresas españolas están mayoritariamente posicionadas en estrategias de costes y mucho menos compitien-

[6] Véase Papeles de Economía Española 2012 y los distintos números de Economía Industrial que normalmente ofrecen trabajos monográficos sobre la estructura y principales características de las empresas y los sectores industriales españoles.

do a través de procesos y estrategias de diferenciación y creación de valor. España tiene una cuota baja de exportaciones en industrias tecnológicamente avanzadas, y la inversión en recursos intangibles resulta inferior a la de las empresas líderes de los países más desarrollados de la UE.

Ofrecemos a continuación un diagnóstico detallado de la situación en la que se encuentra la empresa industrial española: su perfil básico y principales debilidades así como las diferencias que encontramos en el tejido industrial en tamaño, estructura y estrategias competitivas[7]. Los rasgos distintivos más sobresalientes de las empresas industriales españolas son:

a) A distancia de la frontera tecnológica: existe un amplio margen para la incorporación de nuevas tecnologías.

Las empresas españolas están intentando mejorar la productividad mediante la incorporación de tecnologías más modernas y avanzadas. La incorporación de sistemas como el CAD, que facilitan el diseño, es amplia; por el contrario la utilización de tecnologías de coordinación de los procesos, como la fabricación integrada o los sistemas de control numérico que generan una información valiosa sobre la producción, es mucho más modesta[8].

A través de un indicador de Complejidad Tecnológica, construido considerando el nivel de utilización de nueve herramientas tecnológicas importantes, se

---

[7] Para ello, utilizamos información proporcionada por una muestra compuesta por 401 establecimientos de todos los sectores industriales. Además, nos basamos en ejemplos y casos concretos de empresas españolas como Irizar, Opel, Hidrorubber, Frenos Iruña, Ingemat o Arteche que han desarrollado iniciativas innovadoras en el ámbito organizativo y la gestión de las personas, La información que proporcionan la muestra y el estudio de casos concretos, junto con investigaciones recientes (Huerta et al., 2003, 2012, 2013, 2014, 2017; Garcés-Galdeano et al., 2014, 2015; García-Olaverri et al., 2006) nos permiten ofrecer esta panorámica de la empresa.

[8] Otras tecnologías como el MRP o JIT facilitan la logística y planificación y ayudan a gestionar y controlar el flujo de materiales. La evidencia nos muestra que los activos tecnológicos más utilizados y extendidos entre las empresas españolas son los más simples y son también, los que incorporan menos flexibilidad a los sistemas productivos. Así, el mantenimiento preventivo, las redes informáticas de tratamiento de datos y el análisis de valor son las estrategias tecnológicas más utilizadas por las empresas. Mientras que sistemas más complejos y sofisticados, pero que incorporan también más adaptabilidad a los procesos, son los menos utilizados. El CIM, los Sistemas Automáticos de recogida de Materiales y el JIT en planta son las tecnologías menos incorporadas a la actuación de las empresas.

observa que solo el 25% de las empresas españolas presentan un nivel de complejidad tecnológica elevada[9].

Hay un grupo muy importante de empresas que presentan una limitada capacidad tecnológica que sin duda dificulta su capacidad para competir y mantener una presencia continuada en los mercados. Otra dificultad añadida de las empresas españolas se refiere a las limitaciones para explotar el potencial de mejora en calidad y cumplimiento de compromisos con los clientes mediante una relación fluida con consumidores y suministradores de recursos básicos. Aunque se ha incrementado la utilización de sistemas JIT y sistemas CRM, las relaciones a lo largo de la cadena de valor entre los distintos protagonistas de la misma siguen siendo de desconfianza y competencia más que de una franca y extensa cooperación. Hay empresas españolas como Inditex o Irizar que mediante la utilización de tecnologías de información y diseños organizativos flexibles, han construido un excelente espacio de cooperación con clientes y suministradores. De esta forma facilitan la gestión de la información entre todos ellos, satisfacen mejor las necesidades de sus clientes y reducen el tiempo al mercado, pero la mayoría de las empresas españolas o no tienen la tecnología, o la utilizan de forma limitada porque el grado de implantación y uso de TIC es modesto o no tienen la organización que facilita la coordinación eficaz de estos procesos en la empresa y la cadena de actividades.

Las empresas españolas muestran una debilidad notable en la inversión en I+D que se ve aumentada por la reducida inversión pública en estos ámbitos. La mayoría de las empresas actúan como implantadoras de desarrollos tecnológicos establecidos por otros porque no existe ni capacidad ni voluntad de invertir de manera continuada y sistemática en investigación y desarrollo que permita incorporar nuevas características y diseños a los productos. Por el contrario, en USA, Alemania y China están realizando un extraordinario esfuerzo para expandir sus capacidades tecnológicas en los ámbitos de la digitalización de los procesos y productos. Están tratando de reconocer y antici-

---

[9] El 15% de las empresas de la muestra utilizan las nueve tecnologías conjuntamente, hay un 26% de los establecimientos que utilizan menos de cinco. Se reconoce también que hay diferencias muy importantes en relación a las tecnologías incorporadas atendiendo al tamaño de las plantas y al sector. Las empresas grandes, multinacionales y con presencia en sectores como material y equipo eléctrico, electrónico y óptico son las tecnológicamente más avanzadas.

parse a las nuevas capacidades que la tecnología promete alcanzar. Las empresas alemanas están poniendo además el énfasis en la investigación aplicada y de producto y desarrollo de procesos para tratar de reducir los tiempos entre descubrimiento y comercialización.

Las empresas españolas sufren no solo por sus limitadas capacidades e inversión en nuevas ideas y productos sino por las dificultades para coordinar las funciones de diseño y producción. El diseño y las operaciones de producción siguen utilizando sistemas basados en la especialización de tareas, repetición y desarrollo de trabajos monótonos y rutinarios. Además, la excesiva departamentalización dificulta la coordinación de las funciones para entregar los productos que el mercado demanda con rapidez.

Las empresas españolas presentan notables deficiencias tecnológicas en el diseño de los productos y en la producción de los mismos. Muchas empresas están quedándose atrás en su capacidad para competir por no realizar las inversiones que se necesitan en investigación y desarrollo, maquinaria y equipo junto con las habilidades necesarias de los operarios para desarrollar más y más productos y mejorar los procesos de manufactura de los mismos.

b) Predomina entre las empresas el enfoque de la eficiencia y la imitación, frente al de la innovación y la creación de valor.

Se reconoce que hay una amplia utilización entre las empresas españolas medianas y grandes de sistemas y metodologías de gestión de la calidad. En estos años, la cultura de la calidad, como metodología de análisis, diagnóstico, revisión y mejora de los procesos de la cadena de actividades, se ha asentado con amplio éxito entre las empresas industriales españolas. La imitación y benchmarking junto con la presión de los grupos empresariales grandes para mejorar la eficiencia productiva han sido instrumentos decisivos para esta amplia extensión de estas metodologías de gestión de la calidad[10].

---

[10] El 68,5% de las empresas de la muestra reconocen utilizar algún sistema de aseguramiento interno de la calidad. La ISO 9001 la tienen el 22,5% de las empresas, la ISO 9002 el 29,8%, la ISO 9003 el 0,5% y otros sistemas el 15,7%. Observamos que la mayor parte de los sistemas de aseguramiento de la calidad implantados en la empresa española, el 77,2%, corresponden a sistemas basados en la norma 9000.

Pero no hay que ser demasiado optimista. La cultura de la calidad definida mediante la aplicación de normas de aseguramiento, tiene que ver con la utilización de un conjunto de herramientas que mejoran la eficiencia operativa de los procesos. Avanzar en la eficiencia es un requisito necesario, pero no suficiente, para alcanzar el éxito. En esta etapa de la competencia, las empresas españolas no pueden limitarse a reducir sus costes y mejorar la organización de sus procesos; deben explorar, simultáneamente, nuevos espacios de productos y mercados.

La innovación representa un enfoque distinto. Exige descubrir nuevos caminos. Implica creatividad para desarrollar trayectorias propias que se aparten de la simple imitación y mejora. Si los valores de la calidad sirven para aumentar la eficiencia de las actividades y procesos, la innovación trata de construir una posición diferenciada y singular. Es por tanto una actitud estratégica bien distinta. Por eso las empresas españolas, si quieren ser excelentes, necesitan dar un salto enorme y pasar de los valores de la calidad, la imitación y la eficiencia, a los de la innovación.

El éxito de la rápida industrialización española a partir de los años sesenta del siglo pasado, consistió en imitar e incorporar los desarrollos tecnológicos que muchas empresas líderes en sus mercados, muchas de ellas multinacionales de distintas industrias como el automóvil, maquinaria, textil, agroalimentación o química, habían implantado en sus países de referencia. Muchas empresas resultaron ser buenas imitadoras e implantadoras de tecnologías descubiertas por otras compañías. Pero esto ya no es suficiente para competir hoy en los mercados. Las empresas españolas han enfatizado la competencia en precios y la buena ejecución de prácticas empresariales modernas. En el trabajo, la dirección ha mantenido un férreo control de las actividades y procesos mediante la simplificación y especialización de los trabajos, manteniendo una estructura jerárquica con muchos niveles. La innovación tecnológica moderada por la limitada inversión, se ha orientado a mejorar la eficiencia de los procesos e incorporar maquinaria moderna. Mejorar la eficiencia y reducir costes ha sido la preocupación central para hacer las fábricas competitivas. Ha habido una implantación exitosa en muchas empresas españolas de los principios centrales de la producción en masa, pero este modelo ya no es el apropiado para competir en el mundo actual. Están cambiando las bases de la competencia en los mercados y ello exige modificar los fundamentos de la organización del trabajo y la producción en las empresas.

c) En el Gobierno de la Empresa, accionistas y directivos tienen un papel activo y dominante en la gestión de la información y en la toma de decisiones. El resto de grupos de interesados, trabajadores y empleados, está poco informado y juega un papel mucho más pasivo.

En las empresas españolas existe una notable separación entre los que dirigen las empresas, accionistas y equipos de dirección que son responsables de definir los objetivos de la organización, establecer la estrategia y controlar su cumplimiento y el resto: los trabajadores que deben implementar las decisiones. El grueso de los trabajadores tiene poco contacto con clientes y mercados y están poco informados de los objetivos y estrategia de la empresa. La tabla 1 del anexo, establece las acciones que se toman en la empresa para informar a los empleados de los planes y objetivos de la compañía. Como se observa, un 43,8% de las empresas no han establecido un sistema de sugerencias para reconocer las ideas de los empleados en el desarrollo de la actividad económica de la empresa. Un 58% no considera de interés realizar encuestas de satisfacción de los trabajadores, indicando una preocupación muy modesta sobre el clima laboral, las expectativas y el grado de satisfacción de los empleados. Un 68% celebran reuniones para informar a los empleados sobre la marcha de la compañía, sus objetivos y retos a los que se enfrenta y solo un 22,4% celebra Jornadas de Puertas Abiertas[11].

Hay poca información y trasparencia en las empresas españolas para colectivos distintos a los accionistas. Obviamente, esto dificulta mucho la construcción de proyectos empresariales que sean compartidos por los distintos grupos de interés.

d) Políticas de Recursos Humanos tradicionales: hay más administración del personal que políticas innovadoras de gestión de las personas.

La formación de los trabajadores sigue siendo un punto débil. Hay diferencias notables por tamaño empresarial, pero nos movemos en un entorno de las 17 horas de formación por trabajador y año, alejado de las 45 que invierte la empresa alemana o las 80/85 de las empresas líderes en el mundo. También es notoria la variabilidad del número de horas de formación por empleado y año

[11] Como se observa en la tabla 2 (anexo), el 88,7% de las empresas indica que sus niveles jerárquicos tienden a mantenerse o a crecer, por el contrario solo un 11,3% manifiesta estar reduciendo sus estructuras jerárquicas.

entre los diferentes tamaños. La diferencia entre las empresas medianas y las pequeñas es muy acusada a favor de las primeras.

Por otro lado, llama la atención la escasa especificidad de la formación recibida[12].

En los temas de retribución (tablas 3 y 4 del anexo) lo más interesante a resaltar es la todavía escasa introducción de determinados tipos de incentivos, a pesar de ser reconocidos de forma bastante generalizada como un factor de motivación para los trabajadores. Así, resulta llamativo que solamente el 14,2% de las empresas incentiven a sus empleados en función de los resultados de la planta. A pesar de la modesta presencia de este tipo de incentivos, se observa un perfil diferenciado de las plantas que los han establecido. Tan solo en el 10,9% de las plantas nacionales se ofrecen estos incentivos, mientras que en las multinacionales esa tasa se duplica, representando el 22,4%.

Se observa que predominan los incentivos basados en la producción, el pago por pieza, que resultan ser un esquema que propicia la fabricación y que tiene escasos elementos integradores en los valores y el proyecto colectivo de la empresa. La mitad de los trabajadores de la empresa industrial española recibe este tipo de incentivos. La distribución por sectores de este tipo de incentivos es la complementaria a la indicada anteriormente[13].

Por último, analizamos el peso que tienen los incentivos en la remuneración de los trabajadores. En aquellas empresas que tienen establecido algún sistema de incentivos, estos representaban, en la anterior década, un 16% de la remu-

---

[12] El 61,4% de los responsables encuestados piensa que la formación recibida por los trabajadores les será útil (o muy útil) en cualquier otro puesto de la empresa. El 78,2% considera que será útil en cualquier otra empresa del sector. Por último, el 43,9% opina que la formación recibida será útil en cualquier empresa de cualquier sector. Todo ello unido al hecho de que casi el 30% de las horas de formación se realizan fuera del horario laboral, describe un panorama en el que la formación de los trabajadores tiene un peso específico muy limitado en nuestra realidad empresarial.

[13] Si nos limitamos al colectivo de empresas que tienen establecido algún tipo de incentivo, observamos cómo en los sectores de baja intensidad tecnológica llegan a establecer incentivos por productividad en un 82% de las plantas. Este tipo de remuneración está más extendida en las empresas no multinacionales. En este punto existe un reto importante ya que, entendemos, deben ir avanzando hacia la introducción de incentivos más vinculados con el resultado global.

neración que percibía el trabajador. Actualmente, los incentivos representan el 13,6% del total de ingresos percibidos[14].

En cuanto a la difusión entre los trabajadores españoles (*European Working Conditions Survey*, EWCS), de los sistemas de participación en beneficios aunque están muy poco extendidos, su presencia es considerablemente más elevada que en los sistemas de participación propiedad. En países como Suecia, Holanda, Finlandia y Francia alrededor del 20% de los trabajadores del país incorporan un Sistema de Participación Financiera en la Empresa en sus modelos retributivos; España, por el contrario, es uno de los países donde la incidencia de la PFE es más reducida, ya que menos del 10% de los trabajadores españoles incorporan la PFE en sus retribuciones.

Hay una lógica en esta manera de gestionar los recursos humanos en las empresas españolas que responde a los principios de la producción indiferenciada. Las claves del sistema de producción en la mayoría de las empresas consisten en la simplificación de las tareas a través de la división del trabajo y especialización. En las empresas organizadas con estos principios, los empleados son perfectamente reemplazables y para la realización de muchas de sus actividades no tienen ni que estar muy formados, ni disponer de una notable motivación y compromiso con su trabajo. Definiendo los trabajos de forma estrecha y siendo los empleos fáciles de aprender y ejecutar, la sustitución de unos empleados por otros no resulta ser un problema. Los trabajadores pueden ser despedidos o contratados en función de las condiciones del entorno y la demanda. El resultado ha sido una reducción progresiva de la responsabilidad y compromiso de los trabajadores y una tendencia de la dirección de las empresas a ver a sus empleados como un coste que sistemáticamente hay que limitar y donde sin dificultad, se pueden sustituir a unos por otros para la realización de las tareas esenciales de la empresa.

---

[14] Esta situación es bien distinta a las tendencias que se observan en Europa. El informe PEPPER IV confirma la difusión creciente de la participación financiera en los resultados de la empresa en los países de la UE-27 en la última década. En el período 1999-2005 el porcentaje de empresas que ofrecían esquemas de participación en el capital, ha pasado de un 13% al 18%, y en el caso de fórmulas de participación en los beneficios del 29% al 35% (datos de CRANET).

e) La innovación organizativa en la empresa española es modesta: la inercia de los viejos sistemas de organización de la producción y del trabajo está muy extendida y dificulta la aparición de arquitecturas flexibles.

Observamos que hay poca innovación en la gestión de los procesos productivos. El tejido empresarial está más centrado en las ventajas basadas en la eficiencia y la escala, que sobre las construidas sobre la creación de valor y la flexibilidad. La complejidad de los puestos de trabajo es reducida (tabla 5 del anexo) lo que equivale a afirmar que la contribución de estos trabajadores a la creación de valor es necesariamente limitada. La principal fuente de complejidad es la necesidad de un aprendizaje en el propio puesto a través de la práctica.

Esta escasa complejidad detectada está estrechamente ligada a la forma en que los puestos de trabajo están definidos. Por ejemplo, los operarios de producción disfrutan de niveles muy limitados de autonomía y de responsabilidad para resolver problemas inesperados. La variedad de las tareas es escasa, dando lugar a puestos de trabajo monótonos y repetitivos. Aunque hay necesidades de coordinación con otros elementos del proceso productivo, rara vez se afrontan mediante la participación activa del operario.

f) Hay poca delegación de la capacidad de decisión en las empresas españolas: predominan las estructuras organizativas centralizadas y burocráticas.

En la mayoría de las empresas hay demasiados niveles jerárquicos y una estructura interna piramidal. Son poco utilizadas las prácticas avanzadas de organización como los grupos de mejora, los equipos y la rotación de operarios (véanse tablas 2 y 6 del anexo). El 60% de las empresas españolas no tienen equipos de trabajo, solo en un 8% participan en ellos más del 40% de la plantilla. Solo el 44% de las empresas tienen grupos de mejora y están más extendidos entre las multinacionales que en las nacionales. La tendencia en el número de niveles jerárquicos es a mantenerlos, 70,6%, o incluso a aumentarlos, 18%. Esto se refleja en las dificultades que existen en España para delegar autoridad y capacidad de decisión, en la comparación entre países estamos en la posición 61.

g) Las Relaciones Laborales dentro de la empresa española se basan en el conflicto y la desconfianza más que en la cooperación y la confianza.

Hemos visto que hay poca trasparencia en las empresas y el liderazgo más extendido es el que se fundamenta en el control y la supervisión en lugar de

la participación y la búsqueda de iniciativas y cooperación. En este contexto, el conflicto de intereses entre accionistas/dirección y trabajadores/sindicatos se gestiona más desde la desconfianza que desde la cooperación y el compromiso. No se ha avanzado mucho en la construcción de un proyecto empresarial compartido sustentado en la confianza de que cada parte cumplirá sus compromisos para garantizar el éxito del proyecto.

En Huerta y García (2011) encontramos una asociación positiva entre influencia sindical y salarios. Por el contrario, no se encuentra evidencia de una posible relación entre influencia salarial, con niveles de eventualidad, ni con el esfuerzo en formación ni con las actividades de conciliación. Los sindicatos han cumplido su papel en lo que a la negociación salarial se refiere, pero en los otros aspectos no han desarrollado un comportamiento muy activo ni efectivo. Especial mención requiere el caso de la eventualidad, cuya disminución viene estando presente en todas las agendas sindicales, pero la realidad es bien distinta. No hemos encontrado una relación positiva entre poder sindical y reducción de la eventualidad en las empresas. Además, en cuanto al absentismo, las mayores tasas se dan en las empresas con mayor influencia sindical.

Si consideramos ahora la **Estructura de Tamaños** y su relación con la **Productividad de las Empresas** de la economía española, la evidencia disponible nos permite reconocer los siguientes resultados; Salas y Huerta (2012, 2014, 2017 y 2018).

h) Las empresas españolas tienen un problema de reducido tamaño y baja productividad cuando se compara con países del entorno europeo de referencia.

1. La estructura de tamaños empresariales (composición, empresas con y sin asalariados, tamaño medio, dispersión) y la estructura ocupacional (empleados, empleadores, managers, autónomos) muestran una gran estabilidad en España a lo largo de los últimos veinte años. Con la excepción de las oscilaciones marcadas por el ciclo económico. La mitad de las empresas no tienen asalariados y entre las que tienen asalariados, el número medio de empleados por empresa oscila entre 7 y 7,5. Las empresas medianas y grandes, con 50 o más trabajadores, representan alrededor del 1,7% del total de empresas con asalariados. Considerando empresarios a los trabajadores por cuenta propia con asalariados, empleadores, el número de empresas con asalariados es 1,8 veces el número de empresarios.

2. El tamaño medio de las empresas españolas y la productividad media de la economía están en línea con la tendencia general que marca la asociación positiva entre dimensión y productividad medias para un conjunto de países europeos. Dentro de esa tendencia general, los valores para España están por debajo de los tamaños y productividades medias de los países más desarrollados[15].
3. Comparado con la situación de Alemania, Francia e Italia, la estructura ocupacional española se distancia de Alemania y Francia (Italia) con una mayor (menor) proporción de autónomos, y menor (mayor) proporción de managers en el total de ocupados[16].
4. Los tamaños y productividades medias, dentro de una misma economía, difieren entre sectores de actividad. España tiene menos actividad manufacturera y más actividad en comercio, transporte, hostelería y restauración que Alemania. En los dos países, el tamaño y productividad media en la manufactura es mayor que en los servicios de hostelería y restauración, por lo cual la diferente especialización productiva de Alemania, en comparación con España, es otro factor a tener en cuenta al explicar diferencias de tamaño y productividad entre las dos economías.
5. La productividad media del conjunto de empresas no financieras en España, valor añadido por ocupado, es inferior a la del conjunto de empresas francesas, alemanas e italianas (por orden de mayor a menor productividad).
6. La productividad media de las empresas españolas es la más baja de los cuatro países en todas las clases de tamaño empresarial y, particularmente

---

[15] La elasticidad estimada entre dimensión media de las empresas y productividad de la economía para el conjunto de países de la muestra, significa que si se dan las condiciones para que España doble la dimensión media de sus empresas, acercándose a la dimensión media en Alemania, las mismas condiciones llevarían a un incremento en la productividad media de la economía de entre el 30% y el 40%.

[16] Si España redujera la proporción de autónomos a los niveles de Alemania, cinco puntos porcentuales menos, y a la vez aumenta la de los empleados, la dimensión media de la empresa española, medida por número de empleados por director (empleadores más managers), prácticamente coincidiría con la de la alemana. La convergencia en la profesionalización de la gestión empresarial (proporción de managers en el total de directores) en las empresas españolas, hacia los niveles de los países con empresas más profesionalizadas, marca un camino para la convergencia en la productividad.

baja, en el colectivo de micro empresas, hasta 9 trabajadores. La productividad media de las empresas no financieras en Alemania es un 36% superior a la de las españolas, pero en el colectivo de empresas con diez o más trabajadores la diferencia se reduce al 13%, explicada principalmente por la menor proporción de empresas medianas y grandes en España que en Alemania. Las micro empresas, con un 41% del total de ocupados en el sector empresarial no financiero, lastran significativamente la productividad media de la economía española.

i) El panorama empresarial es diverso y dual.

Encontramos un grupo reducido pero significativo de empresas (un 25%) que están en la frontera de la productividad y son líderes en algunos segmentos y nichos en mercados globales. Estas empresas compiten en el mundo con éxito. Ahora bien, para el tamaño de la economía española este grupo de empresas excelentes es reducido y habría que aumentarlo**. Hay otro grupo, este sí muy numeroso, que se mueve dentro de la frontera.**

j) El grupo mucho más numeroso de empresas españolas se encuentra dentro de la frontera y tiene un recorrido notable de mejora asociado a la incorporación de buenas prácticas tecnológicas, de organización, de gestión de las personas y administración y dirección.

Se reconoce una amplia heterogeneidad de estructuras empresariales y estrategias[17].

Hay diferencias importantes en la estructura, estrategias y resultados entre las empresas. Existe un panorama empresarial diverso.

Existe un grupo **de empresas innovadoras** que utilizan sistemas de gestión avanzados y que representan en torno al 25% del total de las empresas de más de 50 trabajadores. Estas empresas han puesto en marcha un considerable número de prácticas novedosas de organización del trabajo y actúan con una arquitectura interna más plana y orientada a conseguir la participación y compromiso

[17] En nuestro trabajo García-Olaverri, Huerta y M. Larraza (2006), y García-Olaverri y Huerta, (2013) se reconoce la existencia de varios clusters diferenciados que representan comportamientos distintos entre las empresas.

de los empleados. Están integrando activamente tecnologías de información y producción que facilitan los procesos de planificación, producción, logística y diseño para mejorar la coordinación y control de sus procesos productivos. El tamaño medio de los establecimientos es el más elevado.

Existe un grupo importante de **empresas tradicionales**. Se mueven con unos parámetros de capital tecnológico, calidad y organización del trabajo muy bajos. Notablemente por debajo de los esfuerzos que hacen otras empresas. El grupo está configurado por el 26% de las empresas de la muestra y podemos reconocer en ellas a un colectivo de empresas que van a tener serias dificultades para sobrevivir y mantener sus posiciones y cuotas en entornos cada vez más dinámicos.

Hay un grupo también significativo de empresas que para mejorar su posición competitiva han confiado **en la tecnología y la incorporación de metodologías de gestión de la calidad**. Este grupo lo integra el 22%. Estos confían en la mejora de su capital tecnológico y la integración de herramientas de gestión de la calidad como palancas para mejorar su competitividad. Por el contrario, están utilizando sistemas tradicionales, donde prima la división del trabajo y la jerarquía vertical. Son empresas orientadas hacia la tecnología y hacen un esfuerzo importante para mejorar la calidad de sus procesos. Son empresas de tamaño elevado.

En definitiva, estos tres colectivos muestran tres perfiles bien definidos y diferenciados de las empresas españolas. Los otros grupos representan posiciones más matizadas y singulares.

Existe un grupo integrado por un 11% que están activamente incorporando los **protocolos y metodologías de gestión de la calidad** para reducir los errores y defectos y construir sistemas orientados a satisfacer las necesidades de sus clientes. Sus debilidades están en los campos de tecnología y el escaso ímpetu que supone la innovación organizativa. Son empresas orientadas a la mejora de la calidad. Su tamaño medio es de 201 empleados y el 21% son multinacionales.

Por último, hay un grupo de empresas que han centrado sus esfuerzos en la innovación de sus **estructuras internas**, lo integran un 9% de los establecimientos. Es el grupo menos numeroso, con una orientación clara hacia el rediseño de los procesos de organización interna para reducir los niveles jerárqui-

cos y disminuir la división del trabajo. Llama la atención que tengan un nivel tecnológico bajo y además no han incorporado herramientas sofisticadas de gestión de la calidad. Este grupo de empresas está avanzando hacia la transformación de sus sistemas de organización del trabajo pero se mueven con mucha lentitud en la modificación de su sistema técnico-productivo.

Los diagnósticos realizados sobre las empresas españolas apuntan a los siguientes resultados: hay un grupo reducido de empresas que compiten con éxito en el mundo, pero existe un número importante de empresas que tienen notables dificultades para competir, no disponen de una ventaja competitiva clara y crecen poco. Estas empresas tienen serias dificultades para competir en escenarios cada vez más exigentes. Las empresas menos eficientes tienen las siguientes características y limitaciones:

- **Estrategias empresariales desfasadas**; escasa inversión en intangibles:
  - Predominan entre las empresas españolas los sistemas orientados hacia la eficiencia y costes en lugar de hacia la creación de valor y la innovación. El tejido industrial está más centrado en el control de los costes como elemento para competir que en las ventajas competitivas construidas mediante la incorporación de activos intangibles como impulsores de la diferenciación.
  - Observamos que hay poca innovación en la gestión de los procesos productivos. La inercia de los viejos modelos de organización de la producción y del trabajo está muy extendida en las empresas españolas. La organización del trabajo y de los procesos atiende a la reducción de los costes más que a la personalización, elaboración de lotes reducidos, flexibilidad y adaptación a las necesidades de los clientes.
  - Hay debilidades tecnológicas en el diseño y los procesos de manufactura. Escasa inversión en investigación y desarrollo y diseños organizativos que dificultan la coordinación de las relaciones clientes, empresa y suministradores.
- Muchas organizaciones tienen **dificultades para cooperar** dentro de la empresa y entre las empresas que configuran su cadena de actividades. Hay más desconfianza que colaboración entre los principales protagonistas de la acción colectiva:

- Hay una limitada cultura de cooperación interna en las empresas. Están mayoritariamente extendidas las organizaciones muy jerarquizadas para coordinar y gestionar las actividades principales. Hay muchos niveles jerárquicos y una estructura interna piramidal. Se utilizan poco las prácticas avanzadas de organización como grupos, rotación y equipos de trabajo.
- Las relaciones laborales en las empresas españolas se basan más en la desconfianza y el conflicto que en la confianza y la cooperación. Empresa y sindicatos en España continúan desarrollando esfuerzos y energías batallando sobre las viejas agendas laborales centradas en la negociación salarial.
- El gobierno de la empresa se define en sus procedimientos, composición y estructura para defender de manera exclusiva los intereses de los accionistas. Los otros protagonistas de la acción colectiva, especialmente los trabajadores, juegan un papel secundario.
- Hay poca trasparencia y comunicación entre los principales protagonistas de la acción colectiva y esto dificulta la construcción de un proyecto compartido por el que merezca la pena trabajar.

- Las Empresas españolas se enfrentan a **Restricciones Internas** (capacidad de gestión, calidad del recurso empresarial) y **Externas** (marco regulatorio, financiero, laboral, mercado de directivos y fiscal) que dificultan su crecimiento:
  - En relación con el tamaño, se constata una falta de convergencia en la dimensión de las empresas españolas al tamaño medio de las empresas de los países del entorno próximo.
  - Las diferencias observadas en los tamaños medios de las empresas entre países responden a diferencias en factores como la inversión en formación y conocimiento en la empresa; profesionalización en la gestión; delegación de la capacidad de decisión y relaciones de confianza entre capital y trabajo.
- La **limitada innovación** en muchas de las Empresas Españolas condiciona sus resultados y tiene una influencia determinante sobre la **reducida productividad empresarial**. Además, la falta de innovación condiciona y limita el crecimiento de la productividad de la economía:

– Las empresas españolas actúan mayoritariamente con estrategias de coste bajo: una dotación de capital tecnológico reducida respecto a sus principales competidores, una dotación de capital humano y capital organizativo limitadas y comparativamente inferiores a los de sus rivales, estos factores explican los problemas de baja productividad que observamos en muchas empresas españolas. La limitada innovación tecnológica, el desarrollo de políticas tradicionales de gestión de las personas, la existencia de modelos obsoletos de gestión en muchas empresas y unas estrategias vulnerables a la acción de los competidores, explican los resultados mediocres en términos de crecimiento de la productividad de las empresas y del conjunto de la economía española.

– Hay un grupo de empresas innovadoras que son líderes en nichos de mercado en el ámbito global. Este grupo se encuentra en la frontera de la productividad porque son empresas que utilizan herramientas tecnológicas complejas, prácticas de gestión y estrategias avanzadas y obtienen unos excelentes resultados en términos de productividad, presencia en los mercados y rentabilidad. Existe un grupo muy numeroso de empresas, claramente mayoritario, que están dentro de la frontera de la productividad porque desarrollan unas prácticas tradicionales en la administración y gestión de las empresas y no son innovadoras en el uso de la tecnología. Estas empresas tienen unos resultados en términos de productividad inferiores a las que son innovadoras y se encuentran en la frontera. Este importante y numeroso grupo de empresas manifiesta ineficiencias y limitaciones notables y es realmente vulnerable a la acción de la competencia. El porcentaje de empresas que actúan dentro de la frontera es elevado e indica debilidades significativas del tejido industrial español.

3.3. Calidad del recurso empresarial y diversidad de empresas: en busca de una explicación a la notable heterogeneidad empresarial

Hemos reconocido **la enorme heterogeneidad y diversidad de estrategias, tamaños y resultados** que existen entre las empresas españolas. Otra fuente importante de diversidad se manifiesta en las diferencias que hay en dimensión y productividades. El panorama empresarial está configurado por una gran va-

riedad de tamaños con un predominio enorme de las microempresas y pequeñas. Si esta variedad del tejido empresarial español es persistente en el tiempo, como lo es, necesitamos complementar las explicaciones tradicionales sobre las deficiencias del panorama empresarial español, que se basan en argumentos asociados con la regulación, el funcionamiento de los mercados y el diseño de las instituciones, para explicar las limitaciones en el crecimiento del tamaño y la productividad empresarial con otros de naturaleza más microorganizativa. Hay que reconocer que el management importa y que las prácticas de gestión y la calidad de los sistemas de dirección importan a la hora de explicar la situación diferencial de muchas organizaciones. Si la regulación y los mercados son iguales para todas las empresas, la pregunta relevante es por qué existe esa enorme diversidad de tamaños, estrategias y resultados entre empresas compitiendo en el mismo mercado. Por qué hay empresas que se encuentran en la frontera y son innovadoras y otras no.

Nuestra hipótesis básica en este trabajo, considera a la capacidad de dirección de las empresas, como un elemento explicativo importante de la estructura, estrategias, resultados y productividades que estas alcanzan. Por supuesto, esta capacidad de dirección se define en un contexto determinado de instituciones, sobre todo educativas que condicionan la oferta de talento empresarial. Este entorno determina la formación de empleadores y empleados y condiciona también, el funcionamiento del mercado de empresarios y directivos.

La literatura de gestión analiza las relaciones existentes entre las características de los empresarios, la calidad de la dirección, la estrategia y el resultado de las empresas. Esta literatura ofrece evidencia de que los problemas de gestión y dirección explican en profundidad los éxitos o fracasos de muchas organizaciones. En Huerta y Salas (2012, 2014, 2017) y Huerta y otros (2016) se vincula la calidad de la gestión empresarial con las causas de la heterogeneidad observada entre las empresas y sus consecuencias en términos de diferencias de productividad. Además, Pérez y Serrano (2013) y Pérez y Hernández (2013) proporcionan evidencia valiosa de la calidad del recurso empresarial en España sobre la base de estudiar y medir el capital humano de los empresarios. Todos estos trabajos concluyen que el bajo nivel educativo de un alto porcentaje de empresarios afecta a la distribución de tamaños y sus resultados, en términos de productividad.

En la misma dirección, los trabajos de Bloom y otros (2009), Bloom y Van Reenen (2010) y Bloom y otros (2012) presentan una comparación internacional de las diferencias entre el rendimiento y la calidad de gestión de la empresa, utilizando una muestra muy amplia de empresas de diferentes países y sectores de actividad. Su investigación ha arrojado una evidencia altamente concluyente que relaciona las diferencias en el rendimiento, crecimiento y tamaño con la forma en cómo se gestionan las empresas.

Nuestros resultados aportan evidencia de que existe una relación entre la calidad empresarial y la estructura, estrategias y productividades que obtienen las empresas españolas. Esta calidad empresarial, medida a través de diferentes indicadores (nivel educativo, competencias y capacidades profesionales, experiencia laboral y profesional así como el nivel de implantación de prácticas avanzadas de gestión), está también relacionada con el tipo de gestión de la empresa, así como con el comportamiento y la orientación estratégica de la misma, que juntos influyen también sobre su tamaño y productividad. Este argumento se refuerza cuando consideramos las prácticas de gestión avanzadas como una aproximación a la calidad del recurso empresarial y observamos un limitado uso de herramientas complejas de dirección. Todo ello pone de manifiesto una baja calidad de gestión en muchas empresas españolas.

Muchos economistas siguen aludiendo a que los principales determinantes de los problemas de competitividad de la economía española tienen que ver con las características y principales dimensiones del entorno general de la economía. Así, el limitado tamaño de las empresas españolas y sus problemas de baja productividad, serían problemas institucionales asociados a la regulación fiscal, sindical o laboral. Asimismo se apuntan otros problemas vinculados a un mercado de trabajo poco flexible y con elevadas restricciones administrativas, un mercado de capitales poco eficiente, un sistema educativo que no responde a las necesidades de formación de la industria y unos servicios de baja calidad. Sin negar la importancia de estos aspectos, aquí ofrecemos una interpretación complementaria que trata de relacionar desde una perspectiva más sistémica, las relaciones entre entorno y empresa y que pone énfasis en las limitaciones internas de las empresas españolas para competir en mercados cada vez más complejos y donde la rivalidad es más intensa.

Desde nuestra óptica, la **Calidad del Recurso Empresarial** español, los niveles formativos de los empresarios, las competencias y capacidades profesio-

nales y las prácticas de dirección, condicionan la **Calidad de la Gestión en las empresas**. Estos factores que nos aproximan a la calidad de recurso empresarial y directivo de las empresas son muy relevantes para explicar los problemas de estrategias competitivas desfasadas, crecimiento limitado, tamaño empresarial reducido y baja productividad que presentan muchas empresas españolas, problemas todos ellos muy persistentes a lo largo del tiempo y que condicionan los resultados agregados de la industria y la economía española.

3.4. Competencia y difusión de buenas prácticas de gestión: herramientas para innovar

La situación del tejido empresarial español es compleja. La globalización y el aumento de la competencia internacional marcan una dinámica peligrosa para muchas compañías. Un número elevado de empresas industriales sigue actuando con prácticas de organización y gestión tradicionales, no incorporan con rapidez los avances tecnológicos existentes e innovan poco en producto, procesos y gestión de las personas. En este contexto, los desafíos para las empresas y la economía española que la profunda crisis económica y su reciente recuperación han puesto de manifiesto, han cambiado de forma sustancial respecto a los existentes hace cincuenta o incluso diez años.

En el primer cuarto del siglo XX, la consecución de la eficiencia se transformó en el principal argumento para la supervivencia empresarial. Había que aumentar la producción para conseguir el tamaño adecuado y era necesario asignar bien unos recursos siempre limitados y gravosos. En el último tercio del siglo pasado en España, la calidad apareció como un nuevo paradigma estratégico para alcanzar el éxito. El mercado no solo valoraba la eficiencia y unos precios bajos, sino que reconocía la calidad de los productos y servicios ofrecidos. La orientación hacia el cliente de todas las actividades de la organización era requisito imprescindible para la supervivencia. El tercer imperativo estratégico, la innovación, se ha desarrollado más recientemente. Hoy la innovación y la flexibilidad de las empresas resultan esenciales para competir. El encaje de recursos y capacidades de la organización con la demanda debe ser muy rápido. Los desajustes se penalizan y los malos resultados aparecen de manera inmediata. Por último, nos enfrentamos en la actualidad, con el desafío digital y la importante transformación de las empresas hacia la industria 4.0.

En estos nuevos escenarios de competencia, la posición competitiva de cada compañía se define hoy a partir de su capacidad para crear valor y adaptarse con rapidez a las exigencias de los consumidores. Este encaje es una condición inexcusable para la supervivencia. En estas nuevas circunstancias, el papel de las personas, resulta clave para entender la posición de las empresas. Son los empleados los que están en contacto permanente con los clientes, los que mejor entienden sus demandas y aspiraciones y son ellos los que reconocen y anticipan las contingencias que suceden en los procesos productivos y de suministro. Por ello, el capital humano, el tecnológico y el capital organizativo son factores determinantes para el éxito de la organización.

La empresa española, como hemos visto, se mueve con dificultades en esta dirección y avanza con lentitud en la incorporación de iniciativas y prácticas que mejoren su capacidad de competir. Se ha construido con los viejos paradigmas de organización, gestión y gobierno corporativo que facilitaban la reducción de costes y el control pero que se están mostrando crecientemente obsoletos para enfrentarse a los nuevos desafíos de la competencia.

Hay dos vías fundamentales que se complementan para corregir esta situación. La primera enfatiza la importancia de mejorar la calidad de la gestión mediante la difusión de buenas prácticas empresariales, la segunda que completa la anterior, y la hemos analizado en el capítulo segundo, reconoce la importancia de la competencia en los mercados como medio para estimular el cambio en las empresas y la mejora de su sofisticación.

En el primer caso, se trata de difundir y extender buenas prácticas de gestión empresarial y desarrollo tecnológico entre las organizaciones más adversas al cambio. Sabemos que existen excelentes ejemplos de empresas españolas que se encuentran en la frontera de la productividad. Hemos identificado algunas de las debilidades del tejido industrial español que dificultan su adaptación al actual entorno de los mercados cada vez más globalizados. Pero también es verdad que podemos reconocer ejemplos de empresas que actúan como líderes mundiales en sus nichos de negocio. Empresas como Inditex, Viscofan, Irizar, Acciona, Ingeteam o Grifols y otras muchas, son empresas innovadoras que se orientan a generar valor para los clientes. Estas empresas excelentes utilizan las tecnologías disponibles e incorporan prácticas avanzadas de gestión y administración. Si hay buenos ejemplos de modelos empresariales exitosos, resultaría importante que esos modelos y prácticas se difundieran con mayor rapidez para que se exten-

dieran entre los otros colectivos empresariales que todavía o no las conocen o tienen dificultades para aplicarlas. Lo que distingue a estas compañías exitosas es su voluntad de desarrollar estrategias generadoras de valor, incorporar activos intangibles a su cartera de recursos, capacidades y competencias y hacer cambios en sus procesos de organización de la producción y del trabajo.

El segundo camino, como hemos indicado, nos relaciona la intensidad de la competencia con la sofisticación empresarial. La evidencia estadística sugiere que el aumento de la competencia en la industria junto con una extensa competencia local estimula la utilización de estrategias que generan un mayor valor añadido por parte de las empresas. Por sofisticación empresarial estamos entendiendo un conjunto amplio de características que van desde la cantidad y calidad de los proveedores, el estado de desarrollo de los clusters, la naturaleza de la ventaja competitiva, la complejidad de los procesos de producción y el alcance de la comercialización.

La evidencia aportada aquí reconoce un gran impacto de la competencia local, el grado de dominio de mercado y la eficacia de las políticas de defensa de la competencia sobre las estrategias empresariales que fomentan la innovación y la diferenciación entre empresas. Por tanto, proteger e incrementar la competencia en las industrias y estimular la competencia local son dos ejes esenciales para impulsar la utilización de buenas prácticas de gestión empresarial, aumentar la innovación en las empresas y mejorar la asignación de recursos en las organizaciones y fomentar la creación de mayor valor añadido. Todos estos elementos son claves para crear más valor para los consumidores y las organizaciones y así mejorar la productividad de las empresas, de la industria y la economía.

4. INNOVACIÓN: EL PAPEL DE LOS MERCADOS Y LAS EMPRESAS

4.1. El análisis económico de la competencia

Los economistas utilizamos como referencia para comparar las distintas estructuras de mercado, la competencia perfecta. Sirve como benchmarking del funcionamiento ideal de una industria. El modelo básico de competencia perfecta que como se sabe bien, es una ficción teórica, se construye en base a un conjunto de supuestos principales (Stiglitz, 2002; Hurwicz, 1981): los agentes, consumidores y empresas, tienen información perfecta, existe una

tecnología determinada a disposición de todas las empresas, la tecnología es exógena, el producto es homogéneo y no existen barreras a la entrada ni a la salida. Además hay muchas empresas en ese mercado y actúan como precio aceptantes.

En este contexto, la interacción de consumidores y empresas genera unos resultados que hace que las empresas actúen de forma eficiente y obtengan unos beneficios extraordinarios nulos porque si fueran positivos, originarían la entrada de nuevos competidores. Estos si tienen la posibilidad de entrar, atraídos por la existencia de altos beneficios, aumentarán la producción, se reducirán entonces los precios al incrementar la oferta hasta que los beneficios disminuyan y desaparezca con ellos el incentivo a entrar en ese mercado por parte de los potenciales competidores. Los consumidores obtienen un buen nivel de satisfacción porque la rivalidad presiona a la baja los precios de los bienes y servicios. Los precios se igualan al coste marginal y al coste medio unitario en el largo plazo. La disciplina del mercado estimula la eficiencia empresarial y favorece los intereses de los consumidores. Los resultados que se alcanzan son precios bajos asociados a los costes de producción, una amplia oferta en el mercado que satisface el interés de los consumidores y rentabilidades moderadas para las organizaciones.

La mayoría de los economistas reconocemos que el modelo competitivo no describe completamente el funcionamiento de las economías reales pero sí valoramos que resulta útil para ponderar los resultados alcanzados por el sistema de precios. El interés individual, la descentralización de las decisiones y la información ofrecida por los precios proporcionan, al funcionamiento del sistema económico de mercado, una gran solidez y consistencia. La comprensión de la competencia perfecta nos indica que para que la economía de mercado funcione bien, las empresas y los consumidores deben estar bien informados y poseer los incentivos precisos que orienten sus decisiones hacia la creación de riqueza y bienestar. Los precios y beneficios, la satisfacción individual y la existencia de derechos de propiedad bien definidos, ofrecen la información y los estímulos correctos para la toma de decisiones. Los precios de los bienes transmiten la información necesaria a las empresas sobre cómo valoran las personas los distintos bienes y servicios y la escasez que existe en esa economía. La búsqueda del beneficio estimula a las compañías a responder a la información que generan los cambios de precios y las orienta para que reconozcan si entienden acertadamente o no, las demandas de los consumidores y sus cambios. Los consumidores,

considerando las restricciones con las que operan, su nivel de renta disponible, persiguen su propio interés, su utilidad. Y, por último, los derechos de propiedad garantizan que los empresarios que han sabido reconocer esas necesidades insatisfechas y han ofrecido con rapidez una oferta adecuada, se apropien de una parte del rendimiento de las inversiones realizadas.

Por tanto, unos derechos de propiedad bien establecidos ofrecen los incentivos precisos para que accionistas, propietarios y directivos utilicen de forma adecuada la propiedad y orienten su capacidad de gestión y control de las decisiones empresariales en su provecho.

Es en este escenario teórico, donde se reconoce que la asignación competitiva en ausencia de externalidades y costes de transacción notables, fricciones en el funcionamiento de los mercados, tiene buenas propiedades desde la perspectiva del bienestar colectivo. En condiciones ideales, la asignación que alcanza la competencia perfecta es eficiente. Los individuos y las empresas, persiguiendo su propio interés, son capaces de alcanzar una asignación de recursos que es óptima en el sentido de Pareto y que resulta por tanto, valiosa no solo desde la perspectiva del interés individual sino también, colectivo.

Por estas razones, y aceptando que el modelo de competencia perfecta está alejado del funcionamiento habitual de muchos mercados en una economía moderna, la mayoría de los economistas entendemos que constituye una descripción satisfactoria de los principios fundamentales que inspiran el funcionamiento de una economía de mercado. Desarrollando sus reglas y mecanismos esenciales, se avanza en la coordinación de las decisiones de muchísimos protagonistas de la acción colectiva. Se facilita el intercambio de bienes y servicios donde los protagonistas consiguen ventajas mutuas, y se alcanzan resultados positivos en la asignación de unos recursos limitados y valiosos. Las economías más avanzadas, donde existe competencia, tienen en los precios, los beneficios y una buena definición de los derechos de propiedad, tres elementos sustanciales para conseguir un buen funcionamiento. Así que con la información que proporcionan los precios como señales de escasez, y con un funcionamiento descentralizado de los principales protagonistas de la acción colectiva, empresas y consumidores persiguen su propio interés, se obtienen resultados valiosos desde la perspectiva individual y colectiva. Se maximiza la riqueza individual y colectiva y, por tanto, se avanza en la prosperidad de un país.

4.2. De la competencia perfecta a la economía real

Ahora bien, conviene también discutir en qué medida la economía real se desvía del modelo competitivo. Resulta pertinente establecer qué elementos nuevos requieren de atención y análisis cuando describimos el funcionamiento de una economía real y cómo cambian los resultados sean estos individuales o colectivos, cuando los incorporamos en el análisis. Y sobre todo, hay que estudiar cómo las nuevas dimensiones objeto de estudio, alteran el funcionamiento y estructura de los mercados y modifican las acciones e iniciativas perseguidas por las empresas.

Así, siguiendo a Stiglitz (1981, 1986, 1999 y 2002), Dosi y otros (1988 y 2006), Kamien y otros (1975), y sus aportaciones sobre el funcionamiento de los mercados reales y revisando las novedosas y seminales contribuciones de Porter (1980, 1987, 1996 y 2001) sobre la estrategia y ventaja competitiva de las empresas, vamos a enumerar algunas de las dimensiones que son necesarias incorporar cuando nos referimos al funcionamiento real de muchos mercados y representamos de forma más detallada las conductas desarrolladas por las empresas. Los principales aspectos críticos que nos alejan de la competencia perfecta son:

1. El modelo de competencia perfecta considera que el producto es homogéneo, todas las empresas en el mercado producen un producto idéntico a los ojos de los consumidores. Bajo esta presunción, en dicho modelo, no hay sitio para las marcas, la diferenciación, la publicidad y la competencia en otras dimensiones diferentes al precio. En este caso, la competencia entre empresas se sustancia en los precios.

   Es evidente que en la realidad, para la mayoría de los productos, la competencia entre las empresas se plantea entre distintas dimensiones y características del producto. Para muchos bienes y servicios, las empresas compiten por encontrar los atributos y propiedades de los productos que mejor encajan con las necesidades complejas de los clientes. Y esta propuesta de valor diferenciado que hacen las empresas trata de reconocer, de un lado, las características sobresalientes que determinan las preferencias de los consumidores y por otro, los atributos del producto que mejor encajan con esas preferencias y que las empresas tienen capacidad para ofrecer. Por eso, las empresas deben tener las capacidades y habilidades que permitan ofrecer esos elementos distintos que valora el consumidor.

En un mundo donde la competencia es multidimensional, si una empresa aumenta el precio por encima del de sus competidores, perderá algunos clientes pero ni mucho menos todos ellos. La competencia en los mercados reales tiene normalmente muchas dimensiones, y el precio siendo para muchos productos muy importante, no es la única referencia que cuenta. Así, características como la calidad de los productos, su diseño, el valor de la marca o la reputación de la empresa son elementos esenciales del proceso competitivo y de la toma de decisiones de muchos consumidores.

2. El modelo básico de la competencia prescinde del cambio tecnológico. Se supone que la tecnología está dada y que todas las empresas tienen acceso a los conocimientos tecnológicos existentes.

Sabemos que en el mundo real, las diferencias y distintas competencias entre empresas se derivan de sus diferenciales capacidades para la innovación en productos y en la organización y definición de sus procesos de diseño, ingeniería y fabricación. Se crean nuevos productos, se realizan modificaciones de los ya existentes y aparecen nuevas maneras de hacer, organizar, producir y vender que resultan más atractivas para los consumidores. Esta competencia, en muchas circunstancias, no se produce a través de múltiples y pequeños productores que obtienen beneficios muy modestos, sino que en la mayoría de las industrias, pensemos en el automóvil, las energías renovables, las tecnologías digitales, la alimentación o el textil, la competencia se establece entre grandes corporaciones que invierten enormes cantidades de recursos en investigación y desarrollo para llevar a cabo nuevas formas de producir. Estas grandes empresas que tienen importantes beneficios, los invierten para explorar nuevos caminos de entender y satisfacer las necesidades de sus clientes así como en el desarrollo y despliegue de nuevas tecnologías y formas de producir que permitan mejorar la eficiencia productiva.

Si no existieran unos altos beneficios, difícilmente la mayoría de las empresas podrían abordar proyectos ambiciosos cuya ejecución puede tener un espacio temporal de muy larga duración (pensemos, por ejemplo, en el coche eléctrico o la conducción autónoma, o la búsqueda de tratamientos contra el cáncer). En algunos casos, las empresas tratan de innovar y sorprender a los consumidores con cambios disruptivos que atraen su interés (Tesla y Apple). En otros, son innovaciones organizativas y, muchas veces asociadas a la gestión de las personas, lo que marca las diferencias

(Toyota, Siemens y Honda), otras empresas innovan incansablemente en producto como Inditex, Unilever, Mercedes o Florette.

Además, el desarrollo tecnológico es un proceso endógeno, donde el avance del conocimiento y los espacios de aprendizaje basados en la experiencia, son claves para el desarrollo de nuevas soluciones tecnológicas a los problemas detectados. La mejora continua, el aprender haciendo y los efectos de la experiencia permiten a las empresas avanzar en el diseño de nuevos procesos de producción y nuevos productos. En estas circunstancias, el tamaño, la producción masiva, la acumulación de experiencia y un volumen elevado de recursos financieros resultan claves en el proceso de descubrimiento de nuevas formas de diseñar, fabricar y gestionar.

3. En el modelo de competencia perfecta, los individuos y las empresas tienen toda la información relevante para tomar sus decisiones. Este es un supuesto central del modelo competitivo. Sabemos, por el contrario, que la información está dispersa de forma desigual en la economía y que con frecuencia, hay asimetrías importantes en la información a disposición de los principales individuos que participan en el proceso de toma de decisiones en el mercado. Estas imperfecciones y asimetrías surgen en todos los mercados: en los de bienes y servicios, en los financieros, en el de trabajo, en el de emprendedores y directivos. En cada uno de los diferentes mercados revisten características propias y generan problemas y soluciones distintas.

   Una parte de las iniciativas y estrategias que desarrollan las empresas tienen su origen precisamente en la existencia de estos problemas de asimetría en la información. Las organizaciones tratan de actuar tomando distintas acciones para paliarlos. Por ello, la creación de marca, la inversión en publicidad, la reputación o las garantías que ofrecen muchas empresas por sus productos, responden a estrategias dirigidas por las compañías para resolver los problemas que generan esta asimetría de la información entre los distintos oferentes y demandantes que participan en los mercados. Si los consumidores dudan sobre la calidad y principales propiedades de los productos, las marcas, la reputación, la publicidad o las garantías contractuales son señales relevantes que orientan las decisiones de los consumidores finales al reducir la incertidumbre a la que se enfrentan.

   Nuevamente la competencia en precios se ve superada o complementada por otras dimensiones como la reputación de la empresa, el valor de la

marca, la publicidad o el sistema de garantías. Estas acciones son decisivas y resultan valiosas porque ofrecen información importante sobre características de los productos que no son fácilmente observables y que ayudan a orientar la elección de los consumidores. Reducen sus costes de búsqueda y, por tanto, disminuyen los costes de transacción de utilizar el mercado.

4. En el modelo de competencia perfecta se considera que el oferente paga todos los costes que existen por producir y llevar el producto al mercado y el comprador recibe todos los beneficios de consumir el bien.

   Sabemos que existen muchas circunstancias, en las que costes o beneficios no son plenamente imputados al agente que los genera. En muchas situaciones existen externalidades positivas y negativas que originan que no se alcancen los resultados óptimos que el modelo tradicional de la competencia postula. Si hay un nuevo producto con buenas propiedades para los consumidores, un nuevo fármaco o una innovación en seguridad para un vehículo o un software más fiable, el interés del inventor es el de proteger su conocimiento y que los competidores no accedan a esos nuevos conocimientos, pero socialmente sería bueno que esa innovación se propagase rápidamente en beneficio de todos los consumidores. Además, los problemas asociados con el deterioro del medio ambiente y la contaminación que la actividad empresarial puede generar, son ahora elementos esenciales que hay que tratar de corregir y evitar mediante una regulación que reduzca las consecuencias de todas esas externalidades negativas que la acción de las empresas genera.

5. La competencia perfecta supone que no hay costes de transacción. No hay fricciones en los mercados. R. Coase (1937), Williamson (1985) y Salas (1987) explican con claridad lo alejado de la realidad de estos supuestos. En la literatura de gestión de empresas, la referencia a los costes de transacción asociados al funcionamiento de los mercados, resulta decisiva para entender el papel de la organización y el desarrollo de muchos contratos entre empresas y consumidores. Cuando existen costes elevados de obtención de información, cuando la negociación de los contratos es laboriosa y requiere de notables recursos y tiempo y si hay costes asociados al cumplimiento y garantía de los contratos en el mercado, la organización, la empresa, es una alternativa al mercado para realizar las transacciones. Si los costes de transacción de utilizar el mercado son ele-

vados, la empresa es un modelo para el gobierno de las transacciones. Empresa y mercado aparecen como alternativas que se sustituyen para realizar los intercambios. La existencia de costes de transacción explica esta situación[18].

6. En el modelo básico de la competencia perfecta, todos los mercados se vacían. La oferta es igual a la demanda.

   Por el contrario, hay mucha evidencia de que en muchos mercados, pensemos en el de trabajo, no se obtiene este resultado: las tasas de desempleo son significativas y existe, de forma casi permanente, un exceso de capacidad no utilizada.

   En definitiva, el funcionamiento real de la mayoría de los mercados y las industrias requiere incorporar elementos adicionales para entender su complejidad, su funcionamiento y la naturaleza de los resultados que generan. Por eso, hay que tener en cuenta los siguientes principios de referencia cuando se pretende describir y entender el funcionamiento de una economía real:

   - La competencia entre empresas tiene muchas dimensiones, no solo la del precio. Hay diferenciación y segmentación en el mercado y las marcas, la publicidad y la reputación son claves para entender la dinámica competitiva.
   - La tecnología es endógena. Esto significa que hay procesos de experiencia y aprendizaje importantes en su desarrollo y despliegue.
   - Para que se produzcan los cambios en las variables clave sobre las que se compite –tecnología y producto– se necesitan recursos financieros elevados que soporten inversiones importantes que implican riesgo.
   - Los mercados funcionan con fricciones y rozamientos. Hay costes de transacción, y muchos contratos se diseñan para reducirlos y gobernar con eficacia los términos de los intercambios.
   - Hay diferencias de información entre los agentes económicos que generan altos costes de transacción, y se producen con frecuencia externalidades que distorsionan las decisiones. En todos estos casos, los

[18] Véase Coase (1937); Chandler (1962); Wiliamson (1985) y Salas (1987).

objetivos individuales no están bien alineados con los intereses colectivos. La asignación que se alcanza no es eficiente.

En estas situaciones, las decisiones individuales nos alejan de la eficiencia paretiana del modelo de competencia perfecta. Por eso, si queremos comprender el funcionamiento de una economía moderna como es la española y el papel que la política de la competencia debe jugar para conseguir su mejora, debemos incorporar estos elementos al análisis de la relación compleja que se produce **entre mercados, empresas, consumidores y bienestar** de la sociedad.

Para avanzar en esta cuestión, vamos a estudiar la relación entre innovación y mercados tratando de alejarnos de los modelos de competencia perfecta, que por su propia naturaleza no capturan bien el papel del cambio tecnológico y la innovación. Posteriormente, analizaremos la cuestión de la innovación desde la perspectiva de la empresa y estudiaremos las estrategias competitivas que las empresas despliegan para competir.

4.3. Innovación y competencia: la perspectiva de los mercados

El elemento esencial del funcionamiento de una economía moderna ha sido siempre bajo qué condiciones aumenta la productividad y los recursos escasos se utilizan de la forma más eficiente posible. Por qué se desplaza la frontera de la productividad y se eleva el nivel de vida. Sin embargo, el modelo competitivo básico, como hemos visto, supone simplemente que la tecnología está dada, es exógena y que las empresas compiten en una única dimensión, el precio. Por eso, si queremos entender qué determina el ritmo de cambio tecnológico y la innovación debemos reconsiderar en profundidad algunas de las ideas centrales del modelo de competencia tradicional.

Nos preocupa en este caso entender la relación que se establece entre estructura de los mercados e innovación. Por estructura de los mercados consideramos la configuración que se establece entre los oferentes de una industria que va desde muchos y pequeños, competencia, unos pocos, oligopolio, o una empresa, monopolio. Por innovación entendemos desde las iniciativas de desarrollo y comercialización de nuevos productos hasta la mejora y cambios en los procesos de organización del trabajo y la producción. Las mejoras de producto y de proceso o la introducción de un nuevo producto por un entrante innovador pueden ex-

pulsar a algunas de las empresas instaladas en ese mercado porque tienen estas dificultades para seguir estos cambios. En ese caso, la innovación altera la estructura del mercado. Por otro lado, las características, su tamaño y estrategias de las empresas instaladas afectan mediante la creación de barreras a la entrada con su comportamiento, a la intensidad de la rivalidad en una industria determinada.

Schumpeter estableció dos hipótesis fundamentales en el estudio de la interacción entre mercados e innovación:

- Hipótesis 1. Hay una relación positiva entre innovación y poder de monopolio.
- Hipótesis 2. Las empresas de mayor tamaño son proporcionalmente más innovadoras que las pequeñas.

Las dos hipótesis son independientes aunque en algunos casos podamos observar que el poder de monopolio y el elevado tamaño, ocurren de forma simultánea.

Hipótesis 1. El éxito de un nuevo producto o proceso llama normalmente a la imitación por parte de otros competidores que acabarán reduciendo el beneficio extraordinario que genera la innovación inicial. Si la imitación es muy rápida, el beneficio para el innovador no se va a producir y por tanto, no hay incentivo para comprometerse con esa actividad que implica riesgos y la posibilidad de realizar inversiones sin obtener el éxito. Hay una incompatibilidad esencial entre la actividad de innovar y la competencia perfecta. El proceso de **destrucción creativa** es más importante para Schumpeter (1943) que la competencia en precios por lo que se justifica bien la defensa de un sistema de competencia imperfecta en los mercados. La innovación de producto o proceso exige que las empresas se comprometan en acciones desarrolladas para retardar la imitación de iniciativas similares por parte de la competencia en orden a alcanzar los beneficios que se derivan de esas inversiones. Al final, la imitación emergerá y la sociedad se beneficiará de la introducción de esas innovaciones. Además, los beneficios extraordinarios temporales del innovador serán una fuente de recursos para la siguiente etapa innovadora. El proceso de destrucción creativa implica que muchas de las posiciones de monopolio son temporales por su vulnerabilidad a la imitación y réplica de los rivales. Cuando se produce una invención, el interés del inventor es mantenerlo en secreto todo el tiempo que sea posible y explotarla económicamente. Para la sociedad el interés es el opuesto: que se difunda con rapidez ese nuevo producto o pro-

ceso. Por tanto, aquí se encuentra **el dilema de la situación**. Si tolerar la pérdida de eficiencia en cada momento por proteger al innovador o no tolerarla y disminuir los incentivos para innovar. Si estimulamos la innovación mediante un sistema de derechos de propiedad y patentes que garantizan una fuerte protección al pionero, y reforzamos su posición de monopolio o por el contrario lo debilitamos pero en ese caso, debilitamos también la propensión a innovar.

Con el sistema de patentes reconocemos bien este *trade off* entre eficiencia a corto plazo y a largo. La cuestión esencial se traslada a la política de la competencia, a su formulación y ejecución. Y ello es así, porque esta política se orienta muchas veces a mantener la eficiencia de la asignación de recursos a corto plazo y por tanto, se centra en debilitar la protección y la invención que permite que las empresas disfruten de posiciones de privilegio durante algún tiempo en el mercado. De esta forma, se garantiza una dinámica provechosa de cambios tecnológicos y de producto. Responder a esta cuestión y encontrar un equilibrio aceptable entre el corto y el largo plazo, significa pensar sobre las relaciones entre estructuras de mercado, estrategias empresariales e innovación.

Hipótesis 2. En las industrias en las que la innovación es importante, normalmente compiten grandes empresas que obtienen elevados beneficios que reinvierten en la exploración de caminos e iniciativas nuevas sobre cómo y qué producir. Empresas como Apple, Google o Amazon invierten cada año más de 15.000 millones de dólares en I+D. En economías modernas, la competencia consiste en gran medida en cómo entender a los clientes mejor que los competidores y generar una propuesta de valor diferenciada para los consumidores. Ello implica desarrollar nuevos productos y/o diseñar nuevos métodos de organización, gestión de los procesos para fabricar los productos existentes o los nuevos. Las empresas dedican para ello, importantes recursos a la I+D y aprovechan su experiencia para incorporar mejoras sustanciales a sus actividades y productos y así, mejorar su competitividad. Tan solo si se obtienen altos beneficios, se puede recuperar la inversión realizada y ofrecer a los accionistas de la compañía la rentabilidad que esperan alcanzar por el riesgo que han asumido. Esto hace que, muchas veces, estas industrias estén dominadas por un grupo reducido de grandes empresas.

En suma, la innovación y la competencia imperfecta (pocas, normalmente grandes compañías y elevados beneficios) están relacionadas.

Además, hay otras características importantes que conviene resaltar, del medio en el que **emerge la innovación**.

En primer lugar, los sectores en donde el cambio tecnológico y la innovación son importantes, normalmente tienen altos costes fijos. Ello supone la existencia de elevadas economías de escala, o lo que es lo mismo, que existe una zona de la curva de costes medios que es decreciente. En estas condiciones, para aprovechar esos costes medios decrecientes, el tamaño de las empresas es relevante. Si el tamaño empresarial es reducido, las empresas operan con altos costes medios y podrían reducir de forma significativa sus costes unitarios, aumentando su dimensión.

En segundo lugar, para que la inversión en I+D se justifique y haya innovación, los nuevos avances en producto o procesos, o bien están protegidos de la competencia por sistemas de patentes o requieren de unas inversiones enormes, solo al alcance de un pequeño número de empresas que exploran caminos y maneras de hacer novedosas.

En tercer lugar, los sectores caracterizados por un rápido cambio tecnológico y una intensa innovación, son también sectores en los que las economías de alcance son importantes. Es decir, existen sinergias en distintas dimensiones: comerciales, tecnologías, inversoras o productivas que justifican que las empresas aprovechen esa transversalidad creciendo en distintos negocios (piénsese en el ejemplo de Google: de Google Maps al coche sin conductor; o Amazon: de la venta de libros a todo tipo de productos también frescos). Todo esto implica que en presencia de economías de alcance y experiencia, el tamaño empresarial nuevamente es relevante.

Por último, dado que los bancos son reacios a prestar para desarrollar acciones de I+D por las asimetrías y riesgos existentes en estos procesos, aparecen dificultades notables en las empresas para financiar la innovación. Cuando las diferencias de información son muy intensas entre el financiador y las empresas, las empresas más pequeñas tienen grandes dificultades para obtener recursos financieros externos para sus proyectos de inversión. Por eso, utilizan para desarrollar esos proyectos tan innovadores, recursos propios o una combinación de deuda y fondos propios en donde estos últimos tienen un peso significativo. Ello conlleva que las empresas deben tener elevados beneficios para reinvertirlos posteriormente en sus actividades de innovación.

Todos estos elementos –**altos costes fijos, economías de experiencia y efectos de aprendizaje, economías de escala, economías de alcance o sinergias y restricciones financieras**– operan como importantes barreras que reducen la entrada de potenciales competidores, estimulan el crecimiento del tamaño empresarial de las empresas que están en esos mercados y nos alejan de los modelos de competencia perfecta. Lo que observaremos normalmente es un mundo de competencia imperfecta y operadores que tienen un gran tamaño. Sin duda, en la economía real, hay más competencia imperfecta que lo que se entiende por competencia perfecta.

Por tanto, las economías modernas avanzadas que se basan en la innovación, tienen unos mercados más asociados con la competencia entre pocos que con la competencia entre muchos, mientras que la imitación y la reducción de costes, están asociadas a economías en vías de desarrollo. Se observa, además, que la competencia imperfecta está generalizada en sectores donde la innovación es una forma esencial para competir. Las invenciones muchas veces no benefician solo a las empresas que las desarrollan, estas se apropian de una parte de los beneficios sociales de la nueva idea o prototipo, sino a otras muchas compañías.

En este contexto, cuestiones esenciales son saber qué aspectos determinan el ritmo de cambio tecnológico y qué determina el esfuerzo de inversión que hacen las empresas en la adquisición de recursos tangibles e intangibles y cómo afectan los procesos de experiencia y aprendizaje al desarrollo de nuevas invenciones. Estas cuestiones son relevantes y se encuentran fuera del debate de los modelos de competencia perfecta.

Pero, sin duda, hay también riesgos importantes asociados a esta lucha por el tamaño y el control de los mercados. La globalización y el desarrollo tecnológico empujan a las empresas a emprender unos esfuerzos inmensos por ganar tamaño, bien mediante el crecimiento orgánico, bien mediante la adquisición de rivales. Hoy, en la economía global nunca tan pocas empresas han tenido tanto poder. Microsoft, Apple, Alphabet, Amazon o Facebook se despliegan como grandes imperios empresariales. Según Mackinsey Global Institute, el 10% de los grupos cotizados genera el 80% de todos los beneficios que se obtienen en el mundo. A partir de 2009, el ritmo de fusiones y adquisiciones ha superado los 30.000 movimientos al año, con un valor equivalente al 3% de la economía mundial. Los movimientos de fusiones y adquisiciones se extienden por todo el planeta. La concentración de intereses en pocas manos puede restringir la competencia y ello perjudica a los consumidores. La capacidad de presión de unos pocos oli-

gopolios mundiales para defender sus intereses se multiplica y esto es un reto para los gobiernos nacionales y trasnacionales. Así, la facturación de Walmart, la cadena de distribución norteamericana ya equivale al PIB que es capaz de generar Polonia. Pero Toyota, con 237.000 millones de euros, equivale a los bienes y servicios generados por Portugal, Volkswagen representa el PIB de Grecia y Daimler con 165.000 millones de euros a Hungría.

Hay un grupo reducido de empresas líderes en sus negocios que dominan los mercados y pueden arrinconar a sus rivales y disfrutar de un crecimiento sin parangón, que arrolla a las empresas más pequeñas. La posición de dominio de muchas empresas se asocia con la innovación. La tecnología se ha impuesto a sectores industriales tradicionales como la energía o los vehículos y el consumo minorista, farmacia o telecomunicaciones son, después de los tecnológicos, las áreas de negocio más representadas entre los líderes mundiales por capitalización bursátil.

El universo de los negocios asiste a una concentración empresarial sin precedentes que representa un reto formidable para gobiernos y ello significa repensar la naturaleza y alcance de la política de competencia que implementan los países. Si el impulso de los grandes oligopolios es controlar el mercado propio y el adyacente, el papel del gobierno es ofrecer argumentos y decisiones que analicen con rigor estas tendencias y fijen los límites para evitar el abuso y el privilegio.

4.4. La innovación: la perspectiva de las empresas

El otro protagonista de la innovación son las empresas. El desarrollo de nuevas tecnologías, la utilización de nuevas máquinas en los procesos productivos, la incorporación de distintas características a los productos o el diseño y comercialización de nuevos productos son aspectos sustanciales del cambio que se produce en las empresas. Después de discutir sobre los mercados y su relación con la innovación, vamos a estudiar ahora el papel de la empresa y sus estrategias. Para ello, resumiremos las ideas básicas de la literatura de estrategia empresarial sobre innovación y cambio empresarial.

Una empresa disfruta de una ventaja competitiva[19], respecto a sus principales competidores, cuando crea más valor que ellos. Si genera más valor, será capaz de obtener un mayor beneficio económico y entonces, cuando la rentabilidad

[19] Véase Porter (1980, 1987 y 1996); Ghemawat (1999); Johnson y otros (2014) y Grant (2015).

de una empresa sea más elevada que la de sus principales competidores, diremos que esta compañía disfruta de una ventaja competitiva.

¿Qué elementos son claves en la creación de valor?

La empresa trata de inferir las características y preferencias de los consumidores que quiere atender. Los consumidores estiman cuánto están dispuestos a pagar como máximo por el producto ofrecido por la empresa (V). Así, en función de las características y atributos del producto ofrecido por la empresa, ese valor V será mayor o menor. V representa la disponibilidad a pagar de un consumidor por un producto.

Las empresas competidoras están a su vez haciendo su propia oferta. Por eso, cada cliente establece una comparación de las distintas alternativas de las empresas; los consumidores tendrán distintos V para las distintas propuestas de las empresas.

Además del grado de diferenciación y de los distintos atributos y características de los productos que ofrecen las empresas, otra variable relevante en la creación de valor es el coste de la empresa (C), en relación con el de sus principales competidores.

El valor creado por una empresa resulta de la diferencia entre V, lo que los consumidores están dispuestos a pagar por el producto, y C el coste unitario de fabricar en el que incurre la empresa de ese producto. Si V es mayor que C entonces una transacción será posible. Si V es menor que C no existe la posibilidad de que la transacción ocurra.

La posición competitiva de una empresa va a depender del valor que crea, de la diferencia que ofrezca entre lo que están dispuestos a pagar los consumidores por su producto (V) y el coste de producirlo (C).

Pero para las empresas no solo es importante crear valor sino también resulta crucial capturar ese valor. Para ello, el precio (P), juega un papel fundamental.

$$\text{Valor Creado: } VC = (V - P) + (P - C)$$

(V – P) es la parte del valor creado que captura el consumidor, excedente del consumidor.

(P – C) es el margen que captura la empresa, la rentabilidad obtenida de su oferta.

Si P se acerca a C, estamos en el marco de la competencia perfecta y los consumidores, no las empresas, capturan la mayor parte del valor creado. Si P se acerca a V, es la empresa la que captura la mayor parte del valor, obteniendo unos elevados beneficios.

Una empresa innovadora es aquella que incorporando distintas características al producto o servicio que ofrece aumenta V mediante la innovación y la incorporación de distintos atributos al producto mientras consigue que el aumento en su coste sea relativamente reducido. Una empresa innovadora es una organización que crea mucho valor. La brecha entre V y C es elevada. Sobre V actúan el conocimiento de las preferencias de los consumidores y el esfuerzo de diferenciación que realiza la empresa incorporando atributos que son valiosos para el consumidor. Normalmente, si el producto es más complejo y tiene más calidad y ofrece mejores prestaciones, su coste, C, será superior. Por tanto, la oferta de la empresa depende no solo de la capacidad que manifiesta para que los consumidores estén dispuestos a pagar un mayor precio por sus productos sino también, por el control que realiza sobre su coste. Es el valor que crea el elemento central del mayor o menor atractivo de la oferta que propone.

Una empresa que compite en coste, trata de reducir sustancialmente el coste de su producción sin reducir en exceso la disposición a pagar que tienen los consumidores por su producto.

P representa la estrategia de precios que sigue la empresa y puede ser un precio con prima sobre la actuación de los competidores, un precio en la media del sector o un precio con descuento agresivo.

Como se ha explicado, cuando dos empresas compiten en el mercado, la que crea más valor para el consumidor, disfruta de una ventaja competitiva y obtiene un mayor beneficio. Y ello es así, porque si el precio es el mismo o similar, pero la primera ofrece más prestaciones, significará que ofrece un mayor excedente del consumidor, atraerá más consumidores, aumentará sus ventas y por tanto su beneficio. Si el precio es mayor, la mejor empresa puede aumentar el mismo hasta que el excedente del consumidor sea similar al de su rival, por lo que se repartirá el mercado con el competidor pero, en este caso, el mayor precio ofrecido, le permitirá obtener un mayor margen y un mayor beneficio.

Por tanto, vemos que la competencia entre las empresas en los mercados reales tiene muchas dimensiones. Primera, las distintas propuestas de valor que las

empresas hacen y que dependen de entender bien las necesidades de los consumidores y las características de los productos que tratan de atender esa necesidad. Segunda, el coste siempre es importante, es relevante la eficiencia con la que gestionan las empresas sus procesos productivos. Normalmente, si los productos ofrecidos son de mejor calidad también será mayor su coste de producción y por último, el precio con el que las empresas intentan capturar ese valor para aprovecharse de la riqueza creada.

En suma, la capacidad de una empresa para competir en el mercado depende, por un lado, de la disposición a pagar que manifiestan los potenciales compradores de sus productos y, de otro, de sus costes de producción. La oferta competitiva de una empresa, que relaciona valor percibido con coste de sus productos, se contrasta con la de los rivales que presentan otra alternativa de valor para los consumidores. De la competencia entre las distintas ofertas resultan precios y cuotas de mercado y se obtienen unos resultados económicos para las empresas en términos de márgenes y beneficios, que estarán relacionados positivamente con la capacidad de competir y ventaja competitiva de cada empresa.

4.5. Estrategias competitivas de las empresas: costes *versus* diferenciación

La competencia, vista desde la perspectiva empresarial, significa que las empresas seleccionan distintas propuestas de valor que compiten entre ellas y los consumidores resultarán atraídos por las que les proporcionan un mayor excedente. Desde la perspectiva de la gestión, los esfuerzos empresariales se centrarán en organizar sus recursos, competencias y capacidades para conseguir ampliar la relación entre valor y coste de sus productos en comparación con la ofrecida por los competidores. Ni el valor percibido por los consumidores, asociado con la calidad o el diseño de los productos y que se traduce en su disposición a pagar por ellos, ni el coste, cada uno por separado, determinan la ventaja competitiva esencial, sino que es la diferencia entre ambos lo que hace a la oferta más atractiva. Cómo la empresa organiza sus actividades de logística, diseño, manufactura, marketing y distribución resulta esencial para aumentar la disposición a pagar y controlar sus costes. Cada empresa selecciona un posicionamiento competitivo propio, organiza de una manera singular las relaciones entre las distintas actividades esenciales de la organización para así realizar su oferta al mercado. Hay dos posiciones competitivas básicas**: costes y diferenciación o innovación.**

Una empresa tiene una ventaja competitiva en costes cuando es capaz de crear un valor similar al de sus competidores incurriendo en un coste inferior. La empresa tiene un producto similar o ligeramente inferior al de sus competidores pero sus costes son sustancialmente más bajos que la media del sector. Como resulta bien conocido, entre los determinantes que condicionan la posición de costes de las empresas los más relevantes tienen que ver con: las economías de escala; el grado de utilización de la capacidad productiva; el aprovechamiento de economías de experiencia y aprendizaje: la existencia de sinergias o economías de alcance; la estandarización del producto y un escenario de costes acotados y reducidos de los principales factores productivos como trabajo, capital, costes energéticos y de infraestructura.

Una empresa tiene una ventaja competitiva basada en la diferenciación o la innovación, cuando es capaz de ofrecer un conjunto de atributos y características en el producto o servicios que aumenta la cantidad de dinero que un consumidor está dispuesto a pagar por ese producto y le permite fijar una prima a su precio por el valor generado. Las empresas, evitando la homogeneidad del producto, pueden escaparse de una competencia intensa en una única dimensión: el precio.

La estrategia de diferenciación, ofreciendo elementos objetivos y subjetivos distintos a los de la competencia, trata de atraer a segmentos de la demanda que les interesa las dimensiones ofrecidas y con ello la empresa que diferencia más bienes o servicios aspira a conseguir un precio superior al de la competencia.

De manera bastante general, las empresas pueden diferenciarse mediante el desarrollo de características propias del producto como la calidad, el diseño, la innovación o mediante la potenciación de una imagen de marca buscando satisfacer necesidades de naturaleza compleja como el estatus, la imagen o la autoestima.

La estrategia de diferenciación aísla a la empresa de la acción agresiva de la competencia, al ofrecer un producto percibido como distinto por los consumidores. Como hemos indicado, una empresa muy innovadora es una empresa que consigue que V sea elevado, su coste esté acotado, para que la diferencia entre V-C sea alta, por eso, la empresa innovadora genera mucho valor. Si ello es así, es posible obtener de forma simultánea un margen elevado para la empresa y ofrecer a los consumidores un bienestar también alto.

La competencia en el mundo real entre las empresas se plantea en la mayoría de las veces en múltiples dimensiones y algunas formas son más valiosas que otras en términos de crecimiento de la productividad.

Podemos considerar dos situaciones básicas**, dos formas de competir.**

a) La competencia basada en la imitación y el precio.

Esta manera de competir genera, en muchas ocasiones, un estado de hipercompetencia que resulta demoledora para muchas organizaciones y crea poco valor nuevo para los consumidores. Esta forma de actuar de las empresas, Porter (1996), Roberts (2004) y Johnson y otros (2016) se fundamenta en la imitación de buenas prácticas y origina períodos intensos de una competencia muy intensa en precios en la industria que reduce los beneficios de todas las empresas en el mercado. Este tipo de actuación de las empresas dificulta la inversión en innovaciones valiosas para el consumidor.

En esta dinámica de rivalidad, las empresas ofrecen productos muy parecidos entre ellas, una empresa desarrolla una nueva práctica de organización o gestión que mejora la eficiencia y reduce los precios. Inicialmente, gana una cierta cuota de mercado porque su precio resulta ahora más atractivo. Las otras le imitan, e incorporan esa buena práctica, vgr TQM, Reingeniería o JIT... y vuelven a bajar los precios, para recuperar ventas, reduciendo los márgenes de todas ellas. Una nueva empresa vuelve a incorporar una buena práctica y el resto le siguen y el proceso continúa de forma bastante agresiva. Las empresas organizan su cadena de actividades de forma parecida a la de los otros competidores, y tratan de hacer alguna de las actividades que configuran la oferta final del producto mejor que los demás.

En sectores con exceso de capacidad y productos relativamente homogéneos, pensemos por ejemplo en la industria del automóvil en Europa, se han producido regularmente este tipo de conductas que dificultan que las empresas obtengan beneficios elevados que permitan financiar la innovación. Se produce una fuerte rivalidad en precios. La competencia es muy intensa y los márgenes de las empresas se moderan.

La competencia basada en la imitación y muy centrada en la eficiencia operativa y el control de costes suele generar la fabricación de productos similares, intensa rivalidad en precios y márgenes estrechos de las empresas. Resulta de

estrategias empresariales centradas en la eficiencia y la reducción de costes. Las empresas se imitan, bajan precios y normalmente se concluye en una situación muy destructiva para las empresas y poco interesante para los consumidores porque reduce la innovación y la variedad de gamas de productos. Resulta un juego de suma cero entre las empresas que compiten en ese mercado y de suma cero entre las empresas y los consumidores.

b) La competencia basada en la diferenciación y la innovación.

Las empresas intentan crear más valor diferenciándose de los competidores. Es una competencia que puede tener múltiples dimensiones. La preocupación por la calidad de los productos, el diseño, el tiempo al mercado, la prestación de servicios complementarios y singulares son algunas de las dimensiones sobre las que se construye ese esfuerzo de innovación. En todos estos casos, la gestión de recursos intangibles como el compromiso de las personas, fuertes inversiones en I+D, la imagen de marca, la reputación de la empresa son elementos claves para construir y defender una ventaja competitiva basada en la innovación. Las empresas buscan un posicionamiento único en la organización de sus recursos, capacidades y actividades de la cadena de valor. No se trata de imitar o copiar lo que hacen otras empresas sino de situarse en una posición singular y única.

Esto aumenta las opciones de compra de los consumidores porque las empresas ofrecen productos que tienen diferentes características a los distintos segmentos de la demanda a los que se dirigen. En estas circunstancias, los altos beneficios que resultan de ser innovador, no necesariamente perjudican el bienestar de los consumidores finales ya que pueden ser compatibles con un excedente del consumidor alto. Además, en el mercado hay espacio para que, con distintas combinaciones de calidad/coste, las empresas puedan sobrevivir manteniendo unos resultados económicos elevados. En este caso, mediante la innovación, las empresas tratan de ser únicas y seleccionando ese camino, consiguen el interés y aprecio de los consumidores.

Las estrategias de diferenciación consiguen un posicionamiento singular de las empresas. Hay ofertas diferentes que promueven distintas propuestas de valor. Los mercados se expanden porque hay una continua disputa por encontrar nuevos y distintos nichos de mercado. Hay un esfuerzo permanente de segmentación de la demanda para encontrar nuevos nichos que no están reconocidos. Es un juego de suma positiva entre empresas y entre estas y los consumidores.

En las economías industriales, en desarrollo, están muy extendidas entre las empresas las estrategias de coste bajo e imitación. En las economías avanzadas son muy importantes las estrategias de diferenciación y posicionamiento singular que son las que estimulan la innovación.

4.6. La innovación y sus efectos para el funcionamiento de los mercados y las empresas

Hemos abordado la relación compleja entre innovación y competencia, tanto desde la óptica del funcionamiento de los mercados como desde la perspectiva de las estrategias empresariales. La innovación tiene, sin duda, efectos positivos sobre la productividad y el bienestar de la sociedad. De un lado, desplaza la frontera de la productividad de las empresas y genera un aumento del bienestar de los consumidores. De otro, si hay una competencia exigente, esta ayudará a difundir las buenas prácticas de gestión y desarrollo tecnológico entre las distintas organizaciones, facilitando el desplazamiento de las empresas que están dentro de la frontera, hacia posiciones más próximas a la frontera. Así, la mejora de la productividad de los factores conseguida mediante estos desplazamientos de la frontera por las empresas líderes y hacia ella por las seguidoras, impulsará el crecimiento empresarial y mejorará el nivel de vida y bienestar de la sociedad.

El soporte intelectual del enfoque tradicional de la competencia y el bienestar de los consumidores, centrado en precios, márgenes y beneficios, tiene como modelo de referencia y principios para su aplicación, el análisis económico de la competencia perfecta. De este enfoque se deriva una visión, a nuestro juicio, excesivamente reduccionista y simple de cómo es la competencia en los mercados reales y conlleva, en muchas ocasiones, una aplicación de la política de la competencia inadecuada.

Esta modelización del mundo de los negocios, los mercados y las empresas, basada en la competencia perfecta no considera ni enjuicia con sentido crítico, los supuestos esenciales que subyacen en los modelos teóricos más extendidos de competencia perfecta y que ayudan, cuando se hacen explícitos, a entender sus limitaciones. Obviar el conjunto de supuestos sobre los que se construyen los modelos de competencia y que suponen restricciones importantes cuando se quieren aplicar de forma directa a una situación concreta, resulta un error esencial al caracterizar la competencia efectiva en un mercado particular y enjuiciar la conducta de las empresas y los resultados que alcanzan.

Además, como hemos justificado en capítulos anteriores, avanzar hacia una industria y servicios más innovadores es el reto más relevante al que se enfrenta la economía española en los próximos años. Como hemos reconocido, con evidencias sobre la productividad de la economía y las empresas españolas, estas tienen que moverse desde una posición de coste bajo, relativamente vulnerable desde países con precios de los factores reducidos, y avanzar hacia posiciones construidas desde la diferenciación y la innovación. Lo que en el debate social se ha identificado como la urgencia de cambiar el modelo productivo. Y para realizar esta transición se va a requerir de un entorno institucional, unos mercados, unas políticas y unos comportamientos empresariales muy distintos a los observados hasta ahora en muchas industrias españolas.

Por tanto, la política de defensa de la competencia a desarrollar debe ser sensible a estos argumentos; hay externalidades, efectos de aprendizaje, altos costes de transacción y beneficios elevados que nos alejan del paradigma convencional de la competencia perfecta. Hay que reflexionar sobre la relación Competencia, Mercados e Innovación empresarial como valor central de la política de defensa de la competencia que se debe implementar en España. La política de defensa de la competencia debe ser sensible a estos escenarios caracterizados por empresas de notable tamaño compitiendo en un contexto de una rivalidad entre pocos. La evidencia nos sugiere que estructuras de mercado intermedias, ni muchas empresas pequeñas, ni una muy grande, impulsan mejor el avance de la tecnología y el desarrollo de buenas prácticas de gestión porque permiten desplazar la frontera de la innovación y facilitan que más y más empresas se muevan hacia la frontera de la productividad.

Además, la competencia por la diferenciación es una fuente de ventaja competitiva más sostenible para las empresas españolas que la centrada en la imitación y precios. Estas estrategias de coste bajo generan notables externalidades negativas para el conjunto de la sociedad.

Finalmente, también hay que reconocer los riesgos derivados de estos líderes globales de tamaño elevado y su potencial de abuso y privilegio. Por ello, debemos establecer unos principios y prácticas de la política de la competencia en España sensible a estos argumentos y que mediante el estudio de casos y la regla de la razón, reconozca los efectos dinámicos de la competencia frente a una lectura más sencilla centrada en la eficiencia estática y que adopta una perspectiva del corto plazo.

5. OBJETIVOS E INSTRUMENTOS PARA LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

5.1. Los retos de la economía española: un nuevo papel para la defensa de la competencia

La evidencia presentada en apartados previos sugiere que la economía y las empresas españolas necesitan hacer la transición de un modelo industrial basado en la competencia en costes y la imitación, hacia otro más orientado a la innovación. Este proceso requiere del desarrollo de ventajas competitivas basadas en la acumulación de activos intangibles y el desarrollo de competencias y capacidades que estimulen la diferenciación.

Desde la perspectiva de la productividad, la evidencia aportada indica que, en un período largo de tiempo, más de cincuenta años, la economía española ha recortado ligeramente su brecha de productividad con la norteamericana y la ha aumentado en relación con la europea. Hemos perdido capacidad de competir en relación con un grupo de países de referencia. La trayectoria seguida por la productividad en España pone de manifiesto que hay un problema estructural serio y persistente. El bajo crecimiento y bajo nivel, se asocia no solo con la productividad del trabajo sino también se manifiesta en la baja productividad de una parte sustancial de las inversiones acometidas en el ámbito de los bienes públicos y de capital. El resultado es decepcionante y limita seriamente las perspectivas de mejora de la prosperidad del país.

Se constatan deficiencias en el entorno macroeconómico e institucional de la economía española. Hay rigideces y mal funcionamiento en mercados esenciales para la asignación de los recursos. Se detectan problemas de tamaño empresarial y composición sectorial. Hay una estructura industrial con predominio de actividades de moderado valor añadido y relativa sofisticación tecnológica. La inversión pública y la que realizan las empresas en recursos intangibles es modesta y está alejada de la que se reconoce en países con los que se compite. A pesar de los avances y mejoras planteados en la educación a lo largo de los últimos veinte años, se detectan problemas serios en la calidad del factor humano, formación de empleadores y empleados y del conjunto de la población española.

La evidencia sobre la situación y limitaciones de las empresas industriales españolas es también, contundente. Predominan, entre las empresas españo-

las, los sistemas orientados hacia la eficiencia y control de costes como elementos para competir, en lugar de ventajas competitivas definidas mediante la incorporación de recursos intangibles como impulsores de la diferenciación. Hay poca innovación en la gestión de los procesos productivos. Existe una limitada cultura de cooperación entre los principales protagonistas de la acción colectiva de la empresa. Las relaciones laborales se fundamentan más en la desconfianza y el conflicto que en la confianza y la cooperación. Resulta difícil construir un proyecto empresarial integrador que comprometa a todos los actores relevantes para crear valor y compartirlo. Hay un grupo reducido de empresas que han desarrollado prácticas de gestión y tienen estrategias orientadas a la creación de valor y obtienen unos excelentes resultados en términos de productividad, presencia en los mercados internacionales y rentabilidad. Pero este grupo de empresas innovadoras que compiten con éxito en sus nichos de mercado, para el tamaño de la economía española, es reducido. Con este panorama, la situación del tejido industrial español, mirando hacia el futuro, es difícil. La globalización, el aumento de la competencia internacional y la digitalización que viene, definen un escenario lleno de peligros para muchas compañías que innovan poco en sus procesos, organización y productos.

En este contexto, los desafíos para las empresas y la economía española son claros. Hay que impulsar la innovación y la mejora de la productividad como elementos claves para competir. Las empresas españolas deben cambiar sus estrategias si aspiran a mejorar su posición competitiva en una economía cada vez más globalizada.

Hay, por otro lado, una evidencia extensa que indica que la competencia en los mercados de una determinada localización o país, tiene una gran influencia sobre las estrategias y sofisticación empresarial. En los principales países desarrollados del mundo, la intensidad de la competencia local, el grado de dominio del mercado de las empresas en las distintas industrias y la eficacia de la política de la competencia se relaciona con una mayor innovación empresarial. Se constata que cuando las empresas se han desarrollado bajo una efectiva competencia, están acostumbradas a enfrentarse a rivales difíciles. Han contrastado sus propuestas de productos con clientes exigentes, han aprendido con ellos y han establecido relaciones de colaboración y clusters con suministradores altamente cualificados. Estas empresas se han hecho más resistentes y más sofisticadas.

En estas condiciones, han emergido empresas que luego son líderes en nichos y segmentos de la demanda de gran valor y tienen un enorme potencial de crecimiento futuro. La competencia local, regional o nacional ha reforzado a las empresas, las ha preparado para actuar con ventaja en nuevos mercados y escenarios y las ha hecho más fuertes y competitivas. La evidencia empírica para España es clara y muestra que una intensa competencia local permite desarrollar un ambiente más estimulante para el desarrollo y crecimiento de los negocios y refuerza la capacidad de competir de las empresas.

En estas circunstancias, una pregunta resulta pertinente: ¿qué políticas públicas se deben desarrollar para fomentar la innovación y mejorar la productividad de las empresas españolas? o formulada de otra forma, ¿cómo hay que actuar para que la ventaja competitiva de las empresas de un país desarrollado como España, se desplace de la basada en la eficiencia, la imitación y el control, a otra que dependa de la capacidad para diferenciar y generar un valor creciente para los consumidores?

Para construir una posición singular en sus industrias, las empresas tienen que ser capaces de innovar y utilizar un conjunto amplio de activos intangibles en sus actividades. Deben construir una base de recursos y capacidades diferente de la que disfrutan en la actualidad. Necesitan desplegar un volumen significativo de recursos intangibles que completen las inversiones en recursos tangibles.

Hay dos vías fundamentales para corregir la situación descrita de los mercados y las empresas en España. La primera enfatiza la importancia de mejorar la calidad de la gestión mediante la difusión de buenas prácticas empresariales, la segunda, complementaria de la anterior, reconoce la importancia de la competencia en los mercados como medio para estimular el cambio en las empresas y favorecer la sofisticación de los negocios.

En el primer caso, hay que señalar los obstáculos que limitan la extensión de buenas prácticas de gestión entre las empresas, reconociendo que existen excelentes ejemplos de empresas españolas que se encuentran en la frontera de la productividad. Ya hemos identificado algunas de las debilidades y barreras del tejido industrial y empresarial español que dificultan su adaptación al actual entorno de unos mercados cada vez más globalizados. Muchas empresas españolas tienen dificultades para pasar de una gestión tradicional a la utilización de sistemas de gestión más flexibles e innovadores. Pero también es verdad que tenemos

en la industria ejemplos de empresas que actúan como líderes mundiales en sus nichos de negocio. Empresas como Inditex, Ficosa, Viscofan, Grupo Antolin, Irizar, Acciona, Ingeteam, M. Torres o Grifols y otras muchas, son empresas innovadoras que generan mucho valor a sus clientes.

Si tenemos buenos ejemplos de modelos empresariales exitosos, resultaría importante que esos modelos y prácticas se difundieran con mayor rapidez para que se extendieran entre los otros colectivos empresariales que todavía o no las conocen o tienen dificultades para aplicarlas. Las iniciativas y prácticas adoptadas varían entre empresas y las soluciones tienen que ser sensibles a las particulares características del sector, tamaño y naturaleza de la competencia en sus mercados pero todas comparten ciertas pautas comunes. Las buenas prácticas conllevan:

1. Un esfuerzo simultáneo de mejora de la calidad, contención de costes, diseño y servicio.
2. Un compromiso para mejorar la coordinación de las relaciones a lo largo de la cadena de valor entre clientes/empresa/y suministradores.
3. Un uso efectivo de las tecnologías de información, digitalización y manufactura.
4. Estructuras organizativas menos jerárquicas y más planas.
5. Políticas de gestión de las personas innovadoras que promueven el compromiso, el aprendizaje continuo y la participación de las personas en la acción empresarial.
6. Una inversión notable y continuada en activos intangibles como marca, reputación, compromiso de las personas, diseño y calidad... para mejorar la posición competitiva.

En definitiva, se trata de iniciativas que conduzcan a construir y reforzar un proyecto empresarial compartido entre todos los protagonistas de la acción empresarial, sean estos, accionista o trabajadores, tengan estos actores responsabilidades en la gestión directiva o aporten su conocimiento y esfuerzo en actividades operativas.

Las resistencias para adoptar estos nuevos modelos de gestión son importantes y se encuentran, en primer lugar, en los accionistas y directivos de muchas compañías que no están dispuestos a compartir poder y fomentar nuevos sistemas más participativos de gestión. Hay también resistencias en trabajadores

y sindicatos que desconfían de que la mayor discrecionalidad de los directivos para mejorar la productividad, pueda utilizarse en beneficio de la propiedad y en perjuicio de los empleados. Hay dificultades para que las instituciones financieras, a diferencia de la inversión en activos tangibles que tiene colateral, financien estas innovaciones organizativas. Y, por último, la administración pública, tradicionalmente, ha financiado inversiones en tecnología pero mucho menos en recursos intangibles. Por tanto, las dificultades para la extensión de estos nuevos modelos de gestión empresarial que impulsen la innovación, tienen que ver con el desconocimiento de las ventajas de estos nuevos modelos o la desconfianza hacia los efectos de los mismos. Por ello, no resulta fácil vencer las resistencias.

La segunda vía relacionada con la anterior, sugiere que la defensa de la competencia, una activa política de competencia que garantice una intensa competencia en los mercados, junto a una inteligente desregulación, son instrumentos valiosos de mejora de la competitividad empresarial. Las políticas sobre la competencia de los países tienen un gran impacto en el desarrollo de estrategias empresariales cada vez más complejas y sofisticadas. Cuanto más eficaces son las políticas antimonopolio e impulsoras de competencia interna, los procesos productivos y la ventaja competitiva de las empresas se basan más en la innovación y diferenciación y menos en la incorporación de materias primas y en el uso de trabajadores con poca formación y salarios reducidos.

La competencia estimula la difusión y extensión de buenos sistemas de gestión e impulsa la sofisticación y utilización de estrategias de innovación y diferenciación en las empresas.

5.2. La competencia instrumento para el cambio

Ante este panorama industrial y empresarial, surge una cuestión relevante cuando hablamos del papel de la defensa de la competencia en España.

¿Cómo debe aplicarse la defensa de la competencia para impulsar la innovación y la diferenciación entre las empresas? Se trata de discutir sobre las herramientas que se deben utilizar para mejorar la competencia en los mercados españoles.

Definido el entorno general de la economía, los beneficios de las empresas dependen de las industrias donde actúan y de su propio comportamiento dentro de un sector particular. Las oportunidades de beneficio empresarial están

condicionadas por la competencia que existe en el sector o industria a la que pertenecen y su posicionamiento competitivo asociado con la ventaja que disfrutan. Hay, por tanto, factores sectoriales de competitividad y factores internos o endógenos propios de cada organización que explican los resultados finales de las empresas de una industria particular.

Las oportunidades de beneficio para las empresas de un sector dependen inversamente de la intensidad de la competencia en ese mercado. Si la competencia es muy intensa, las expectativas de beneficio serán modestas. Si, por el contrario, la competencia es reducida, el conjunto de empresas de ese sector tendrá unas expectativas de beneficio elevadas.

La competencia tiene dos dimensiones básicas. Una vertical, definida por las relaciones que establecen las empresas de un sector con sus proveedores y sus clientes. Estas relaciones condicionan la posición de costes y los ingresos que las empresas pueden obtener. Si los proveedores tienen una fuerte capacidad de negociación, presionarán al alza por los productos que venden y por tanto afectarán a los costes de las empresas que operan en la siguiente etapa del proceso productivo. Si los clientes son los que tienen una elevada capacidad de negociación, influirán sobre los precios de los productos que adquieren, presionando a la baja sobre los ingresos de las empresas que venden. Y la dimensión horizontal que depende de la existencia de barreras a la entrada, si hay o no productos sustitutivos y de la propia competencia directa que se establece entre las empresas que están en ese mercado.

El *modelo de cinco fuerzas competitivas* sugerido por Porter (1980) describe con detalle la naturaleza de estas fuerzas y las principales dimensiones que condicionan la competencia. Así, mercados con una alta rivalidad entre las empresas establecidas, con bajas barreras a la entrada, que se enfrentan a clientes y suministradores exigentes y poderosos y si hay muchos productos sustitutivos y resulta difícil diferenciar, en promedio, ofrecerán unas bajas expectativas de beneficio para todas las empresas que compiten en ese ámbito. Si las principales fuerzas competitivas son muy intensas, la rivalidad será elevada y el atractivo fututo de esa industria será bajo. Otras veces basta con que una de las fuerzas definida sea importante para que la rivalidad en ese sector sea elevada.

La visión y el papel de la competencia cambian cuando las oportunidades de beneficio para las empresas se analizan en el marco de un escenario de transición de una economía y mercados nacionales a otro más globalizado. De acuerdo con

Porter y su *propuesta del diamante* (1990), las industrias nacionales que se han desarrollado en el marco de una amplia competencia efectiva, están acostumbradas a enfrentarse a rivales difíciles, han aprendido de clientes exigentes y mantienen relaciones con proveedores altamente cualificados, han sido las que han hecho emerger empresas que luego han sido líderes globales en unos mercados en expansión. La competencia local, regional o nacional ha reforzado a las empresas, las ha preparado para actuar con ventaja en nuevos mercados y escenarios y las ha hecho más fuertes y competitivas.

Junto a la intensidad de la competencia en el mercado, la segunda característica que afecta a las oportunidades de beneficio empresarial tiene que ver con el posicionamiento y la naturaleza de la ventaja competitiva de las empresas. Cuando las empresas compiten en costes, la variable de referencia es el precio porque hay poca diferenciación de producto. En este escenario, el precio de los factores productivos, salarios y tipos de interés, la utilización de las tecnologías disponibles, la estandarización de los productos, un control estricto de costes, pocos recursos de holgura y sistemas de gestión basados en la jerarquía y la supervisión son factores claves para competir.

Por el contrario, en presencia de diferenciación, la ventaja competitiva de las empresas dependerá del valor creado para el cliente y entonces comparar costes ya no es suficiente para evaluar la competencia. Aquí, dotaciones de recursos como tecnología, marca, reputación, compromiso de los empleados, sistemas organizativos descentralizados y flexibles, redes de venta y distribución resultan claves para el éxito. Estos factores están detrás de los atributos de calidad y servicios que definen el grado de diferenciación y el posicionamiento singular de las empresas. Como hemos justificado en los apartados anteriores, la baja dotación de recursos intangibles de las empresas españolas comparativamente con las de otros países de referencia, es una de las explicaciones más convincentes a la hora de observar los problemas del limitado crecimiento de la productividad de los factores en las empresas y la economía española.

Ahora bien, si la ventaja competitiva a desarrollar por las empresas españolas se asienta en activos intangibles y en el desarrollo de recursos y capacidades idiosincráticas difíciles de imitar, la competencia perfecta, como hemos visto, difícilmente será el medio más eficaz para conseguirlo, ya que los activos intangibles generan importantes efectos externos, y es sabido que la competencia perfecta no los internaliza bien. Además, cuando la financiación de los activos debe

hacerse, en buena medida, a través de los beneficios generados por las propias empresas porque hay problemas de asimetrías en la información para obtener financiación bancaria, hay que aceptar cierto grado de poder de mercado para que tales beneficios existan y se puedan reinvertir.

Por último, en un mundo donde las nuevas tecnologías de la información y la digitalización están suponiendo una revolución. Surgen empresas como Uber, Google, Amazon, Cabify, Airbnb, Kayak, Netflix,... que son plataformas tecnológicas donde interaccionan usuarios y productores en una infraestructura abierta que genera valor. En estos nuevos entornos digitales, la competencia se está transformando rápidamente. Estas nuevas tecnologías permiten que las plataformas escalen muy velozmente, utilicen el big data, para crear comunidades y señales de calidad, elementos sustanciales de su ventaja competitiva. Ahora, con las nuevas tecnologías aparecen no solo nuevos competidores sino también, la naturaleza de la competencia se altera y aunque no comprendemos bien todos sus efectos y consecuencias, se comienza a vislumbrar cómo los ganadores se van haciendo con una parte sustancial del mercado. La concentración aumenta como consecuencia de los efectos directos e indirectos de red en la demanda, las barreras tradicionales para entrar se reducen y aparecen jugadores desconocidos hasta ahora que tienen pocos activos físicos en propiedad y su valor fundamental arranca de la capacidad que tienen para construir y crear comunidades. Además, observamos nuevos modelos de negocio donde se invierte el sentido de la empresa, y así, se pasa del cuidado de los activos físicos en la empresa tradicional, a la movilización de usuarios y productores, usando la tecnología digital. Hoteles clásicos con muchos activos físicos frente a Airbnb, que no tiene la propiedad de los locales que alquila; o canales de televisión tradicionales frente a Netflix o Amazon Video.

En estos nuevos negocios, las estrategias de precios resultan sorprendentes. En unos casos, los consumidores finales no pagan precio por el acceso a los servicios ofrecidos y los ingresos vienen por la publicidad o los datos que se obtienen de la comunidad de usuarios. La competencia parece que se plantea maximizando el número de usuarios y se buscan los efectos virtuosos de las externalidades en el lado de la demanda. Se reconoce que más usuarios atraen a más productores y estos, nuevamente, hacen más atractiva la oferta y convencen a más usuarios. Y en este juego participan Google con los desarrolladores de software o Airbnb con los propietarios de activos inmobiliarios para alquiler.

Estas nuevas tecnologías y los nuevos modelos de negocio plantean al menos dos retos para el debate sobre la competencia. El primero es la falta de competencia que se puede generar en sectores donde emergen estas empresas dominantes que se van quedando con todo el mercado. En contextos en los que la utilidad de consumir un servicio aumenta con el número de agentes que también lo utilizan, estos mercados pueden acabar siendo dominados por un número muy reducido de empresas o simplemente, una única empresa, se queda con todo el mercado.

El segundo reto, como en el debate entre Taxis y Uber o Airbnb y hoteles, consiste en identificar un marco de referencia competitivo que sea igual de exigente para todas las empresas independientemente del modelo de negocio que tienen y evite problemas de competencia desleal. Hay que pensar en una regulación eficiente que no discrimine y perjudique a unos modelos de negocio frente a otros.

Por ello, las formas de intervención pública en defensa de la competencia deben ser sensibles a las estrategias de las empresas, a los nuevos desafíos tecnológicos y al funcionamiento imperfecto de los mercados. La premisa tradicional, según la cual más competencia en el mercado conduce a una mayor capacidad de competir de las empresas, sugiere que la política de la competencia es muy importante como instrumento de mejora de la competitividad de las empresas.

5.3. El sistema de defensa de la competencia en España

La política defensa de la competencia en España se moderniza y recibe una moderada atención con la promulgación de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia. Esta ley traslada la legislación comunitaria y trata de adaptar la política de la competencia española a los criterios y orientaciones que se aplican en el marco comunitario. La nueva ley consolidó las principales instituciones que habían sido creadas por la antigua Ley de 1963. Así, se mantienen el servicio de defensa de la competencia, órgano integrado en el Ministerio de Economía, con funciones de iniciar, instruir y documentar los expedientes por la existencia de conductas prohibidas y el Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano al que le correspondía la función de resolver los expedientes y sancionar a las empresas que incurrían en conductas prohibidas aunque posteriormente quedan los ámbitos de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Después de más de quince años de aplicación de la política de defensa de la competencia, se pusieron en evidencia limitaciones en la legislación y se abordó

una nueva reforma para mejorar la eficacia de la actuación de las autoridades españolas responsables de la competencia.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia introduce una serie de modificaciones de alcance. Desaparece el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia y sus funciones son asumidas por una única autoridad de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Esta Comisión se organiza en torno a dos órganos: la dirección de investigación con funciones de instrucción, investigación y estudio y el Consejo de la CNC al que le corresponde la resolución de los expedientes. La reforma trata de garantizar mejor la independencia de la autoridad de la competencia y ofrece más medios e instrumentos para mejorar su capacidad de análisis e investigación. Con estos cambios se pretende poder actuar de manera más efectiva sobre el funcionamiento de los mercados, corrigiendo y persiguiendo las conductas empresariales anticompetitivas.

La última de las etapas introduce un cambio sustancial en el modelo de la regulación española. Se produce la integración de la autoridad de la competencia con las otras autoridades regulatorias en un único organismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que, además, asume las funciones que tenía la CNC y los reguladores. La Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la CNMC, implica un cambio notable en el funcionamiento de las autoridades regulatorias españolas. La CNMC es el organismo que promueve y defiende el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas. Es un organismo público con personalidad jurídica propia, independiente del gobierno y sometido a control parlamentario. La CNMC investiga y sanciona prácticas anticompetitivas, dicta recomendaciones para mejorar la situación de los distintos mercados, autoriza las concentraciones, supervisa las conductas de empresas que operan en mercados regulados, promueve los valores de la competencia y una regulación eficiente y contribuye a garantizar la unidad del mercado. El órgano de decisión es el Consejo que actúa en pleno y en salas, una dedicada a temas de competencia y la otra dedicada a regulación. La dirección de competencia tiene atribuidas las funciones de instrucción recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia.

La Comisión Nacional del Mercado y la Competencia ha impuesto 145 multas por importe cercano a los 1.000 millones de euros en el período 2014-2016. El año más prolífico resultó 2005 cuando fijó 64 sanciones por un volumen de algo más de 600 millones de euros. A pesar del gran volumen de sanciones esta-

blecidas, las empresas normalmente recurren primero a la Audiencia Nacional y luego suelen acudir al Tribunal Supremo. Los expedientes tardan entre siete y ocho años en resolverse de forma definitiva, que es un tiempo muy elevado. Entre las acciones más llamativas merece recordar las multas que se establecieron en 2015 contra 21 fabricantes y distribuidores de coches por intercambiar información. La CNMC les impuso una sanción de 171 millones al considerar que las marcas de automóviles constituyeron un cartel para reducir la competencia y limitar el alcance de los descuentos que ofrecían a los clientes de vehículos. Los fabricantes General Motors y Ford recibieron la sanción más elevada. 95 concesionarios de Volkswagen, Audi y Seat también resultaron sancionados con una multa importante de más de 40 millones. La autoridad española sancionó con 98 millones a 39 empresas y tres asociaciones del sector de gestión de residuos y saneamiento urbano como limpieza, gestión de zonas verdes y tratamiento y depuración de aguas. La autoridad consideró probadas que estas empresas habían pactado precios, condiciones comerciales y habían alcanzado acuerdos de no agresión entre 2000 y 2013.

La CNMC ha actuado con diligencia en la persecución de cárteles. Es decir, cuando varias empresas pactan la fijación de precios u otras condiciones contractuales para repartirse el mercado. Los trabajos de Borrell y otros (2015) centrados en el estudio de la actividad de las autoridades de competencia españolas, demuestran que el papel de la política de la competencia ha estado centrado en una activa lucha contra los cárteles. En su estudio sobre los cárteles sancionados en España en el período 1989-2015, analizan 67 casos y reconocen que existe una clara tendencia creciente en el número de cárteles descubiertos al año. En estos casos, las autoridades tardaron aproximadamente dos años y medio en resolver los expedientes. El motivo del inicio de la investigación que condujo finalmente a una sanción se debió, en un 38% de los casos, a una actuación de oficio del órgano instructor. La multa final media de los distintos casos fue de 20,27 millones de euros, en promedio. La duración de los cárteles superó los ocho años, y el número de participantes en el cártel fue, en media, de 13 empresas. El tipo de conducta anticompetitiva más habitual descubierta fue la fijación de precios, seguida de prácticas de reparto de mercado.

En su análisis de los cárteles descubiertos y sancionados, los autores consideran que la entrada en vigor del programa de clemencia en 2008 ha sido muy eficaz en la lucha contra ellos. Esta herramienta ha permitido sacar a la luz un amplio espectro de iniciativas empresariales dirigidas a ejercer un extenso

poder de mercado, favoreciendo a las empresas comprometidas en el cártel y perjudicando el interés de los consumidores.

Las Memorias de la CNMC resumen las principales iniciativas realizadas por las autoridades españolas de defensa de la competencia, los casos tratados, las fusiones estudiadas y las sanciones establecidas. En la Memoria de 2016 se reflejan las actividades realizadas ese año. En particular, se indica que 9 cárteles fueron desmantelados, se establecieron sanciones a 15 directivos por conductas impropias, multas a las empresas por valor de 227 millones de euros y se resolvieron 102 operaciones de concentración, de ellas 96 fueron autorizadas en primera fase sin compromiso y 5 con obligaciones de modificar aspectos sustanciales del proceso de integración empresarial. Además, se plantearon distintas iniciativas de promoción de la competencia y sobre la unidad de mercado. Unas pautas similares han tenido las memorias y actividades realizadas por las autoridades españolas de defensa de la competencia en años anteriores.

En suma, en los últimos treinta años se ha producido un debate interesante sobre el papel de la competencia y su importancia para el buen funcionamiento de la economía. Se han diseñado nuevos organismos e instituciones dotándoles de medios e instrumentos para operar que han profundizado en su independencia, capacidad de análisis y eficacia en su intervención. Pero muchas de las iniciativas desarrolladas por la autoridad de la defensa de la competencia en estos años en España, están sujetas a cierta polémica. Hay en la actualidad un debate intenso sobre el valor de la política de la competencia en España y se discute sobre la eficacia del diseño institucional, la validez, el análisis económico del derecho aplicado a esta política y la proporcionalidad y disuasión de las sanciones establecidas.

El actual presidente de la CNMC ha presentado, recientemente, un conjunto de propuestas para afianzar la institución y dotarla de eficaces instrumentos de intervención. El conjunto de iniciativas propuestas está orientada a mejorar los procedimientos utilizados, dadas las críticas establecidas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo a decisiones de la Comisión. Las medidas se refieren a tres cuestiones que han suscitado mucho debate: revisión judicial, multas y trasparencia. Se insiste en reforzar la solidez jurídica y económica, tanto de las propuestas como de las resoluciones. Se quiere mejorar el análisis económico de los expedientes. Se pretende reforzar la investigación de oficio y se propone crear

una Unidad de Inteligencia Económica para utilizar herramientas estadísticas que permitan detectar conductas colusorias.

Estas iniciativas son interesantes pero incompletas, porque no discuten sobre los objetivos en sí de esta política, su ponderación y alcance. Por eso, conviene ahora evaluar y reconsiderar si procede modificar el enfoque que durante todos estos años, ha orientado la política de la competencia en España, a la luz de un amplio y novedoso cuerpo de investigación reciente. Hay nuevos enfoques, tanto teóricos como y empíricos, sobre estrategia empresarial y nuevas ideas y modelos que relacionan la competencia en los mercados con la innovación y mejora de la productividad.

En todo este tiempo, a nuestro juicio, y como se documenta en las Memorias pasadas de la CNMC, el principal objetivo de la defensa de la competencia ha sido limitar los precios y garantizar unos márgenes moderados de las empresas que actúan en los mercados estudiados. Se ha entendido que esta es la manera de aumentar el bienestar de los consumidores. Precios bajos y rentabilidades moderadas han sido las señales que garantizaban que las empresas tenían unos comportamientos competitivos y no ejercían poder de mercado. La búsqueda de conductas entre las empresas que alterasen las reglas de juego de la competencia en términos de reparto de los mercados: cárteles, fijación de precios o abuso de posición de dominio han constituido las iniciativas más importantes de las autoridades de la competencia españolas desde la década de los sesenta hasta hoy, como refleja el análisis y estudio de las Memorias. En ellas, el poder de mercado se analiza como la capacidad de las empresas para establecer unos precios por encima del coste marginal y así obtener unos márgenes empresariales elevados. Unos beneficios altos eran señal inequívoca de poder de mercado. Bajo esta premisa fundamental, limitar ese poder ha constituido un objetivo esencial de la política de defensa de la competencia en España; las referencias que mostraban ese comportamiento anticompetitivo han sido por un lado, observar unos precios elevados en el mercado y por otro, reconocer unos márgenes de beneficio altos en las empresas.

En segundo lugar, la evaluación de la política de competencia ha considerado la eficiencia técnica como un objetivo también importante a cumplir. En muchas resoluciones se reconoce que se podían aceptar fusiones e integraciones horizontales y verticales entre empresas siempre que mejorasen la eficiencia técnica, obteniéndose una reducción de costes mediante el aprovechamiento de sinergias,

economías de escala o alcance. Y por último, se ha considerado la innovación (la eficiencia dinámica) como el tercer elemento en la discusión de los objetivos prioritarios de la política de defensa de la competencia española aunque en las intervenciones de las autoridades de defensa de la competencia españolas, son muy pocos los casos en donde esto se ha abordado con detalle.

Nuestra propuesta básica en este trabajo considera que manteniendo la relevancia de estos tres objetivos, hay que alterar su importancia y ordenarlos en sentido distinto. Primero la innovación, segundo la eficiencia técnica y tercero, precios y beneficios moderados.

5.4. Una propuesta para el debate

El papel de la competencia es contribuir a mejorar la prosperidad de un país y, por tanto, incrementar el bienestar de los consumidores a lo largo del tiempo mediante el impulso a la innovación y la mejora de la productividad.

La innovación en las empresas requiere de conocimiento, compromiso de las personas, visión a largo plazo, un esfuerzo de inversión sostenido en el tiempo y entornos propicios a la extensión y difusión de buenas prácticas de gestión entre todo tipo de organizaciones. Innovar no es fácil pero tiene muchos efectos positivos, de un lado, desplaza la frontera de la productividad de las empresas y de otro, si hay una competencia exigente, esta ayudará a extender las buenas prácticas de gestión y desarrollo tecnológico entre las empresas más tradicionales o conservadoras facilitando su desplazamiento hacia posiciones más próximas a la frontera. Así, la mejora de la productividad de los factores, conseguida mediante estos desplazamientos de la frontera por las empresas líderes y hacia ella, por las seguidoras estimuladas por la competencia local, impulsará el crecimiento empresarial, mejorará el nivel de vida y aumentará el bienestar de la sociedad.

Estudiar hoy el funcionamiento de cualquier mercado, supone reflexionar sobre la relación entre **competencia** e **innovación** empresarial como valor central de la política de defensa de la competencia que se debe implementar en España. La política de defensa de la competencia debe ser sensible a estos escenarios caracterizados por empresas de notable tamaño compitiendo en un contexto de una rivalidad entre pocos. La evidencia nos sugiere que estructuras de mercados intermedias, ni muchas pequeñas, ni una muy grande, impulsan muchas veces, el avance de la tecnología porque permiten desplazar la frontera de la innovación y facilitan que más y más empresas se mueven hacia la frontera

de las buenas prácticas organizativas y tecnológicas. Además, la competencia por la diferenciación e innovación es una fuente de ventaja competitiva más sostenible para las empresas españolas que la centrada en la imitación y precios. Estas estrategias de coste bajo generan notables externalidades negativas para el conjunto de la sociedad.

Por ello, debemos establecer unos principios y prácticas de la política de la competencia en España sensible a estos argumentos y que reconozcan los efectos dinámicos de la competencia frente a una lectura más sencilla centrada en la eficiencia estática y en el corto plazo. La política de defensa de la competencia a desarrollar debe ser sensible a estos argumentos; externalidades, efectos de red en la demanda, efectos de experiencia y aprendizaje y beneficios elevados para invertirlos en proyectos innovadores de alto riesgo y maduración larga. Todos estos aspectos nos alejan del paradigma convencional de la competencia perfecta. Por tanto, si preocupa la innovación y la mejora de la productividad de las empresas parece conveniente proponer, de un lado, competencia imperfecta más que perfecta, como escenario donde la innovación emerja y fructifique. De otro, nos gustaría tener empresas con capacidad de dirección y prácticas de administración que busquen disponer de recursos tangibles e intangibles difíciles de imitar y tengan capacidades propias sostenibles. Solo de esta forma las empresas consiguen un posicionamiento diferenciado y singular. Por tanto, competencia entre empresas que se manifiesta a través de múltiples dimensiones y no solo en el precio.

Si consideramos que un elemento clave y esencial para el crecimiento de la economía española es el crecimiento de la productividad y el desafío para las empresas es el de avanzar en la innovación, resulta evidente que la jerarquía tradicional de objetivos que hemos indicado en el apartado anterior, debe alterarse. No se trata de cambiar los objetivos sino de establecer unas prioridades distintas respecto a las actuales a la hora de aplicar las políticas y orientar las intervenciones de las autoridades de defensa de la competencia. En este caso la "*rule of reason*" debería jugar un papel esencial para valorar las situaciones en donde el elemento clave es la innovación y la mejora de la productividad.

Nuestra propuesta:

La Política de la Competencia debe tener como **objetivo central y principal, el estímulo a la innovación de las empresas y la mejora de su eficiencia dinámica.** Esta debe ser la prioridad de las acciones que se desarrollen en la defensa de la competencia. El objetivo primero y fundamental de la política de defensa

de la competencia debe ser el impulso de la innovación en las empresas facilitando la acumulación de recursos intangibles que permitan establecer una ventaja competitiva basada en el posicionamiento singular y diferenciado.

Sabemos que hay formas de competir que tienen consecuencias diferentes frente a la productividad. La naturaleza multidimensional de la competencia es importante para entender la relación entre rivalidad y productividad. Algunas formas de comportarse y competir tienen consecuencias más favorables que otras, crean más valor para los consumidores y para la sociedad que otras y por tanto, hay que estimularlas y no perseguirlas.

La competencia centrada de forma exclusiva en el precio y la imitación se suele producir cuando el producto es homogéneo o la diferenciación es mínima, las empresas imitan las buenas prácticas de otras, generan reducciones incrementales en los costes y en general conducen a una situación de hipercompetencia, un juego de suma cero entre empresas, que deteriora sus resultados y limita su capacidad de innovación perjudicando también al final a los consumidores.

Por el contrario, la competencia basada en la diferenciación incorpora la idea de que hay múltiples dimensiones y formas en las que competir. En este caso, la diversidad de ofertas, aumenta la elección de los consumidores. Las empresas seleccionan diferentes aproximaciones en marketing, servicios, operaciones, diseños y prestaciones con las que compiten. Crean nuevos negocios para atender los distintos segmentos de la demanda y en general, nos sitúa en un escenario de un juego de suma positiva. Permite unos márgenes interesantes para las empresas y ofrece una oferta amplia y centrada en múltiples dimensiones para los consumidores, y aumenta su bienestar.

Si los precios y el beneficio se utilizan como métrica para discutir sobre el bienestar, la imitación y el descuento de precios parece el ideal. Sin embargo, desde la perspectiva de la productividad, esta forma de competir nos lleva a una dinámica de mejora muy cuestionable. Por el contrario, la competencia en diferenciación de producto impulsa el aumento de la variedad, incorpora mejores servicios y ofrece mayores oportunidades de elección a los consumidores en términos de productos que mejor se ajustan a sus cambiantes y diversas necesidades. Genera además, una mayor innovación de productos y procesos.

Los países más desarrollados compiten buscando este posicionamiento diferenciado mientras que los países menos desarrollados compiten mediante la imitación, la reducción de costes y el precio. Por tanto, relacionar competencia con

innovación y esta con mejora de la productividad, debe ser el reto para entender qué papel nuevo tiene que jugar la política de la competencia en España y cómo deben actuar las empresas españolas en el entorno de la globalización.

Estas actuaciones estimularán el crecimiento de la productividad de las empresas y del conjunto de la economía. Por eso, en el análisis del comportamiento y el juicio sobre las estrategias que las empresas están desarrollando en los distintos mercados, las preguntas de referencia para las autoridades de defensa de la competencia deben ser:

¿Estas estrategias son innovadoras y favorecen el posicionamiento singular de las empresas?

¿Estas estrategias mejoran o no la productividad empresarial?

¿El aumento del tamaño empresarial o este proceso de integración horizontal mediante adquisiciones, va a significar más innovación y por tanto, una mejora de la productividad?

Como hemos visto hasta ahora, la innovación es la clave del proceso de cambio y representa el desafío más importante para las empresas y la economía española en los próximos años. Por tanto, la acumulación de un conjunto de recursos intangibles mediante la innovación tecnológica, la innovación en la incorporación de nuevas herramientas de gestión, la innovación en la organización del trabajo y los procesos productivos, las mejoras e innovación en las políticas de gestión de los recursos humanos en las empresas y la innovación en los productos incorporando dimensiones como la calidad o el diseño que aumenten su valor, deben ser factores que movilicen y desplacen la frontera de la productividad de las empresas. Si las acciones e iniciativas de las empresas se orientan en esta dirección, la mejora de la productividad, los efectos procompetitivos de estas conductas son claros. Estos comportamientos aumentan el bienestar de los consumidores.

El segundo objetivo tiene que ver con la eficiencia técnica. La idea es que mediante una activa competencia en los mercados, muchas empresas españolas que, como hemos visto, se encuentran con limitaciones de recursos, tienen un tamaño reducido, presentan dificultades para su internacionalización y no disfrutan de ventajas competitivas sólidas, se encuentran, por tanto, dentro de la frontera de la productividad, se desplacen mediante la incorporación de buenas prácticas de gestión y la incorporación de nuevas tecnologías, con menos inercia y más rapidez hacia la frontera.

Así, procesos de integración horizontal o vertical, acuerdos de colaboración entre empresas, estrategias conjuntas de I+D, estrategias para reforzar la dimensión media de las organizaciones que permitan mejorar la extensión y difusión de buenas prácticas empresariales entre las organizaciones, son favorables. Estas prácticas y acuerdos contractuales que facilitan el desplazamiento de las empresas hacia la frontera de la productividad, deben considerarse positivas y beneficiosas para la competencia.

Si como consecuencia de la política de competencia, un grupo de empresas, cualquiera que sea su sector de actividad o industria, su tamaño o composición accionarial, se desplaza a mayor velocidad hacia la frontera de la productividad, se mejorará la productividad individual; las empresas incrementarán su capacidad para competir, reforzando su ventaja competitiva y aumentará la productividad total de los factores del conjunto de la economía.

Por el contrario, los procesos de cartelización, reparto de mercado, fijación de precios entre competidores de forma coordinada y, en general, las restricciones que tienden a proteger posiciones de privilegio que no se fundamentan en la innovación y la orientación hacia el cliente y que dificultan la velocidad de desplazamiento de las empresas hacia la frontera, deben ser perseguidos con absoluta determinación.

Y, por último, el tercer objetivo en importancia debería ser limitar los precios y los márgenes evitando beneficios extraordinarios durante un período extenso que surgen, como consecuencia del ejercicio abusivo del poder de mercado. Sobre esta cuestión hay que realizar un estudio riguroso y detallado de las prácticas y estrategias empresariales que conducen a ello. No es lo mismo que los precios altos se deban a un abuso de posición de dominio, donde un monopolista poco innovador y poco orientado a la satisfacción de las necesidades de los consumidores, fija precios elevados amparado en la exclusividad de su oferta o la existencia de notables barreras a la entrada que protegen una situación de poder, que si los precios son altos, porque el producto es innovador y genera un valor sustancial para el consumidor.

Si los precios son altos y los beneficios son elevados, estas señales no son necesariamente malas cuando la empresa crea valor para el consumidor. Ya hemos visto que una empresa es innovadora cuando la brecha entre valor-coste es elevada, se crea mucho valor y, en consecuencia, es factible un excelente resultado económico en términos de beneficio para la empresa, con un amplio excedente

para el consumidor. Empresa y consumidores ganan cuando se produce un intercambio de productos innovadores.

Por tanto, la propuesta fundamental de este trabajo consiste en alterar el orden de los objetivos actuales de la política de defensa de la competencia española cambiando la importancia de los mismos. Nuestro trabajo considera que los objetivos centrales de la política de la competencia en España son adecuados, pero modula de forma distinta su relevancia e importancia. El crecimiento de la productividad como estándar para la política de la competencia sería muy favorable e interesante para una economía como la española que necesita, con urgencia, hacer la transición de una economía industrial tradicional a una economía mucho más avanzada e innovadora.

El análisis y los instrumentos a utilizar para la implementación de la política de competencia deben incorporar los modelos recientes desarrollados por la teoría económica de la innovación, así como reconocer los nuevos enfoques y conceptos de estrategia empresarial derivados del management.

Por ello, *el modelo de las cinco fuerzas competitivas* que ayuda a entender la complejidad de la competencia y sus distintas dimensiones en un sector *y el modelo del diamante* que permite reconocer la competencia en una región o país como punto de partida inicial para entender la competitividad de las empresas en mercados más globales, son instrumentos necesarios y útiles para incorporar en los estudios de casos que utilizan las autoridades de la competencia.

Además, hay que tener en cuenta las nuevas ideas sobre el papel de los recursos intangibles en la definición de la ventaja competitiva de las empresas y cómo se construye y se acumula un conjunto de estos recursos que por su propia naturaleza, son muy distintos a los tangibles. Los recursos intangibles como la información y conocimiento, tienen características similares a los bienes públicos. Se crean más que se compran, requieren de un esfuerzo permanente para su acumulación a largo plazo, necesitan de la confianza y la cooperación para que emerjan y resulten difíciles de imitar porque son idiosincráticos y están vinculados a una organización o a un conjunto determinado de activos específicos de una empresa particular.

Y, es necesario considerar los desafíos que las nuevas tecnologías digitales y las plataformas plantean y entender los efectos de red en la demanda, los efectos

de experiencia y aprendizaje y las externalidades que se generan en muchas actividades y sectores y que están cambiando la naturaleza y características del juego competitivo.

5.5. La política de la competencia y sus relaciones con otras políticas

El enfoque que proponemos resulta, a nuestro juicio, más coherente con los fundamentos esenciales del análisis económico y empresarial y permite ejercer una mayor compatibilidad y congruencia con otras iniciativas de política económica que se realizan para mejorar la situación de la economía española desde distintas intervenciones públicas.

En primer lugar, sitúa el debate y alinea los objetivos de la política de la competencia con la idea de mejora de la competitividad de la economía española y el cambio de modelo productivo. Sin duda, este cambio debe ser impulsado por las empresas pero la política pública no lo debe entorpecer sino que tiene que fomentar esa evolución hacia un nuevo equilibrio colectivo, al establecer unos adecuados incentivos y políticas para el cambio.

En segundo lugar, desplaza el foco desde una visión estática y tradicional de la competencia centrada en márgenes y beneficios modestos hacia otra más orientada a la innovación y la mejora de la productividad. La visión convencional observa la situación entre las empresas y los consumidores como un juego de suma cero: si los consumidores se benefician de precios bajos, las empresas deben obtener beneficios bajos.

Nuestra propuesta reconoce una nueva visión que insiste en que si la empresa es muy innovadora y crea mucho valor para el consumidor, este puede pagar un precio más elevado por la innovación y seguir teniendo un excedente alto. En este caso, la empresa obtiene también un excelente resultado económico y financiero como premio a su innovación. La visión dinámica considera que la función de demanda se desplaza como consecuencia de la innovación que realiza la empresa en forma de más diseño, calidad o servicios. La innovación también desplaza la frontera de la productividad. Y estos movimientos incrementan el bienestar colectivo.

El crecimiento de la productividad unifica la visión de consumidores y empresas. Se ofrece no como un juego de suma cero sino que presenta la interacción, entre consumidores y empresas, como un juego de suma positiva.

En tercer lugar, este enfoque permite entender mejor lo que está sucediendo en las industrias de alta tecnología. En estas industrias observamos la existencia de empresas muy grandes, muy innovadoras, con elevados beneficios que apuestan por la creación de nuevos productos y nuevos procesos. Sin duda hay riesgos de abuso, por tanto hay que estar alerta para reconocer si se está bloqueando la entrada de nuevos competidores o hay una innovación tecnológica que permite que nuevos operadores puedan presentar sus nuevas propuestas en el mercado.

En cuarto lugar, este enfoque alinea los objetivos de la política de la competencia con los desafíos a los que se enfrentan las empresas innovadoras en España. Ofrece una visión positiva de la competencia como una estrategia pública que ayuda a las organizaciones a mejorar y avanzar hacia la frontera o desplazar la frontera de la productividad. Este enfoque de defensa de la competencia, estimula a las empresas españolas a competir en un mundo cada vez más globalizado y no las limita ni las penaliza.

Y, en quinto lugar, esta propuesta orienta y alinea la política de la competencia con las exigencias que se plantean a la política industrial y regional en España. En este caso, se ven las tres políticas apuntando hacia la misma dirección aunque los instrumentos y herramientas de una y otras sean distintos. Hay una complementariedad, pero no conflicto, entre la política de la competencia, la política industrial y la política regional.

Las tres políticas comparten un objetivo común: impulsar la innovación para mejorar la productividad y el bienestar que es la base esencial de la prosperidad de una nación.

Bibliografía

Acemoglu, D.; Johnson, S. y Robinson, J. (2004): "Institutions as the fundamental cause of long-run growth", NBER Working Paper Series No. 10481, National Bureau of Economic Research Inc., Cambridge, MA, May.

Acemoglu, D. y Robinson, J. (2000): "Why Nations Fail". Random House, Nueva York.

Almunia, M. y López-Rodríguez D. (2012): "The efficiency costs of tax enforcement: Evidence from a panel of Spanish firms", Job Market Paper.

Andrés, J. y Doménech R. (2015): "En Busca de la Prosperidad: Los retos de la sociedad española en la economía global del siglo XXI". Ediciones Deusto.

Bloom, N.; Sadun, R. y Van Reenen, J. (2009): "The organization of firms across countries", NBER Working Paper Series. No. W15129, Cambridge, Mass. National Bureau of Economic Research. Available at http://www.nber.org/papers/w15129.

Bloom, N. y Van Reenen, J. (2010): "Why do management practices differ across countries" .Journal of Economic Perspectives, 24 (1).

Bloom N.; Sadun, R. y Van Reenen, J. (2012): "The organization of firms across countries". Quarterly Journal of Economics 107 (4).

Bloom, N.; Mahajan, A.; McKenzie, D. y Roberts J. (2010): "Why do firms in developing countries have low productivity?" American Economic Review, 100 (2).

Borrell, J.R. y otros (2015): "Análisis forense de los cárteles descubiertos en España". Papeles de Economía Española, nº 145.

Chandler, A.J. (1962): "Strategy and Structure". Cambridge MA. MIT Press.

Coase, R. (1937): "The nature of the firm". Economica, 4.

Consejo Nacional de la Competitividad (2015): Informe España 2018. Madrid.

CYD. Fundación Crecimiento y desarrollo (2017): "Informe CYD". Accesible en: https://www.fundacioncyd.org/publicaciones-cyd/informe-cyd-2017/

Dosi, G.; Marengo, L. y Pasquali, C. (2006): "How much should society fuel the greed of innovators? On the relations between appropriability, opportunities and rates of innovation". Research Policy, 35 (8).

Dosi, G.; Nelson, R.; Freeman, C.; Soete, L. y Silverberg, G. (EDS.) (1988): "Technical change and economic theory". Pinter, Londres.

Fernández de Guevara (2011): "La productividad sectorial en España. Una perspectiva micro". Informes Economía y Sociedad. Bilbao, Fundación BBVA.

Fundación BBVA (2017): "Acumulación y productividad del capital en España y sus comunidades autónomas en el siglo XXI". Serrano, Pérez, Más y Uriel (Dir.). Bilbao, Fundación BBVA.

Garcés Galdeano, L.; García, C. y Huerta, E. (2014): "El Tamaño de las Empresas y la Calidad del Recurso Empresarial" Ekonomiaz, nº 90, 2º semestre.

Garcés Galdeano, L. y Huerta, E. (2015): "La Empresa Española: Notas sobre sus dificultades para generar valor y empleo sostenible". Revista 3Conomi4, nº 10, segundo semestre.

García-Olaverri, C.; Huerta, E. y Larraza-Kintana, M. (2006): "Human and organizational capital: typologies and determinants in the Spanish firms". The International Journal of Human Resource Management, 17 (2).

Garicano, L.; Lelarge, C. y Van Reenen, J. (2016): "Firm Size Distortions and the Productivity Distribution: Evidence from France". American Economic Review. Vol. 106 (11).

Grant, R. (2015): "Contemporary Strategy Analysis". London, 6th ed., John Wiley & Sons Ltd. ISBN: 978-1-119-12084-1.

Greenwald y Stiglitz (2016): La creación de una Sociedad del Aprendizaje. Madrid, Ed. La esfera de los libros.

Huerta, E.; Bayo, A.; García-Olaverri, C. y Merino, J. (2003): "Los desafíos de la competitividad", Bilbao, Fundación BBVA.

Huerta E. y Salas Fumás, V. (2012): "La calidad del recurso empresarial en España: Indicios e implicaciones para la competitividad" Papeles de Economía Española, nº 132.

Huerta, E. y Salas, V. (2014): "Tamaño de las Empresas y Productividad de la Economía Española. Un Análisis Exploratorio", Mediterráneo Económico, 25.

Huerta, E. y Salas, V. (2017): Tamaño y Productividad. El Recurso olvidado de la Calidad de Dirección. Policy Brief nº 12. EuroPeG.

International Monetary Fund (2017): Varios Autores, Spain Report nº 17/24.

IVIE/Fundación BBVA (2014): "Crecimiento y Competitividad: Los Desafíos de un Desarrollo Inteligente". Madrid, Fundación BBVA.

IVIE/Fundación BBVA (2016): Crecimiento y Competitividad: los retos de la recuperación. F. Pérez (Director). Madrid, Fundación BBVA.

Johnson, G. y otros (2015): "Exploring Corporate Strategy: text & cases", Harlow, England, Pearson Education.

Kamien, M. y Schwartz, N. (1972) (1975): "Timing of Innovation and Rivalry". Econometrica, 40.

Osterman, P. (1994): "How common is workplace transformation and who adopts it?" Industrial and Labor Relations Review, 47.

Pérez, F. y Serrano, L. (2013): "Capital humano y formación de directivos: Situación española y estrategias de mejora", Economía Industrial, 387.

Pérez, F. y Hernández, L. (2013): "Educación, conocimientos y perfiles ocupacionales", in PIAAC: Programa Internacional para la Evaluación de las competencias de la población adulta. 2013. Volumen II: Análisis secundario. Madrid, Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEE).

Pisano, G.P. y Shih, W. (2012): Producing Prosperity: Why America Needs a Manufacturing Renaissance. Boston, MA: Harvard Business Review Press.

Porter, M.E. (1980): "Competitive strategy: techniques for analyzing industries and competitors", New York, The Free Press.

Porter, M.E. (1987): "From competitive advantage to corporate strategy", Harvard Business Review, may-june.

Porter, M.E. (1990): "The competitive advantage of nations", New York, The Free Press.

Porter, M.E. (1996): "What is strategy?" Harvard Business Review, 61.

Porter, M.E. (1998): "On competition", Boston: Harvard Business School Press.

Porter, M.E. (2001): "Strategy and the internet". Harvard Business Review, p.63 (March).

Porter, M.E. (2002): "Competition and antitrust: A productivity based approach" Draft version, Harvard Business School.

Pozueta, J. (2017): Intensidad de la competencia y grado de sofisticación en los negocios. Accesible en: https://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/28052/Pozueta%20Garcia%2c%20Jone%20TFG.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Roberts, J. (2004): "La Empresa Moderna", in Bosch, A (Ed.), Organización, estrategia y resultados, Barcelona. ISBN: 84-95348-21-7.

Salas, V. (1987): Economía de la Empresa: Decisiones y Organización, Ariel, Barcelona.

Salas, V. (1993): "Factores de Competitividad Empresarial. Consideraciones Generales". Papeles de Economía Española nº 56.

Schumpeter, J. (1943): "Capitalism, socialism and democracy" (2ª ed.).

Sebastián, C. y Serrano, G.R. (2012): "El entorno de la actividad empresarial en España. Un análisis comparado con la OCDE". Papeles de Economía Española, nº 132.

Servicio de Estudios BBVA (2017): El Futuro del sector Industrial y la Política Industrial. Presentación Ministerio de Economía y Competitividad, marzo.

Solow, R. (1957): "Technical change and the aggregate production function". Review of Economics and Statistics, 39, 312-20.

Solow, R. (1956): "A contribution to the theory of economic growth". Quarterly Journal of Economics, 70, 65-94.

Stiglitz, J.E. (1981): "Potential competition may reduce welfare". American Economic Review, 71 (2 mayo).

Stiglitz, J.E. (1986): "Theory of competition, incentives and risk", en Joseph E. Stiglitz y F. Mathewson (eds.), New developments in the analysis of market structure, MIT press, Cambridge, mass.

Stiglitz, J.E. (1994A): "Economics growth revisited", Industrial and Corporate Change, 3(1).

Stiglitz, J.E. (2001): "Towards a new paradigm for development: strategies, policies and processes", ninth Raul Prebisch lecture delivered at the Palais des Nations, Ginebra, 19 de octubre, 1998c, unctad. publicado como capítulo 2 en Ha-Joon Chang (ed.), The Rebel Within, Wimbledon Publishing, Londres, 57-93.

Stiglitz, J.E. (1999): "Knowledge as a global public good", en Inge Kaul, Isabelle Grunberg y Marc A. Stern (eds.), Global Publics Goods: International Cooperation in the 21st century, United Nations Development Programme, Oxford University Press, Nueva York, 308-325.

Stiglitz, J.E. (2002): "Information and the change in the paradigm in economics", discurso tras recibir el Premio Nobel, American Economic Review, 92.

The Global Competitiveness Report: "2014/2015/2016 y 2017": Geneva: World Economic Forum.

Williamson, O. (1985): The Economic Institutions of Capitalism, New York, Free Press.

ANEXO

Tabla 1. Empresas que realizan acciones para informar a los operarios del funcionamiento de la planta

	Empresa española	Multinacional	No multinacional
Sistemas de sugerencias individuales	56,2%	66,1%	51,3%
Grupos de mejora	43,8%	55,6%	37,5%
Encuestas de satisfacción a los empleados	42,0%	58,9%	34,2%
Reuniones periódicas para informar	69,6%	84,7%	61,5%
Jornadas de puertas abiertas	22,7%	37,1%	15,3%

Fuente: La Empresa Española: Notas para generar valor y empleo, 2015.

Tabla 2. Tendencia en el número de niveles jerárquicos

	Empresa española
Ha disminuido el número de niveles jerárquicos	11,3%
Se mantiene el número de niveles jerárquicos	70,6%
Ha aumentado el número de niveles jerárquicos	18,1%

Fuente: La Empresa Española: Notas para generar valor y empleo, 2015.

Tabla 3. Indicadores de gestión de los Recursos Humanos

	Empresa española	Multina-cional	No multi-nacional	Grande	Mediana	Pequeña
Horas de formación	17,3	17,2	17,3	21,3	27,0	15,0
Trabajadores que reciben incentivos	62,8%	68,9%	60,0%	70,0%	55,6%	57,5%

Fuente: La Empresa Española: Notas para generar valor y empleo, 2015.

Tabla 4. Sistemas de incentivos y su peso en la remuneración
(Referido exclusivamente al conjunto de empresas que ofertan incentivos)

	Empresa española	Multinacional	No multinacional	Grande	Mediana	Pequeña
Incentivos por productividad	79,6%	71,6%	82,7%	92,9%	78,4%	78,4%
Incentivos por calidad	19,6%	23,9%	17,9%	50,0%	20,3%	16,5%
Incentivos por resultados	14,2%	22,4%	10,9%	14,3%	16,2%	13,6%
Peso de los incentivos en la remuneración	13,5%	12,4%	13,9%	13,6%	12,2%	13,7%

Fuente: La Empresa Española: Notas para generar valor y empleo, 2015.

Tabla 5. Complejidad del puesto de trabajo

	Muy baja, baja	Normal	Muy alta, alta
Cualificación requerida a los operarios para desempeñar el puesto de trabajo	20,3%	61,6%	18,1%
Tiempo que necesitan los operarios (con nivel de estudios adecuado) para aprender a realizar su trabajo como un trabajador experimentado (*)	36,0%	44,7%	19,3%
Autonomía del operario para decidir la ejecución de tareas asignadas (cuándo, cómo, secuencia, etc.).	39,9%	53,1%	7,0%

(*) Las respuestas a esta cuestión se refieren a las categorías: menos de un mes; entre un mes y seis meses; más de seis meses, que equiparamos a Muy baja/baja; Normal; Muy alta/alta respectivamente.

Fuente: La Empresa Española: Notas para generar valor y empleo, 2015.

Tabla 6. Organización del trabajo: rotación de tareas

	Empresa española
Se rota muy poco o nunca	**8,6%**
Se rota con alguna frecuencia (en la misma sección)	**82,5%**
Se cambia de puesto e incluso de sección	**8,9%**

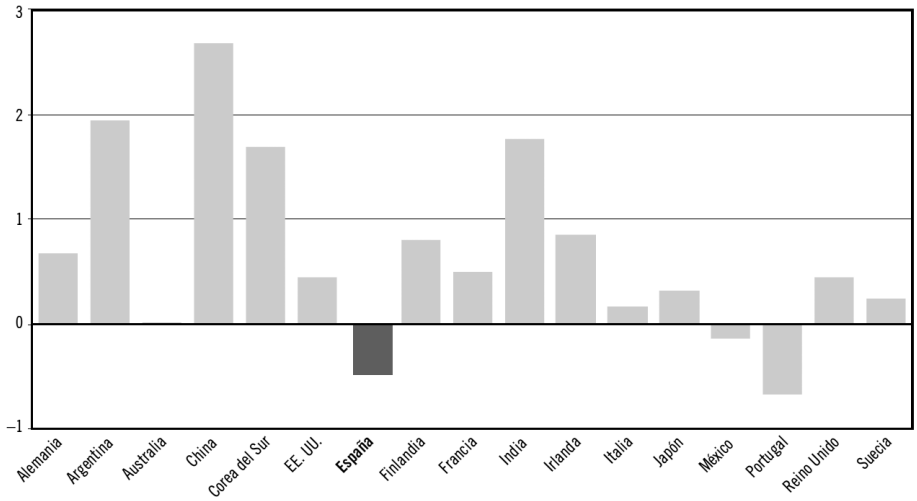
Fuente: La Empresa Española: Notas para generar valor y empleo, 2015.

Tabla 7. Organización del trabajo: equipos de trabajo

	Empresa española	Multinacional	No multinacional
No tienen equipos de trabajo	60,8%	56,4%	63,3%
Participan menos del 15% de los trabajadores	21,5%	24,2%	20,0%
Participan entre el 15% y el 40% de los trabajadores	9,5%	9,7%	9,5%
Participan más del 40% de los trabajadores	8,2%	9,7%	7,2%

Fuente: La Empresa Española: Notas para generar valor y empleo, 2015.

Gráfico 4. Tasa media anual de crecimiento de la PTF (1985-2012)



Fuente: IVIE/Fundación BBVA, 2017.

Capítulo 3
CONTROL DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: VIRTUDES Y LÍMITES. EL CASO DE LOS PODERES DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN

Andrés Betancor
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Pompeu Fabra

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar el régimen jurídico de los poderes en manos de la autoridad de defensa de la competencia (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en adelante CNMC) y, en particular, el control que soporta su ejercicio, singularmente, el judicial. Esta elección conduce a ciertas exclusiones. La autoridad de defensa de la competencia reúne tanto funciones relativas a la investigación y castigo de ciertas conductas prohibidas, como otras relativas a las concentraciones económicas (autorización) y a las ayudas públicas (análisis desde el punto de vista de su incidencia sobre la competencia). En este trabajo me voy a centrar en aquellas primeras. No voy a considerar estas dos últimas.

El estudio que se expone, por lo tanto, se centra en las dos potestades más relevantes al servicio de la función de defensa de la competencia: (1) la de investigar la posible práctica de conductas prohibidas (colusión y abuso de posición de dominio); y (2) la de castigar tales conductas. Ese estudio asume una perspectiva comprometida: la del control y, en particular, el judicial.

La pregunta que me formulo es la siguiente: ¿cómo la ley habilita y cómo los jueces controlan los poderes indicados en manos de la autoridad de defensa de la competencia? Esta pregunta es singularmente pertinente por dos razones: la primera por la importancia formal y material de los poderes y, la segunda, por el ámbito sobre el que se proyectan. Y, para reforzar aún más la pertinencia, es imprescindible reparar en el cómo las potestades son habilitadas por la ley. El margen de apreciación, la discrecionalidad o la libertad que la ley reconoce a la

Administración en orden a su ejercicio, crea un argumento añadido a los demás: poderes poderosos sobre ámbitos importantes y que dispensan a aquel que los ejerce un margen importante de apreciación, precisan un control adecuado, necesario y proporcionado. El juego poder y control se hace aún más imprescindible.

Estas razones conducen a otra relevante: el sujeto al que se le atribuyen los poderes: la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Se trata de una autoridad administrativa independiente, de las del artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Una entidad de Derecho Público vinculada a la Administración General del Estado, con funciones de supervisión, en nuestro caso, para la defensa de la competencia, que tiene en la independencia su rasgo más sobresaliente. En resumen, poderes poderosos sobre ámbitos importantes con margen de apreciación relevante y, además, en manos de autoridades independientes. El cuadro refuerza considerablemente la importancia del control.

Un prejuicio ideológico, a favor de lo público, destaca la importancia de las potestades para garantizar la efectividad de la competencia en el mercado, como si una ínsita malignidad de las fuerzas del mercado hiciese necesaria la intervención de la Administración, cuya bondad, igualmente, ínsita, fuese consustancial. Este cuadro simplista, no se ajusta a la realidad. Son tan importantes las potestades como los controles. Las unas sin los otros, conducen a la arbitrariedad.

Así pues, en este trabajo (1) se analizarán las potestades de investigación y de sanción en manos de la autoridad de defensa de la competencia, en relación (2) con los controles que la ley articula, en particular, el judicial, para (3) contribuir a una visión que aliente el imprescindible equilibrio entre unas y otros que garantice la adecuada protección de los derechos y libertades de todos los sujetos implicados, no solo las empresas, sino, en particular, los ciudadanos. Estos son, en todo caso, los más perjudicados por la arbitrariedad administrativa o judicial, es indiferente.

En el desarrollo de esta investigación he adoptado varias elecciones metodológicas que es necesario exponer y explicar desde el momento inicial. En **primer lugar**, he renunciado a la exposición sistemática del Derecho de la defensa de la competencia. Esto se traduce en la renuncia al estudio de todas las potestades, las conductas prohibidas y las infracciones. He seleccionado potestades (investigación y sanción) y conductas prohibidas/infracciones (colusión y abuso). Esta elección obedece a que pretendo analizar el cómo operan ciertas potestades en

mano de la autoridad de defensa de la competencia y el control al que están sometidas.

En **segundo lugar**, he elegido seguir una secuencia de análisis dirigida a mostrar el cómo se ordenan las potestades y cómo se controlan. Ahora bien, considero que la secuencia debe mostrar el margen de apreciación habilitado por la ley y, una vez mostrado, el cómo opera el control judicial. He renunciado, por lo tanto, a la exposición unitaria del régimen jurídico de las potestades de investigación y de sanción. He considerado que es imprescindible mostrar el margen que la ley reconoce a la Administración, en ámbitos tradicionalmente calificados como reglados para solo, posteriormente, mostrar el cómo operan los jueces en orden a dispensar el control.

Y, en **tercer lugar**, la última elección es más compleja. Me he decantado por el estudio de las fuentes primarias (normas y sentencias) que las secundarias (autores). Puede parecer evidente, pero no es tan evidente. Entre los académicos, sorprendentemente, es muy frecuente construir el relato siguiendo el decurso argumentativo de otros académicos, situando en segundo plano o muy en segundo plano, lo que dicen las fuentes primarias. Este relato, con ser necesario, tiende a generar ciertos perjuicios que oscurecen el análisis de las fuentes primarias. He preferido seguir otro camino. No quiero decir que sea mejor o peor, pero es distinto y, además, el que considero que puede arrojar más y mejor luz en orden a alcanzar el resultado pretendido.

En definitiva, se puede afirmar, así lo hago, que este trabajo no lo es sobre el Derecho de la defensa de la competencia; lo es sobre el poder y su control en el escenario del Derecho de la defensa de la competencia. Este es un escenario, importante, pero escenario. Me interesa mostrar las dificultades del control del poder, además, extraordinario, cuando está en manos de una autoridad independiente que disfruta, por habilitación de la ley, de un amplio margen de apreciación.

1. MARCO GENERAL E INTRODUCTORIO

Todo poder necesita ser controlado. Hablar de necesidad en el mundo de las relaciones sociales es, inicialmente, sorprendente. Es el mundo de la libertad; la necesidad, como si de una ley de la física se tratase, no es posible. Es la conveniencia que resulta de una regla. De una regla, inicialmente, política, que se ha juridificado en el seno de una forma de Estado, el denominado Estado de Derecho.

El Estado de Derecho responde a una máxima central: el poder del Estado, el Estado, debe ser sometido al Derecho, para garantizar los derechos y las libertades de los ciudadanos. Esa regla sería pura retórica si no se erigiese, en el seno de dicho Estado, un poder, independiente y sometido, en exclusiva a la ley (imperio de la ley), el poder judicial, que, como expresa la Constitución, tuviese como tarea el "control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican" (art. 106.1).

No cualquier Derecho. Aquí está la primera diferencia. Ciertamente, durante el Absolutismo, al margen de la imagen deformada que nos transmitieron los revolucionarios para justificar sus procesos de transformación, el poder estatal también estaba sometido a reglas. Pero eran las reglas que, en última instancia, tenían el soporte de la voluntad del monarca; la misma voluntad que, si quería, podía desentenderse de ellas.

En el Estado de Derecho, en su versión continental, la primera diferencia, como digo, es la extracción o procedencia de ese Derecho: de los representantes del pueblo. Más adelante, según avanza la historia, se exigirá que esos representantes sean elegidos en elecciones periódicas en las que todos los ciudadanos tienen derecho de voto y a las que puedan concurrir todos los partidos; sometidas a un régimen jurídico (electoral) que garantiza la igualdad en la disputa, así como la existencia de un árbitro electoral que garantice la igualdad y el respeto a las reglas. Una democracia representativa es el desiderátum central del Estado de Derecho que, precisamente, añade el carácter democrático a su caracterización: Estado democrático de Derecho. Asume que el "demos" es, en última instancia, la fuente de la legitimidad de las normas.

Las normas surgidas de la democracia representativa son las que pueden sujetar al poder, al Estado. Y lo pueden hacer con la legitimidad de haber surgido, en última instancia, de la voluntad del pueblo, o sea, del conjunto de ciudadanos libres e iguales que conforman la nación y, en tanto que tal, titular de la soberanía.

No es arbitrario que hablemos de soberanía popular y de soberanía nacional. Inicialmente, con pretensiones de establecer una diferencia entre una y otra; incluso, con indudables significados políticos e ideológicos. Es un debate superado. En la Constitución española se dispone que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado" (art. 1.2). Una síntesis entre los dos postulados. La síntesis de que la nación no es distinta al pueblo y que el pueblo no es distinto al conjunto de los ciudadanos libres e iguales.

Ese pueblo, esa nación, esos ciudadanos eligen a sus representantes que son los que aprueban las leyes a las que quedan sujetos todos los poderes del Estado. Es ilustrativo cómo lo establece la Constitución, como muchas otras. Utiliza la palabra "sometimiento" para referirse a la vinculación del Ejecutivo y del Judicial a la ley. Son poderes sometidos. Y así lo están por la superior legitimidad de la voluntad expresada en la ley como consecuencia de que es la expresión de la voluntad del titular de la soberanía nacional/popular, el pueblo/nación/ciudadanos.

En el caso del Legislativo, la soberanía admite restricciones; no es lo que era. Está sometida a límites tanto internos como externos. Estos son los más actuales. Por un lado, la globalización y los tratados en los que, en algunos casos, se concreta. Y por otro, la pertenencia de España a la Unión Europea, ha supuesto la cesión de soberanía. La Unión, al ejercer esa soberanía cedida, en el ámbito de las competencias atribuidas mediante el correspondiente tratado, tiene preeminencia respecto de lo que el Estado pueda decidir. Esta cesión es particularmente intensa, en lo que ahora nos interesa, en el ámbito de la regulación de los mercados en orden a la creación y garantía de un verdadero mercado interior de la Unión, un mercado europeo.

Hay otro límite interior, más tradicional. La auto-limitación; la que la propia soberanía se impone por obra de la Constitución. Esta establece unas determinaciones garantistas particularmente relevantes en lo que nos concierne. La garantía de la libertad de empresa, en el contexto de una económica de mercado (art. 38 CE). Sin olvidar, la unidad del mercado nacional.

Así pues, el poder, el Estado soporta limitaciones tanto externas como internas. La garantía de la efectividad de dichas limitaciones se atribuye a instituciones de control tanto externas (caso del Tribunal de Justicia de la Unión) como interna (Tribunal Constitucional y los tribunales del poder judicial).

Libertades

El poder soporta limitaciones y controles dirigidos a garantizar la efectividad de aquellas. Es el papel de la ley y de los tribunales, respectivamente.

A veces perdemos de vista que lo expuesto no es más que un medio, un instrumento. Los juristas acabamos enfrascados en las cuestiones mediales, las instrumentales, que elevamos a lo esencial, lo que nos conduce a la insignificancia social. Los medios acaban confundidos con los fines. La sujeción a reglas, cuya

eficacia queda en manos de tribunales, es un medio al servicio de la garantía de los derechos y libertades.

En el ámbito que nos interesa hay libertades muy relevantes, en particular, la libertad de empresa. No solo en su dimensión individual o subjetiva, sino en la institucional. La libertad como pieza que tiene sentido en un contexto determinado como en el de la economía de mercado. No puede haber libertad de empresa sin mercado; tanto como que no puede haber mercado sin libertad de empresa. Un mercado que, para que sea el marco institucional de la libertad de empresa, ha de reunir ciertos requisitos. El más relevante es el de la competencia. Competencia quiere decir que los que participan en el mercado reúnen una cualidad esencial: la igualdad ante la ley; para las reglas que regulan el mercado, los competidores son iguales. No disfrutan de privilegio alguno. La igualdad, en Derecho, entre los competidores. Y otra característica institucional: la prohibición de que se compita utilizando medios abusivos. Igualdad ante la ley y prohibición de los abusos ilegales. Las condiciones para que los partícipes puedan competir y producir un resultado que es el protegido por las reglas: eficiencia en la asignación de los recursos.

No hay mercado sin reglas

No hay mercado sin reglas. Y cuanto más complejo sea el mercado, más reglas. Unas reglas de muy distintos tipo y finalidad. En términos generales, se dirigen a proteger aquello que se considera como de interés público. Ese interés se puede proyectar sobre distintos objetos.

Unas reglas son estructurales del mercado, caso de las que reconocen y organizan a los partícipes (empresas), así como la contratación, tales como el Código de Comercio, leyes de sociedades de capital, mercado de valores, condiciones generales de la contratación, contrato de seguro, ley concursal, etc. Y otras son funcionales. Son las que regulan el cómo operan los partícipes en ciertos mercados en atención a sus resultados valorados según parámetros de interés público.

En el ámbito funcional, podemos encontrar, por un lado, las reglas de regulación de los mercados y, por otro, las de defensa de la competencia. Las primeras configuran ciertos mercados en los que se aprecian unos desfallecimientos estructurales que los alejan del óptimo. En cambio, las de defensa pretenden garantizar que los partícipes no incurren en conductas prohibidas por la lesión al interés público de la libre competencia. Aquellas son invasivas, tanto como lo

exija el desfallecimiento estructural. Mientras que las otras son de garantía, o sea, de control y de aseguramiento del respeto de las reglas frente a los abusos. Las primeras son estructurales, las segundas, de comportamiento. Ahora, nos interesan las de defensa de la competencia. Reglas y garante.

La Ley de Defensa de la Competencia tiene dos contenidos esenciales. Por un lado, la tipificación de prohibiciones y, asociadas a ellas, la de las infracciones que llevan sindicadas unas sanciones. Y, por otro, un dispositivo institucional para su aseguramiento, esto quiere decir, apreciación de la comisión de las prohibiciones/sanciones; y administración de los castigos.

Derecho de la Unión Europea: reglas del mercado

Las reglas del mercado son, hoy, entre nosotros, reglas europeas. La Unión Europea se asienta sobre unos valores comunes de respeto a la dignidad, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos (art. 2 del TUE), que son la base para que la Unión pueda "ofrecer" a sus ciudadanos un "espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores" (art. 3.2 del TUE), así como "establecer" un "mercado interior" (art. 3.3 del TUE) y "obrar" en favor del "desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente" (art. 3.3 del TUE).

Para "establecer" el mercado interior y "obrar" en favor del desarrollo sostenible basado "en una economía social de mercado altamente competitiva", resulta imprescindible que la Unión pueda "adopta[r] las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento" (art. 26 del TFUE). Entre las medidas que establecen los Tratados se encuentra, por un lado, la prohibición de los acuerdos entre empresas y las "prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior" (art. 101 del TFUE) y, por otro, la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado interior o en una parte del mismo por parte de empresas (art. 102 del TFUE).

Por lo tanto, son los Tratados, en particular, el TFUE, el que opera como legislación de defensa de la competencia, así como establece que es la Comisión Euro-

pea la que actúa como el dispositivo institucional encargado de velar por el cumplimiento de las prohibiciones establecidas, y del resto de las disposiciones legales.

Las autoridades nacionales de la competencia deben aplicar el Derecho de la Unión, en particular, por lo que ahora nos interesa, las prohibiciones indicadas (arts. 101 y 102 del TFUE). Una aplicación en paralelo o coordinada con el Derecho nacional. El reparto funcional o competencial con la Comisión está regulado por el Reglamento (CE) 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 [en la actualidad son los artículos 101 y 102 del TFUE]. El artículo 3 dispone que las autoridades nacionales deberán aplicar tanto el Derecho de la Unión como el Derecho nacional, respetando, lógicamente, la primacía de aquel, a las decisiones, acuerdos o prácticas de empresas y asociaciones contrarias a las prohibiciones cuando pueda haber afectación al comercio entre los Estados. Sin embargo, en tal caso, la Comisión podría acordar, de así apreciarlo, la incoación de un procedimiento lo que provocaría, conforme al artículo 11.6 del citado Reglamento, la "privación" de la competencia de las autoridades nacionales.

Hay una aplicación coordinada del Derecho nacional y del Derecho europeo de la competencia. En consecuencia, se puede hablar de una "red europea de autoridades de competencia" en la que están presentes tanto las autoridades nacionales como la europea (Comisión). La consecuencia es la reciente Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado.

El objetivo es asegurar la aplicación "eficaz" de los artículos 101 y 102 del TFUE en toda la Unión para "garantizar que no se falsee la competencia en el mercado interior". A tal fin, la Directiva considera que es imprescindible "establece[r] determinadas normas para garantizar que las autoridades nacionales de competencia dispongan de las garantías de independencia, recursos y competencias de aplicación e imposición de multas, necesarias para poder aplicar efectivamente los artículos 101 y 102 del TFUE, de modo que no se falsee la competencia en el mercado interior y que los consumidores y las empresas no se vean perjudicados por el Derecho y las medidas nacionales que impiden la aplicación eficaz de las normas por parte de las autoridades nacionales de competencia" (art. 1).

Solo puede haber una aplicación eficaz y, además, uniforme, del Derecho de la Unión si la autoridad encargada de hacerlo reúne unas condiciones determinadas asociadas a su independencia, los recursos, las competencias, las multas, la clemencia y la prescripción. En consecuencia, como se afirma en el considerando 8, "para garantizar un verdadero espacio común de aplicación de la normativa de competencia en la Unión que ofrezca unas condiciones de competencia más equitativas a las empresas que operan en el mercado interior y reduzca la desigualdad de condiciones de los consumidores, es necesario establecer unas garantías básicas de independencia, unos recursos financieros, humanos, técnicos y tecnológicos adecuados, así como unas competencias mínimas de aplicación e imposición de multas al aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE y al aplicar el Derecho nacional de la competencia en paralelo a dichos artículos, de modo que las autoridades administrativas nacionales de competencia puedan ser plenamente eficaces".

La Directiva se basa en dos ideas centrales a nuestros efectos: 1) la existencia de una "red de autoridades públicas que aplican las normas de competencia de la Unión", lo que denomina la Directiva como "red europea de la competencia", en la que se integran tanto las autoridades nacionales (ANC) como la Comisión; y 2) la presencia de un "espacio común de aplicación de la normativa de competencia en la Unión". Estas dos ideas alumbran y sostienen la exigencia de que todas aquellas autoridades disfruten de un estatuto común básico para garantizar que, en el espacio común de aplicación de la normativa de competencia, se aplica de manera eficaz y, también, uniforme. En definitiva, la "implantación de garantías fundamentales que aseguren que las ANC apliquen de manera uniforme y eficaz los artículos 101 y 102 del TFUE" (Cdo. 10).

Los Estados pueden "mantener o introducir garantías de independencia y recursos más amplios para las autoridades administrativas nacionales de competencia y normas más detalladas sobre las facultades de aplicación e imposición de multas de las ANC. En particular,... deben poder conferir a las ANC facultades adicionales que superen el conjunto básico previsto en la presente Directiva a fin de aumentar su eficacia" (Cdo. 10).

En el caso español, la incorporación a nuestro Derecho no supondrá modificaciones relevantes. Muchas de las "garantías fundamentales" ya están incluidas en nuestra legislación. Otras disposiciones deberán incluirse o modificar la legislación existente. El plazo de incorporación finaliza el 4 de febrero de 2021.

No obstante, es importante señalar el contraste entre las exigencias básicas del Derecho de la Unión y las contenidas en nuestra legislación.

Autoridad de defensa de la competencia: independencia

El dispositivo institucional de aplicación del Derecho de la competencia tiene como rasgo sobresaliente la independencia. Se trata de una autoridad administrativa independiente, como se denomina en el Derecho español[1]. Es una Administración pero que disfruta de independencia. Es una configuración institucional ciertamente anómala. ¿Cómo es posible una autoridad administrativa que está "sometida" a la ley, como he comentado, y la misma ley que la crea dice que es independiente? Es más, se podría poner en cuestión su constitucionalidad porque la Constitución no admite excepciones al estatuto que asigna a la Administración. El Gobierno y la Administración están sometidos a la ley (art. 103 CE) y, aún más, la Administración está dirigida por el Gobierno, como dispone el artículo 97 CE. ¿Cómo es posible independencia y sometimiento a la ley, al mismo tiempo que bajo la dirección del Gobierno? Es la gran pregunta que arroja dudas sobre la configuración institucional de estas autoridades.

Esas dudas son las que presionan en dos sentidos, por un lado, reducir la creación de estas figuras a supuestos muy excepcionales en los que se den ciertas circunstancias, como expondré en relación con la defensa de la competencia; en líneas generales, la tensión entre intereses privados y públicos, así como entre estos. Y por otro, aquilatar en qué se concreta la independencia, para mantener ciertos "lazos" con el Gobierno, para evitar que se pueda considerar que la autoridad disfruta de una situación estructural y funcional que la coloca al margen del Estado. No son un Estado dentro del Estado.

No hay una "necesidad" de independizar ciertas autoridades. Es una exigencia política, aún cuando se disfrace de económica. No hay ningún argumento de Derecho que establezca que la función de regulación, además, en ciertos sectores (energía, telecomunicaciones, pero también banca o mercado de valores, entre otros), y la de defensa de la competencia, han de estar en manos de una autoridad administrativa independiente.

---

[1] Artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

He defendido en mis libros la existencia de argumentos que sirven de apoyatura a tal independencia[2]. Me tengo que explicar. No hay ningún argumento que "imponga", como si de una necesidad se tratase, la independencia. En cambio, sí que hay argumentos que la hace aconsejable.

Es aconsejable en virtud de razones de eficacia en la gestión de los asuntos públicos. En ciertos sectores, como los enumerados, el peso del interés público es tan sobresaliente como necesario que sea defendido, gestionado o regulado de una manera técnica o profesional. Son sectores que requieren que el ejercicio de las potestades administrativas obedezca exclusivamente a razones técnicas. Por qué el transporte de energía cuenta con una autoridad independiente, pero no así, el del agua; por qué el mercado de las telecomunicaciones, pero no el de la contratación pública; y podríamos seguir enumerando más supuestos. La elección del sector responde a razones políticas, bañadas en económicas y técnicas. Debería racionalizarse siguiendo una directriz: cuando la maximización del interés público exige neutralizar el ejercicio de las potestades administrativas frente a las exigencias de la política, en particular, a corto plazo. En consecuencia, la urgencia de la política podría provocar una distorsión (efecto negativo) que alejaría la ordenación, en sentido amplio, del sector del óptimo, entendido como funcionamiento eficiente del mercado.

La cuestión esencial de la independencia no es, como aparentemente podría plantearse, que la autoridad deje de estar sometida a la dirección del Gobierno. La cuestión esencial es que se quiere evitar que la directriz política, asociada a esta dirección, introduzca un factor de "contaminación" que aleje la función pública de ordenación, en sentido amplio, de un sector determinado, del objetivo de interés general perseguido.

La independencia es una solución organizativa para alcanzar un resultado funcional: que la función pública no esté contaminada políticamente. Es simplista pensar que el servicio al interés general (art. 103.1 CE) se puede realizar de una única manera.

En ciertos sectores o ámbitos de actuación, la directriz política actuaría como un obstáculo a la ordenación eficiente del sector. No se trata de dejar de servir al interés general. Se trata de garantizar que dicho servicio es conforme

---

[2] Así, en Betancor, 2014.

a razones técnicas: (1) análisis técnico del sector y (2) elección, en virtud, también, de razones técnicas, de los medios o medidas a adoptar para alcanzar el objetivo de interés general, pero sin perturbar, más allá de lo razonable, el funcionamiento eficiente del mismo o, con el mínimo coste posible. En definitiva, se independiza la autoridad de regulación y de defensa de la competencia para garantizar que la función pública se despliega conforme a criterios técnicos, no políticos.

Igualmente, se independizan los jueces para que nada les distraiga de la función que se les asigna (tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos), siempre con sometimiento a la ley. A las autoridades de regulación y las de defensa de la competencia les sucede, *mutatis mutandi*, lo mismo: se les independiza para que puedan desarrollar, sin perturbación alguna, las funciones de regulación y de defensa de la competencia que se les asigna, siempre, como es lógico, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

La Constitución establece un asidero a esta argumentación. La Administración, dispone el artículo 103.1 CE, "sirve con objetividad los intereses generales". Ahora bien, ese servicio objetivo quiere decir que la Administración no tiene un interés propio y, aún menos, distinto al interés general. Servicio objetivo quiere decir que la Administración solo sirve al interés general. Ahora bien, en ciertos sectores, ese servicio, sin interés, al interés general, se ha de reforzar mediante la independización.

Se plantea otra cuestión, al hilo de la reflexión expuesta: ¿qué se entiende por independencia? El legislador cuando instituye estas autoridades siempre utiliza una fórmula más o menos parecida que viene a decir que sus órganos y personal, en particular, presidente y consejeros, ni solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

Una fórmula que se refuerza con una disposición organizativa que es singularmente práctica: no se admite la remoción del cargo. Existe una relación tasada de causas en atención a las que la remoción podría proceder. Son causas que tienen un carácter objetivo, que no dependen de la voluntad de nadie, salvo la del titular del cargo (renuncia). Con una única excepción: la separación acordada por el Gobierno pero que, a su vez, exige una causalización en los términos establecidos en la ley (incumplimiento grave de los deberes del cargo o incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva). En estos casos, la objetivización viene de la mano de la exigen-

cia de su acreditación en el correspondiente expediente. Se abriría la posibilidad del recurso ante los tribunales.

En definitiva, nos encontramos ante una suerte de prohibición práctica y efectiva de la remoción por decisión del Gobierno. Es una solución muy práctica, como digo, de garantía de la independencia. Permitiría a los que ocupan cargos directivos dentro de las autoridades, poder resistir a cualquier presión, por parte de aquel que quiere resistir las presiones; si no se es independiente porque ya está contaminado, de nada valen los mecanismos que les ofrece la ley. Su mandato no queda a la libertad del Gobierno. Está sujeto al transcurso del plazo de nombramiento de seis años, usualmente, sin posibilidad de reelección.

La independencia viene a ser la solución organizativa para preservar que el ejercicio de la función responda exclusivamente a criterios técnicos, los que se necesitan, tanto para conocer el sector como para adoptar la decisión regulatoria que las circunstancias precisan. A la independencia expuesta se la denomina "independencia funcional" en tanto que referida al ejercicio de las funciones que la autoridad dispone.

En cambio, se proclama la autonomía organizativa. En este caso, se mueve en el plano de los medios; de la organización. Quiere decir que los medios de los que se sirve la autoridad para desplegar su función no son independientes del Gobierno. Son medios suministrados o facilitados por el Estado. En última instancia, sus ingresos y gastos se integran en los presupuestos generales del Estado, como sucede con los demás entes del Estado. Por lo tanto, su gestión, está sometida a la legalidad presupuestaria y al control económico-financiero correspondiente.

En lo que ahora nos interesa, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia cumple con las ideas y características expuestas.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La Comisión fue instituida por la Ley 3/2013, de 4 de diciembre. Su principal originalidad, única en el mundo (salvo en Holanda), es que concentra las funciones de regulación en ciertos sectores (comunicaciones electrónicas, energía eléctrica y gas natural por canalización, comunicaciones postales, ferrocarri-

les, comunicaciones audiovisuales y tasas aeroportuarias) con las de defensa de la competencia.

Su función, en términos generales, queda establecida en el artículo 1.2 en los siguientes términos: "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene 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, en beneficio de los consumidores y usuarios".

El desiderátum es el correcto funcionamiento, transparencia y competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. Es el objetivo que la Comisión ha de alcanzar sirviéndose de sus funciones de regulación y de defensa de la competencia: regulando actividades, sectores o mercados para alcanzar el fin indicado o garantizando que la competencia es la adecuada desde la perspectiva del mercado eficiente.

Para alcanzar ese objetivo, la ley configura organizativamente a la Comisión. Por un lado, el artículo 2 establece que "la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial". Y, por otro, el artículo 3, que "actuará, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial"; en consecuencia, "en el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada".

Funciones. Intensidad. Poderes poderosísimos

La independencia, como digo, es la condición institucional para que ciertas autoridades, como la Comisión, puedan desplegar sus funciones de regulación y de defensa de la competencia. Unas funciones poderosísimas por tres cuestiones: (1) por la intensidad de los poderes, en sí mismos considerados; (2) por el

sector o mercado sobre los que se proyectan; y (3) por los términos en los que tales poderes son habilitados.

Intensidad formal y material

La intensidad de los poderes se puede medir por dos variables: la formal y la material. En el plano *formal*, estas autoridades disponen del elenco de potestades propias de las Administraciones, incluida la reglamentaria: desde la potestad de aprobar normas de ordenación de un sector, hasta el dictado de resoluciones; pero la potestad más relevante, en sentido práctico, es la sancionadora. La posibilidad de castigar las conductas contrarias a la ordenación del sector. En el caso de las autoridades de defensa de la competencia, esta potestad es particularmente importante. Y asociada con la misma nos encontramos con otra relevante: los poderes de investigación. Estos poderes incluyen desde el requerimiento de información, hasta las inspecciones.

El requerimiento de información permite conocer qué es lo que hace cualquier operador: todo lo que hace, cómo lo hace y para qué lo hace; sobre lo que puede ser intimado por la autoridad para su pleno conocimiento. Nada se le puede negar. Hay límites, como todo, a los que me referiré más adelante.

La inspección es la que les permite a estas autoridades personarse en los locales, establecimientos, instalaciones y domicilios para recabar la información; para obtenerla. A tal fin, pueden acceder a estos lugares, pueden examinar, copiar y requisar documentación, e, incluso, precintar medios, pasando por interrogar al personal. En definitiva, se trata de obtener la información por los propios medios de la autoridad.

El conflicto con los derechos y libertades es notable. Se precisa del consentimiento o de la autorización judicial para el acceso. Incluso, la orden de inspección deberá indicar qué es lo que se busca, para qué, y por qué se lleva a cabo la inspección, de qué aparece inicialmente responsable la empresa afectada. Unas garantías imprescindibles para que el interesado pueda ejercer sus derechos, en particular, el de oposición.

Las garantías son la exigencia de la autorización judicial para acceder en caso de oposición, la de la motivación de la orden de inspección, la prohibición del acceso a la información relativa a la relación entre abogado y cliente y la protección de la información confidencial.

Intensidad para proyectarse sobre las libertades de los actores en el sector correspondiente

La intensidad de los poderes en manos de estas autoridades se refiere a la capacidad para incidir en todos los ámbitos de un sector o mercado correspondiente. Esto es particularmente notable en el caso de los entes o autoridades de regulación. Hay ámbitos, como el de la energía, en el que el papel del ente de regulación es más residual, frente a los poderes en manos del Gobierno. En cambio, en otros, como el de las comunicaciones electrónicas, su capacidad de incidencia es mayor. Comprende desde las tarifas, la garantía del servicio público universal, pasando por las interconexiones, la resolución de conflictos entre operadores, y demás. En el caso de las autoridades de defensa de la competencia, su función de protección de la competencia no encuentra límites. No hay mercado en el que no pueda desplegar su función.

En definitiva, hablamos de la intensidad con la que las potestades pueden afectar a las libertades de los operadores. Son poderes invasivos, aunque no son homogéneos porque varían por sectores. Por lo tanto, por la intensidad formal de los poderes y por el alcance dentro de cada sector o mercado, como digo, estamos ante poderes intensos.

Sectores o ámbitos de actuación

Los poderes de estas autoridades se proyectan sobre ámbitos o mercados muy relevantes. En relación con las funciones de regulación, se proyectan sobre las comunicaciones electrónicas, la energía eléctrica y el gas natural, las comunicaciones postales, los ferrocarriles y las comunicaciones audiovisuales.

En el caso de las funciones de defensa de la competencia, no hay distinciones sectoriales. Todos los mercados, todos los sectores, todos los ámbitos, toda la actividad económica, allí donde sea imprescindible proteger la competencia por sus beneficios para el interés público. No hay una singularidad cualitativa, sino una cuantitativa asociada a que no hay ámbito, ni importante, ni insignificante, en el que la competencia no sea necesaria de proteger. Por lo tanto, en cuanto a esta función, su importancia no viene determinada por la singularidad de la función misma, ya de por sí importante, cuanto por su extensión correlativa a la de las actividades económicas.

Discrecionalidad/margen de apreciación

A las características enunciadas, hay que sumar otra no menor. Me refiero al cómo las potestades indicadas, en los sectores señalados, están habilitadas por la ley. Aquí nos encontramos con un clásico problema del Derecho administrativo: las denominadas potestades discrecionales.

En la dogmática tradicional, las potestades administrativas, en función de cómo son habilitadas o atribuidas por la ley, se clasifican en dos grandes grupos: las regladas y las discrecionales. Las primeras, según la dogmática al uso, son aquellas en las que la habilitación regula tanto y con tanta intensidad la potestad que la Administración no tiene margen para elegir. Solo hay una única solución o elección justa. La Administración es una suerte de autómata.

En cambio, cuando se trata de potestades discrecionales, la ley ha querido reconocerle a la Administración un margen para la elección, de modo que, si se mueve dentro de dicho margen, su elección no es reprobable o rechazable. Por lo tanto, la Administración tiene una facultad para elegir y esta elección es querida por el legislador.

Esta ordenación dogmática choca con dos obstáculos: (1) el denominado carácter abierto del Derecho que hace que siempre haya que elegir; por muy reglada que sea la habilitación o atribución de la potestad, siempre habrá que elegir; es inevitable; no hay automatismos. La elección podrá tener un margen mayor o menor pero siempre la habrá a lo largo del proceso que va desde la interpretación de la norma, la calificación de los hechos y a la deducción de la consecuencia jurídica; desde la aplicación de la norma hasta la decisión por la autoridad; y (2) por mucho margen de elección que la ley le reconozca a la Administración, esa elección podrá y deberá ser objeto de revisión por parte de los Tribunales. Por lo tanto, no hay, dentro del margen querido por la ley, una exclusión del control. Y este control conduce a decidir, por parte de los Jueces, si la elección/decisión es justa/legal en el caso concreto.

Llegamos a una conclusión paradójica, las potestades regladas tienen un corazón discrecional y las potestades discrecionales, otro reglado. Al final, todo se reduce a una cuestión: la Administración siempre tendrá un margen de elección/decisión que siempre, igualmente, será objeto de revisión/control judicial para determinar que la elección/decisión es la única justa o legal en el caso concreto.

Por lo tanto, todas las potestades son regladas y discrecionales al mismo tiempo. Tanto es así que hoy, en la práctica, ya no se pregunta si la potestad es reglada o discrecional. Hoy, lo único que es relevante es preguntarse si el resultado/decisión de la Administración es razonable o es arbitrario.

Un ejemplo es significativo. La potestad sancionadora ha sido calificada, y lo es, como una potestad reglada. Según la dogmática tradicional, la Administración vendría a actuar como una suerte de autómata: tras apreciar la infracción y determinar la responsabilidad, aplica la sanción. Sin embargo, la infracción se define mediante la descripción de unas conductas cuya aplicación a ciertos hechos supone una decisión/elección que por mucho que se considere que es reglada, al fin y a la postre supone que, en ciertos casos, se puede interpretar que encajan en el tipo, o entender lo contrario. Este margen de apreciación crece cuando la descripción legal es tan genérica que permite el ajuste de múltiples conductas.

La Ley de Defensa de la Competencia, la Ley 15/2007, tipifica en el artículo 1 como conducta prohibida las denominadas como conductas colusorias. Se prohíben "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional". En los términos tradicionales, la apreciación en un hecho concreto de la concurrencia de los requisitos expuestos debería ser fruto de una potestad reglada. Sin embargo, incluso en el ámbito sacrosanto de lo reglado, como es el de la potestad sancionadora, la Administración tendría que elegir.

A título de ejemplo, bajo los términos "acuerdos, decisiones, prácticas concertadas" se "ocultan" tantas vías o formas de coordinación de conductas que la lista es interminable; no puede ni fijarse a priori y, además, es irrelevante. Cuál sea la forma de coordinación es intranscendente. El acuerdo consciente e, inconsciente; el no acuerdo, la práctica o la conducta; la vinculante o no vinculante (recomendación); el que produce efectos o el que podría producirlos; el real o el potencial;... Se amplía tanto y tan generosamente que, hay que reconocerlo, se siembra la inseguridad. Que una asociación informe sobre precios medios en un determinado sector podría ser considerado como una actividad potencialmente colusoria.

Y, para culminar, la sanción a imponer, tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el Derecho nacional, se fija, en la legislación, por relación a un tope que se establece según el volumen global de negocios de la empresa. Así este límite podrá ser del 5, el 10 o el 15 por 100 de dicho volumen. Ahora bien, fá-

cilmente se puede vislumbrar que, respetado el límite, la concreción de la multa admite distintos grados.

En definitiva, incluso, en el caso de la potestad sancionadora, (1) la Administración deberá elegir, pero (2) la revisión de dicha elección será completa por parte de los tribunales que tendrán que confirmar o no que la elección ha sido justa/legal para lo que habrá de utilizar el parámetro de la arbitrariedad.

Incluso, el criterio de la distinción en función de la admisión de la sustitución judicial no es operativo. Cuando se trata de sectores importantes con un reseñable grado de complejidad, ni en el caso de las potestades regladas, hay sustitución judicial.

Según la dogmática tradicional, en relación con las potestades regladas, el juez no solo se limita a revisar la decisión de la Administración y, como consecuencia de dicha revisión, puede fallar que otra es la justa/legal por lo que sustituye la de la Administración. En cambio, cuando se trata de potestades discrecionales, no puede haber dicha sustitución porque el juez no puede decidir cuál es la solución/decisión legal/justa. Se ha de limitar a revisar y, por consiguiente, anular la decisión.

En términos dogmáticos, estaríamos ante la posibilidad, que se daría en las regladas, de que la elección de la Administración pudiese ser sustituida por la del Juez. Es un juego entre elecciones, pero elecciones, al fin y al cabo. Este juego también está presente en el caso de la potestad discrecional. La única diferencia reseñable se refiere a que la elección judicial, en el caso de la potestad reglada, puede llegar a la sustitución de la de la Administración. Esta posibilidad no siempre está disponible. Podría producirse cuando el juez tiene capacidad (conocimiento, experiencia, información,...) para llevarla a cabo. En otros, no.

En los sectores económicos complejos con ordenaciones complejas, ni en el ámbito de las potestades tradicionalmente consideradas regladas, como la sancionadora, dicha sustitución puede operar. Así, por ejemplo, en relación con el importe de una multa por conducta prohibida en el ámbito de la defensa de la competencia. El juez podrá anular la multa, pero remitirá a la Administración para que vuelva a realizar los cálculos conforme a los criterios fijados en la sentencia.

Se podría afirmar que, en aquellos sectores en los que la complejidad jurídica de su ordenación está al alcance del juez (cuenta con la capacidad y los medios adecuados), incluso, en el ámbito de lo discrecional, el juez podría decidir,

también, sustituyendo a la Administración. En cambio, cuando la complejidad jurídica no lo está, lo que supone una enorme dificultad técnica, como sucede, usualmente, en los ámbitos de la regulación de los mercados y de la defensa de la competencia, el juez, ni en el tipo tradicional de las potestades regladas, podrá sustituir a la Administración. Deberá anular y remitir a la autoridad para que vuelva a decidir, pero ajustándose a los criterios fijados en la sentencia.

La sustitución no depende esencialmente del carácter (reglado o discrecional) de la potestad, sino de la complejidad de la regulación que el juez pueda gestionar porque cuenta con la capacidad y los medios adecuados. Una vez más, la realidad se impone a la dogmática.

Así pues, siendo así que todas las potestades tienen tanto de reglado como de discrecional, nos encontramos con una combinación entre intensidad, extensión y libertad que hace que las autoridades de regulación, pero también las de defensa de la competencia, disfruten de unos poderes poderosos.

Combinación independencia/poderes poderosísimos

La combinación de independencia y poderes poderosos no es buena. No puede producir buenos resultados. Aquí nos encontramos con dos patologías muy peligrosas que están usualmente asociadas a estas autoridades: la endogamia y la captura por los intereses regulados. Estas patologías están usualmente presentes en estas autoridades porque la independencia debilita, en términos estructurales y funcionales. Y esa debilidad es aprovechada bien por los propios intereses de los directivos de la autoridad o por los ajenos a los que han decidido servir, sin descartar que también ambos fenómenos se puedan producir al mismo tiempo. Estos hechos conducen, paradójicamente, a una conclusión: la importancia, la necesidad del control.

A continuación, voy a analizar: (1) las patologías; (2) el cómo la independencia debilita; (3) la necesidad del control, no solo jurídico o judicial; también de otros tipos; y (4) expondré la exigencia de que la independencia de las autoridades se inserte en una red de controles que sirvan para equilibrar el conjunto del sistema. Independencia sin control, es igual a arbitrariedad, pero control sin independencia es, también, arbitrariedad. Independencia-poderosa y control deben formar parte de un sistema de equilibrios. Los *checks and balances* tan esenciales para el funcionamiento de la democracia, tanto en lo macro como también, en lo micro de la regulación y de la defensa de la competencia.

Patologías: egocentrismo y captura por los intereses regulados

La primera patología es la que podemos denominar como egocentrismo. Toda organización tiende a primar sus intereses frente a cualquier otro ajeno o externo. Es una ley universal de las organizaciones. La legitimidad de la organización queda establecida en su propia existencia, no en la función/servicio que debe desarrollar. Y cuanto más independiente sea la organización, más se verá reforzada la tendencia que explico. Cuanto menos tenga que responder de sus actos, cuanto más independiente sea, cuanto menos obligada se encuentre, más se fortalecerá la inclinación a encerrarse en sí misma y a defender sus propios intereses. Por ejemplo, es una crítica reiterada al Poder Judicial. Se afirma que no tiene en cuenta las circunstancias, el entorno social en el que se aplican sus resoluciones. Está tan encerrado en sus propias coordenadas, en su propio mundo, en sus propios intereses, que se desdibuja o se hace desaparecer la función que tiene que cumplir y atender.

En el caso de las autoridades de regulación y de defensa de la competencia, la independencia las arroja a una situación de aislamiento en el que las prioridades son fruto de sus propias opciones, interpretaciones e intereses. Esto es particularmente recurrente en relación con las prioridades. E, incluso, en el cómo se ventilan los asuntos. Están tan ensimismadas que no se preocupan, porque no les interesa, cuál es la apreciación que el entorno tiene sobre qué es lo que están haciendo y cómo.

Por ejemplo, cuando han estallado escándalos sobre el comportamiento, incluso, irregular de algunos de los consejeros, la Comisión se ha encerrado en una suerte de torre de marfil, resistente a las circunstancias, al entorno, para lo bueno y para lo malo. Tanto aislamiento es malo. Enraizar la organización le permite recibir y también soportar la presión del entorno. Atender, también, sus prioridades.

La segunda patología es más recurrente: la captura por los intereses regulados. Esta captura tiene, desde la forma más directa, el pago de la dádiva correspondiente, el pago de la mordida; hasta la forma más sutil: el denominado *revolving door*. Los directivos de estas autoridades vienen de los sectores regulados y a ellos pretenden volver una vez han acabado su mandato. Se crea una comunidad de intereses, tanto pasados como futuros. También es posible que, no viniendo del sector, se pretenda encontrar una salida profesional como técnico, asesor o abogado de las empresas reguladas para lo que se defienden ciertas decisiones tomadas por la autoridad. Se intenta evitar, al menos, estableciendo una suerte de cuarentena de 24 meses durante los cuales los antiguos directivos (presidente

y consejeros) no pueden trabajar para empresas del sector. A cambio, percibirán una retribución económica (el 75 por 100 de su salario). También se establece un régimen muy estricto de incompatibilidades. Prohibiciones de prestar servicios para empresas reguladas durante el período indicado.

Ahora bien, por un lado, el ámbito subjetivo solo cubre a los directivos (presidentes y consejeros) en lo que al régimen reforzado se refiere (el que incluye 2 años de cuarentena). En consecuencia, el personal técnico soporta el régimen ordinario que establece las prohibiciones durante 2 años, la cuarentena, pero sin el beneficio de la retribución. Y, por otro, que hay maneras de sortear estas prohibiciones como estableciendo la intermediación de una empresa que es la que presta servicios para las empresas reguladas, caso de los despachos de abogados o consultoras, no el antiguo directivo.

En definitiva, el régimen de incompatibilidades podrá ser muy estricto, pero tiene dos efectos: por un lado, que se puede sortear; y, por otro, que desalienta a que los buenos profesionales quieran desarrollar una carrera en el sector público; si hay tantos y tan graves inconvenientes, probablemente, trabajar en tales autoridades ya no sería interesante. Encontrar un punto de equilibrio es esencial. Hay que establecer un régimen estricto de incompatibilidades, pero sin caer en la restricción injustificada, innecesaria y desproporcionada.

Independencia, debilita

La independencia, paradójicamente, debilita, estructural y funcionalmente, a las autoridades de regulación y defensa de la competencia. La debilidad viene asociada al aislamiento. Las prohibiciones, las incompatibilidades y demás que rodean a estas autoridades, pretenden recentrarlas en el ejercicio de sus funciones para preservar o alcanzar el funcionamiento competitivo de los mercados. Sin embargo, las aíslan en exceso. Para que solo se ocupen y preocupen de los objetivos de interés público, se quiere romper con todo aquello que puedan contaminar la función. Esto, como digo, debilita.

Tanto poder y en muy pocas manos e independientes, colocan a estas autoridades en el centro de todas las presiones. Intentar contaminar toda la cadena de mando en una Administración u otra institución del Estado es más complicado que hacerlo sobre un grupo pequeño de sujetos que no rinden cuenta ante nadie, ni ante nadie deben rendir obediencia.

En el caso de los Jueces, que también son independientes en el ejercicio de sus funciones, al menos, tienen la excusa, el argumento que ayudaría a liberarles de las presiones, que deben obediencia a la ley. El principio de legalidad, máxime cuando hay una tupida relación de resoluciones de los tribunales superiores que interpretan la legalidad y otros que las han de revisar (mediante la interposición de recursos), sirve de barrera frente a las presiones. En el caso de los reguladores, ni esa barrera. El margen de apreciación de los que disfruta es tan grande que no hay ley que pueda erigirse en barrera tras la que resistir las presiones.

Muy pocas personas, con mucho poder, que no deben obediencia a nadie y cuya sujeción a la ley es lo suficientemente flexible como para permitirles un margen, incluso, considerable para la decisión, las convierten en víctimas propiciatorias de las presiones por parte de los intereses regulados.

Otra circunstancia, no menor, es la utilización por el Gobierno de sus medios y potestades para debilitar aún más a estas autoridades. No solo mediante la potestad reglamentaria, a la que deben sujeción, sino a través de la provisión de medios. Una infradotación impediría a la autoridad desplegar sus funciones. Si así sucediese, se verían comprometidos los objetivos de interés general. Se crearía un clima o un contexto de entendimiento entre la política y la técnica. En ese contexto, también se podría contaminar el ejercicio de las funciones.

Control, refuerza

El control, paradójicamente, refuerza la independencia. Para reforzar la independencia, las autoridades con funciones de regulación y de defensa de la competencia deben estar sometidas a control. Es un control que, lejos de debilitar la independencia, la refuerza. ¿Por qué? Porque crea mecanismos de rendición de cuentas que contribuyen a evitar las patologías expuestas, al mismo tiempo que establecen anclajes que rompen el aislamiento que tanto las debilita.

En el fondo, hay que destruir el mito de que el interés general y sus exigencias son como el Espíritu Santo que hace acto de presencia cuando la autoridad está en una situación de meditación, entregada a su recepción. El interés general no es revelado, y aún menos, surge de una suerte de acto místico, inspiracional, ascético. En el fondo, como digo, se considera que la independencia crea el contexto institucional adecuado para que aquel espíritu se revele. Es la que hace posible la mística del poder regulatorio. El ascetismo, como renuncia a lo mundano, para entregarse a la revelación del espíritu del interés general. La autoridad debe prac-

ticar esa renuncia, entregarse a la pureza para encontrarse, como en una suerte de revelación, al interés general. Es la que podemos denominar como la "teoría angelical de la regulación". La independencia crea ángeles que, en su pureza, podrán apreciar más y mejor las exigencias del interés general. Esta teoría y sus consecuencias son, como resulta evidente, falsas.

No hay un interés general objetivo, neutro, limpio, puro,... que solo los ángeles burocráticos pueden apreciar. El interés general es el que resulta del contraste con las fuerzas del entorno, en última instancia, los ciudadanos. También los intereses regulados, además de los políticos. El cruce entre lo que la ley dispone, los ciudadanos reclaman, los intereses regulados necesitan y lo que a los políticos conviene, decantan lo qué es de interés general, lo que se puede exigir en su nombre.

El mismo proceso de la regulación nos ofrece una pauta. Las funciones delimitadas por la ley se ponen en marcha, porque así lo exige la legislación, siguiendo el procedimiento correspondiente. Este tiene dos fines esenciales: información y satisfacción de los interés en presencia; recoger la información oportuna y apertura a todos los interesados para su atención. El procedimiento finaliza con la toma de la decisión correspondiente. Ni esta es fruto de un ángel y en un contexto angelical, ni el procedimiento pretende que ese ángel puro se encuentre con el interés general. Ese debe refulgir del debate, de la confrontación de intereses, de objetivos y de necesidades. Por esta razón es capital la apertura del procedimiento, la transparencia y el debate, la garantía de la confrontación en igualdad de armas de qué es lo que cada uno interpreta por interés general.

La regulación de los lobbies tiene de positivo que reconoce y dignifica la labor que desarrollan; importante porque muestran qué es lo que una de las partes interesadas en la ordenación/regulación del sector considera adecuado o conveniente. Tiene, además, la vertiente de que ha de permitir conocer qué es lo que están haciendo. La inscripción en un registro sería inútil si, además, no se pudiera saber cómo actúan, cómo se relacionan con los reguladores. Publicar las agendas del presidente y consejeros es importante a estos efectos. Hace posible que puedan desplegar sus cometidos, al mismo tiempo que se crea un mecanismo que transparenta su labor. Influir no quiere decir contaminar. Influir quiere decir ilustrar a aquellos que han de tomar decisiones con los conocimientos que interesan a una de las partes, en el entendido de que el regulador decidirá, con independencia, como la ley establece.

Red de controles para la orquestación de los intereses

El control, los controles, para ser más exactos, anclan los reguladores independientes a una red de exigencia de responsabilidades que, paradójicamente, refuerza su independencia, además, de protegerla. Que los reguladores deban responder ante distintas instancias les recuerda permanentemente que deben cumplir con sus funciones y con los objetivos que las leyes les asignan. No pueden distraerse porque alguna de las instancias de control, tarde o temprano, se lo terminará recordando y exigiendo. Cuantos más controles, más se combaten las patologías que he comentado. El egocentrismo, el ensimismamiento no es posible. Unas u otras instancias de control terminarán rompiendo el cerco. Y la captura por los intereses regulados se hace no menos probable, pero sí menos exitosa. Los controles terminarán aflorando los intereses espurios a los que se han servido provocando la reacción que, incluso, podría llegar a la remoción, sin olvidar las exigencias penales, además, de la anulación de la decisión adoptada.

Rodear a los reguladores de una red de controles tiene una ventaja añadida: permite aflorar todos los intereses en presencia y en conflicto. Este afloramiento, lo que llamo la orquestación de los intereses, es esencial para preservar la independencia, pero también para la más adecuada decantación del interés general y de sus exigencias. No necesariamente en relación con una determinada decisión, sino como resultado del funcionamiento del conjunto del sistema.

Cuando hablamos de controles, pero también cuando lo hacemos de la independencia, tenemos que asumir una visión macro. Estamos hablando del funcionamiento del conjunto del sistema, del sistema mismo. No se trata de una decisión concreta o de una actuación concreta. Se trata de que el regulador funcione, globalmente, con independencia y que los controles, también globalmente, refuercen aquella independencia en tanto que obliga al controlado a re-concentrarse en las funciones que tiene encomendadas al servicio de los objetivos que tiene asignados.

En consecuencia, es posible e, incluso, deseable, que el sistema tenga desfallecimientos, o sea, ciertas decisiones "contaminadas" y ciertos controles que, igualmente, "comprometen" aquella independencia. Es lógico. Todos los sistemas incurren en error; ninguno está libre de esta posibilidad. Y tienen que estar preparados frente a esta eventualidad. Los desfallecimientos se corrigen con fortalecimientos. El sutil juego de todo sistema bien compensado. No es aquel en el que no hay errores, sino aquel en el que los errores sirven para potenciar el conjunto del sistema o, al menos, no lo aleja de la senda virtuosa. Hay fallos, pero

no colapsos estructurales. Porque los desfallecimientos sirven al aprendizaje y, por consiguiente, al fortalecimiento.

En el caso del sistema de las autoridades regulatorias, la independencia es estructural, tanto como los controles, que admiten desfallecimientos, como digo, puntuales. El problema se plantea cuando tales desfallecimientos se convierten en una amenaza al conjunto del sistema porque quiebran el equilibrio. En tal caso, se puede afirmar que no hay independencia o que los controles son excesivos o ineficaces. Puede haber excesos, pero el sistema no puede incurrir en excesos, si así fuese, no habría sistema regulatorio. Habría otro sistema, decisionista, arbitrario. Cuando un sistema rompe los equilibrios establecidos alrededor de la función que le da sentido, se establecerá otro, pero ciertamente lejos de la función encomendada. Esto es lo que hay que evitar. Que haya independencia, que haya controles, que haya excesos, que haya desfallecimientos, que haya errores,... pero que global/estructuralmente se mantenga como un sistema de poder/controles que cumple con la función de regulación o de defensa de la competencia.

Controles: enumeración

¿Cuáles son los controles que rodean al regulador, a la autoridad de defensa de la competencia? ¿Cuál es la red de control que los sujeta? Cuando el poder es tan poderoso e importante, como he expuesto, no hay un único control; son varios.

En *primer* lugar, el control *político*. El control desplegado por el Parlamento se concreta en dos fases. Por un lado, con ocasión de los nombramientos del presidente y consejeros. Son nombramientos que corresponden al Gobierno, pero deben superar el examen de la Comisión correspondiente del Congreso. Esto permite hacer una indagación, además, pública sobre las competencias profesionales de los candidatos. No se necesita su aprobación, solo tiene poder de veto, pero las posibilidades de hacerlo efectivo son, en la práctica, escasas porque se requiere el concurso de una mayoría absoluta. Sin embargo, en una situación política tan abierta como la actual en España, cualquier cosa sería posible, incluso, el inédito veto. Y, por otro, las comparecencias periódicas, en particular, la del presidente, ante dicha Comisión (así como la del Senado), lo que ofrece otra oportunidad para hacer una pesquisa sobre lo que la Comisión ha venido haciendo. La información obtenida servirá de base para que los grupos puedan, en su caso, presentar las iniciativas políticas y las legislativas que consideren adecuadas.

Este ámbito de control debería perfeccionarse para que, realmente, fuese efectivo. El nombramiento podría regularse para incrementar la independencia del nombrado. Como sucede con los nombramientos de las Agencias descentralizadas de la Unión Europea, se podría: (1) convocar un concurso para la provisión de las plazas de presidentes y consejeros para que cualquier interesado que reuniese los requisitos exigidos pudiesen hacer manifestación de su interés en participar; (2) crear una comisión de expertos que seleccionase una terna de candidatos que se considerase como los más capacitados; y (3) la elección por el Gobierno de aquellos que fuesen los más idóneos entre los previamente seleccionados por los expertos. Los elegidos comparecerían, antes de su nombramiento, ante la Comisión correspondiente del Congreso. Una vez superado este examen, se produciría el nombramiento.

El objetivo de este procedimiento sería romper el vínculo, usualmente político, entre el nombrado y el Gobierno de turno. Este seguiría conservando el poder de nombramiento, pero circunscrito, en atención a razones técnicas, a un número limitado (tres) de candidatos seleccionados por la comisión de expertos. Esta propuesta mejoraría sustancialmente la garantía de independencia. Y reforzaría el control político, paradójicamente, mediante el aseguramiento de que la elección solo tendría lugar entre los que cuentan con una base suficiente para considerar que reúne los requisitos técnicos adecuados.

En *segundo* lugar, el control *social*. La transparencia de las entidades públicas debería facilitar a todos los actores políticos, sociales y económicos información, idealmente, completa sobre lo que hacen; es una de las bases para desplegar el control. La CNMC tiene la obligación de publicar todas sus resoluciones, informes y demás, así como otros aspectos de su vida institucional, incluida, económica. En este apartado se podría y se debería incrementar, con la publicación de sus actas.

Y, en *tercer* lugar, el control *jurídico-judicial*. El control desplegado por jueces en virtud de parámetros, exclusivos, de legalidad. Esta característica pone de manifiesto las virtudes y las limitaciones de ese control.

Virtudes del control jurídico/judicial

En *primer* lugar, la primera virtud del control judicial es la del control mismo. Como he expuesto, las autoridades de regulación y de defensa de la competencia, con poderes tan poderosos, además, en manos de independientes, necesitan del control como garantía de que se van a reconcentrar en las funciones que la ley

les asigna. Sin control, estas autoridades caerán en el "egocentrismo", en la captura por los intereses regulados o en ambas patologías. Estas autoridades deben insertarse en una red de controles que compensen o equilibren tanto poder en unas manos, además, independientes.

Sin embargo, en *segundo* lugar, es un control dispensado por jueces que, se podría afirmar, no tienen, al menos, inicialmente, ni la preparación ni el conocimiento especializado adecuado y necesario. Es un inconveniente, pero no un problema insuperable. Como sucede entre nosotros, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional cuentan con secciones especializadas en estos asuntos. Los jueces que las integran ya tienen la experiencia y el conocimiento para enfrentarse a estos asuntos. En este momento, no se puede afirmar que el control judicial falle por este aspecto. No se puede alegar ignorancia de los Tribunales.

En *tercer* lugar, es un control obediente a la ley, al Derecho. Esta es la principal dificultad, además, institucional, que acecha a este tipo de control. El parámetro que ha de utilizar el juez para desarrollar su función no permite ofrecer un anclaje suficiente y cierto para dispensar seguridad, certeza y previsibilidad.

No deja de ser irónico que la función principal que se le asigna al Derecho, la de la seguridad (jurídica), cuando se trata de la ordenación de los sectores, o la garantía de la competencia en los mercados, se debilita considerablemente.

La legislación que regula ciertos sectores o que protege la competencia, sufre de una indeterminación estructural. No puede ser de otra manera. La ley no puede disciplinar de manera cerrada y sin margen para la interpretación/aplicación qué es lo que los actores pueden hacer. No podemos olvidar que la ley tiene por objeto, en última instancia, la regulación de libertades, en particular, la libertad de empresa. El caso más extremo, que sirve de ejemplo, nos lo ofrece la conducta prohibida de abuso de posición de dominio. Es, como digo, muy complejo determinar cuándo el dominio que una empresa tiene en el mercado es fruto de su éxito, o cuándo, en cambio, es abusivo.

No es fácil de determinar porque se ha de hacer un ejercicio teórico consistente en determinar si un comportamiento es el que una empresa normal habría tenido en un mercado normal. Habrá que suponer qué es lo normal (teórico) para aplicarlo a una situación (real). Y de esta comparación, poder concluir afirmando o rechazando la existencia de abuso.

El ejercicio teórico encierra un importante margen de indeterminación que, no lo olvidemos, tiene implicaciones sobre la libertad de las empresas implicadas. Ha sido la libertad y, en particular, la libertad en y para competir, la que ha producido un resultado que la ley respeta y que la Administración debe, no solo honestar, sino proteger. No se puede confundir ganar con abusar. Y como no se pueden confundir, la Administración, las agencias de defensa de la competencia, tienen que hacer un ejercicio riguroso de sus funciones, evitando atropellar los derechos. Habría que evitar que la función pública, la de defensa de la competencia, sea "utilizada" para alcanzar aquello que la competencia en y para el mercado no lo ha hecho posible. Lo que en los mercados no se ha ganado que no se gane en los despachos. Este es el desiderátum.

La legislación no puede ser agotadora, máxime cuando se trata, como digo, de libertades, pero tampoco puede serlo, por otras razones, cuando tiene por objeto la defensa de la competencia. En este caso, como se puede comprobar, la legislación no agota la tipificación de las prohibiciones ni la de las infracciones. Tampoco lo hace con las sanciones. Deja un margen para la apreciación por parte de la Administración. Un margen que se convierte en margen para la revisión judicial.

La revisión judicial es la de la actuación administrativa. Aunque parezca obvio recordarlo, el juez no sustituye a la Administración; ni en los casos teóricos de potestad reglada, como he señalado. Se limita a revisar qué es lo que ha hecho y decidir si es o no correcto desde el punto de vista de la ley. Revisar no es sustituir. Esa revisión tiene como parámetro la ley. Si es un parámetro tan abierto como el expuesto, el margen de apreciación de la Administración lo es, también, el de la apreciación por el juez, pero con una limitación importante: lo decidido. Al menos, tiene que comprobar que lo decidido se mueve dentro del margen que la ley le reconoce a la Administración; que no lo excede. Es uno de los primeros controles que el juez ha de desplegar: comprobar que lo decidido está dentro de los límites que la ley ha delimitado. Una vez comprobado que efectivamente es así, el juez deberá revisar lo decidido en relación con el parámetro de la arbitrariedad. Puede ser legal, en tanto que ajustado al margen de la ley, pero puede ser irrazonable.

Control de la arbitrariedad

El examen/control de la arbitrariedad es fuente de enormes disputas entre la Administración y los Jueces. En *primer* lugar, es un control negativo. Es lógico cuando se trata de un control de revisión; que no puede sustituir el juicio de la

Administración. En *segundo* lugar, es un control de los excesos, o sea, que la anulación se producirá cuando la decisión sea clara o manifiestamente desajustada a lo razonable; lo irrazonablemente manifiesto. Ante la duda, el juez debería admitir que la decisión de la Administración es conforme a Derecho. Y, en *tercer* lugar, apreciar la razonabilidad de la decisión o, lo contrario, supone que el juez debe examinar las razones en que la Administración se apoya, lo que le enfrenta con las dificultades técnicas de las que hablaba anteriormente. En su caso, incluso, debería servirse del apoyo de los peritajes correspondientes. Nos encontramos con las razones técnicas; las dificultades de este orden derivadas de la apreciación de razones, de argumentos, de conceptos, incluso, de la apreciación/valoración de hechos, que escapan del saber jurídico, por muy especializado que sea. En tales casos, el control debe limitarse a lo absurdo, a lo escandalosamente irracional lo que supone que, al menos en cuanto a la interpretación de tales razones, se ha de respetar una suerte de presunción a favor de la practicada por la Administración.

El control judicial de la discrecionalidad administrativa suscita vértigo: controlar aquello que nace como "libre", siempre supone un reto. La pieza que lo haría posible sería la prohibición de lo arbitrario, de lo irrazonable, de lo irracional. Ni el control judicial ni la discrecionalidad pueden incurrir en lo arbitrario. No se trata de prohibir la irracionalidad administrativa para sustituirla por la irracionalidad judicial, el denominado decisionismo judicial.

Entre nosotros se está produciendo, fruto de esa historia pendular que tanto nos caracteriza, el paso de un respeto, atávico, a la discrecionalidad de la Administración, a otro en el que ya no hay límites por lo que la revisión judicial puede ser extensa e intensa[3]. Se da paso a decisiones guiadas por las circunstancias del caso concreto; el decisionismo, incluso, con tintes populistas, que solo tiene en cuenta las circunstancias del caso, sin valorar qué consecuencias podría tener si el fallo se generalizase. Se habla, incluso, del populismo judicial. Decisiones judiciales que buscan el gran impacto social, como una suerte de mecanismo de legitimación que está por encima de la ley, la única que debería ser la fuente de la de los jueces, conforme dispone la Constitución (art. 117.1).

Salvando estos excesos, siempre discutibles, es un buen camino el que se haya roto el tabú del control de la discrecionalidad para entrar en el análisis de la de-

---

[3] Vid. Antonio Jiménez-Blanco (2017).

cisión/elección de la Administración, pero sin entrar en la sustitución. El juez ha de llevar a cabo una revisión de lo decidido para, en su caso, proceder a su anulación. Así lo deberá hacer cuando aprecie lo que podemos denominar como un "exceso de arbitrariedad". No es suficiente una arbitrariedad cualquiera sino aquella que sobresale de manera notable o manifiesta. Es la cautela para contener la discrecionalidad judicial y evitar que invada la de la Administración. Esta contención es lógica cuanto que el mismo concepto/criterio de la arbitrariedad es el de los excesos. Lo arbitrario es lo escandaloso, lo notablemente infundado. No hay otra manera de apreciarlo en términos jurídicos. Lo dudosamente arbitrario no existe. Si es la Administración la que así lo ha decidido, se ha de beneficiar de la presunción de legalidad que es la que cubre toda su actuación, según dispone la legislación administrativa (art. 39 de la Ley 39/2015). La presunción solo se puede destruir mediante una prueba adecuada y suficiente. No cualquier prueba, sino aquella que acredite, de manera fehaciente, que se ha producido la ilegalidad. Este tipo de prueba solo se alcanza ante los casos, digamos, escandalosos. La presunción se rompe ante el "escándalo" de la arbitrariedad.

En apoyo de este control, concurre un elemento institucional que se ha demostrado decisivo: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso se produzca la indefensión.

Tutela judicial efectiva

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado cómo se ha de proyectar el control judicial en relación con los ámbitos que ahora nos interesan, en particular, el de la defensa de la competencia.

En la Sentencia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-67/13 P; Groupement des cartes bancaires/Comisión), el Tribunal ha insistido, una vez más, sobre la relevancia de la tutela judicial. En *primer* lugar, conforme al principio de tutela judicial efectiva, principio general del Derecho de la Unión, actualmente recogido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los Tribunales deben dispensar un "control completo" sobre la "concurrencia de las ***condiciones de aplicación***" de la disposición correspondiente. Esto quiere decir que la interpretación/aplicación de la regla jurídica que haga la Administración estará sometida al control "completo" de los Tribunales.

En *segundo* lugar, el problema jurídico es el cómo llevar a cabo dicho control completo y, al mismo tiempo, respetar el margen de apreciación que la ley le

atribuye a la Administración. Completud del control, pero, al mismo tiempo, respeto a dicho margen; esto quiere decir, respeto a la decisión/elección de la Administración producida, lógicamente, dentro del margen atribuido por la ley.

En *tercer* lugar, la completud del control se proyecta tanto sobre el elemento fáctico de la regla como su elemento jurídico (consecuencia jurídica). El control de *hecho* se traduce en el de cómo la Administración interpreta el supuesto de hecho de la regla y su proyección (aplicación) al caso factual correspondiente. El control supone revisar la apreciación de los hechos, los medios utilizados para su acreditación, así como la adecuación o corrección de la apreciación para deducir la consecuencia jurídica que la regla establece y en los términos en que la Administración la ha llevado a cabo.

En *cuarto* lugar, también el Tribunal debe realizar una revisión de la cuestión de Derecho. No basta con apreciar y calificar los hechos. La consecuencia jurídica, la prevista por la regla, admite distintos grados e, incluso, tipologías. La prohibición no conduce, necesariamente, ni a la sanción ni, incluso, a la cesación. Hay todo un elenco de decisiones que la Administración deberá administrar aplicando los principios o reglas generales a los que debe sujetarse cuando ejerce cualquier potestad que incide en la esfera de derechos; cualquier potestad de intervención. Los principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y *favor libertatis* (art. 4 de la Ley 40/2015). También, en este ámbito, el control ha de ser completo.

En *quinto* y último lugar, el Tribunal debe efectuar, tanto en las cuestiones de hecho como en las de Derecho, un control de arbitrariedad, esto quiere decir que, sea cual fuese la decisión/elección de la Administración, en ningún caso puede ser irrazonable. Es el límite último; el que no puede ser superado en ningún caso.

En definitiva, lo más importante, es que estamos ante derechos fundamentales. Tanto la libertad de los operadores (libertad de empresa) como el derecho a que los jueces dispensen una tutela efectiva en el ejercicio de aquellos (derecho a la tutela judicial efectiva). Esto exige un control pleno; ni la discrecionalidad puede elevarse como barrera. Como ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión, en la Sentencia de 27 de abril de 2017 (FSL Holdings/Comisión, asunto C-469/15 P, apartado 74), se "faculta al juez, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta (véase, en particular, la sentencia de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión, C-386/10 P, apartado 63)".

Conclusión

La exigencia constitucional de la efectividad de la tutela judicial no puede ser el asidero al decisionismo judicial. Sería un gravísimo error que la discrecionalidad administrativa fuese sustituida por la judicial. Tan peligrosa como la arbitrariedad administrativa es la arbitrariedad judicial.

Necesitamos, más que nunca, precisamente para la garantía efectiva de los derechos y libertades de los ciudadanos, establecer un equilibrio entre los poderes y los controles. La modernidad de la más clásica afirmación de la democracia: *checks and balances*. La eterna juventud de la eterna reivindicación de la esencia de la democracia: ningún poder sin control, todos los poderes mutuamente controlados para que su respectivo control cree el contexto de equilibrio en el que la libertad puede prosperar.

2. AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: INDEPENDENCIA Y FUNCIONES

En España, a diferencia de lo que sucede en la inmensa mayoría de los Estados, se ha unificado, en el ámbito estatal, las autoridades de regulación con la de defensa de la competencia en un único organismo: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

El análisis de este peculiar sujeto nos muestra dos características esenciales. Por un lado, la singularidad de su estatuto jurídico, fruto de la independencia que la ley le reconoce. Y, por otro, las funciones atribuidas en cuyo marco se despliegan las potestades que nos interesan; las de regulación y de defensa de la competencia.

El resultado es un sujeto singular (independiente) al que se le asignan importantes funciones, además, a desplegar en sectores económicos relevantes (función de regulación) o, en general, en todos los mercados (defensa de la competencia).

En última instancia se le encomienda la tarea de preservar el interés general en todos los mercados y sectores económicos; no cualquier interés, sino el de la efectividad de la competencia para beneficio de los consumidores y usuarios[4].

---

[4] Incluso, en algún caso, el interés general alcanza la condición de un derecho fundamental como el de acceso a los servicios de interés económico general (que son todos los que soportan funciones de regulación), como se reconoce en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (art. 36).

Por lo tanto, independencia y funciones de regulación y defensa de la competencia son las características esenciales del sujeto (CNMC) que delimitan el marco institucional en el que se insertan las potestades habilitadas por la ley que ahora nos interesan particularmente (la de inspección y la de sanción).

2.1. Introducción: autoridad multisectorial e independiente. El conflicto con el Derecho de la Unión

La creación de una autoridad multisectorial de regulación y de defensa de la competencia es obra de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Se rompía, así, con una tradición de separación entre los dos tipos de autoridades e, incluso, en el ámbito de las autoridades de regulación, se contaban con varias (energía, telecomunicaciones, etc.).

En la actualidad, por tanto, contamos con una única autoridad de regulación y de defensa de la competencia. Se ha seguido el ejemplo holandés[5]. La justificación se ancla en la mayor eficacia: economías de escala y la garantía de lo que se denomina como un "enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red"[6].

---

[5] Netherlands Authority for Consumers and Markets (https://www.acm.nl/en). La Autoridad del Consumidor de los Países Bajos, la Autoridad de la Competencia de los Países Bajos (NMa) y la Autoridad de Correos y Telecomunicaciones Independientes de los Países Bajos (OPTA) se unificaron el 1 de abril de 2013, creando un nuevo regulador: la Autoridad Holandesa de Consumidores y Mercados. La ley de creación fue modificada el 1 de agosto de 2014. Como resultado de esta enmienda, se han simplificado los poderes de los tres reguladores que se fusionaron en ACM.

[6] En el Preámbulo de la ley se afirma lo siguiente: "En los últimos años, se detecta una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo uni-sectorial a un modelo de convergencia orgánica, material o funcional en actividades similares o a un modelo multisectorial para sectores con industrias de red. Las ventajas que han motivado la adopción de estos modelos son las de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red. Además, se ha argumentado que el riesgo de captura del regulador, tanto por el sector privado como por el gobierno, es menor en el caso de las autoridades multisectoriales, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio para la autoridad". "Por último, en algunos casos, como el de los Países Bajos, se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de competencia. Con ello se consigue una mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes".

El eventual escollo a esta operación de unificación podría encontrarse en el Derecho de la Unión que solo habla de autoridades sectoriales independientes. Este obstáculo ha sido superado. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 19 de octubre de 2016 (asuntos C-424/15; Ormaetxea), declaró ajustado al Derecho de la Unión, la creación de un "organismo de reglamentación multisectorial".

El punto de partida de la argumentación judicial es la determinación de qué es lo que persigue el Derecho de la Unión (Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas): que la autoridad encargada de la regulación (Autoridades Nacionales de Reglamentación, o ANR) cumpla con las exigencias de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia, así como que sus decisiones puedan ser objeto de recurso ante un Tribunal. Ahora bien, respetando tales exigencias, forma parte de la autonomía institucional de los Estados el cómo se configura dicha autoridad, en particular, por lo que ahora nos interesa, si es una autoridad uni-sectorial o multisectorial. Por consiguiente, el Tribunal no entiende que la multi-sectorialidad sea una amenaza al desempeño, conforme a los requisitos expuestos, de las funciones que tiene encomendada la autoridad, en el caso de la Sentencia, en el ámbito de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas.

La conclusión de la Sentencia, en su interpretación, como digo, del Derecho de la Unión, es clara: "no se opone a una norma nacional que consiste en fusionar una ANR, en el sentido de esta Directiva, con otras autoridades nacionales de reglamentación, como las responsables de la competencia, del sector postal o del sector de la energía, para crear un organismo de reglamentación multisectorial al que se encomiendan, en particular, las funciones delegadas a las ANR en el sentido de dicha Directiva, *siempre que, en el ejercicio de estas funciones, ese organismo cumpla los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por ella y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas*, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente".

En particular, el Tribunal hace un examen de la regulación contenida en la Ley 3/2013. Sin entrar en excesivas honduras, tarea que le corresponde al Tribunal que planteó la cuestión prejudicial, el Tribunal afirma que "puede observarse que parece deducirse de la Ley 3/2013 que esta contiene las disposiciones

necesarias al objeto de garantizar que la CNMC ejerza las funciones atribuidas a las ANR por la Directiva marco y las Directivas específicas, que la CNMC está estructurada de forma que se tienen en cuenta las diferentes funciones que se le atribuyen, que sus órganos directivos están compuestos de miembros cuya autoridad y competencia profesional están reconocidos en los sectores de los que la CNMC es responsable y que dispone de un patrimonio propio, independiente del de la Administración General del Estado, y de la autonomía suficiente y de la capacidad jurídica necesaria para la gestión de estos recursos. También se deduce del tenor de la Ley 3/2013 que están previstos recursos contra las resoluciones de la CNMC". En consecuencia, el Tribunal deduce que la autoridad multisectorial de reglamentación o de regulación creada por la Ley 3/2013, cumple con los requisitos que el Derecho de la Unión impone a los efectos de garantizar el adecuado ejercicio de las funciones encomendadas.

El esquema institucional es el siguiente: (1) el Derecho de la Unión identifica unas funciones a desplegar por una autoridad administrativa (Autoridad Nacional de Reglamentación) en un sector o mercado; (2) dicha autoridad ha de cumplir con unos "requisitos de organización y funcionamiento" que especifica el Derecho; y (3) tales requisitos son: a) Que sea subjetivamente independiente, o sea, jurídicamente distinta y funcionalmente independiente, de todos los operadores o actores del sector correspondiente; b) Ejerza sus competencias con imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo; c) No solicite ni acepte instrucciones de ningún otro organismo en relación con la ejecución de las tareas que se les asignen; d) Cuente con presupuestos anuales separados que se hagan públicos y con los recursos financieros y humanos suficientes; y e) Sus decisiones puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un tribunal.

Independencia subjetiva e independencia funcional para el desempeño de las funciones. Esto es lo que exige el Derecho de la Unión. Si tales requisitos se garantizan en el seno de una autoridad unisectoral o multisectorial, es una decisión que corresponde a cada Estado. El Derecho de la Unión nada dice sobre esta cuestión. Ahora bien, hay una consecuencia esencial: si el Derecho de la Unión exige los requisitos expuestos respecto de una autoridad de un sector, si esta autoridad opera, además, en otros sectores o mercados, seguirá disfrutando de los requisitos. No es posible que sea independiente subjetiva y funcionalmente para la regulación de un sector y no lo sea para otro, tratándose de la misma autoridad. La cobertura del Derecho de la Unión proyecta su eficacia protectora sobre la autoridad aún cuando solo estaba prevista para la de ordenación de un sector.

Será independiente en todos los ámbitos en los que actúe, incluso, aquellos no cubiertos por el Derecho de la Unión.

La experiencia está resultando polémica. Demasiado poder en tan pocas manos para ordenar y controlar tanto y tan importante. Es previsible que, en el futuro inmediato, se vuelva al modelo tradicional, pero con algunas modificaciones. Probablemente, se separarán la autoridad de regulación de la de defensa de la competencia. Pero, es posible que aquella, será una autoridad multisectorial de regulación.

2.2. Independencia

La CNMC nació, según se disponía en el artículo 1 de la Ley 3/2013, como una "autoridad administrativa independiente"[7] que tiene 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, en beneficio de los consumidores y usuarios". Bajo este paraguas encuentra cobertura tanto la función de regulación como la de defensa de la competencia. El rasgo más sobresaliente es el relativo a su independencia, recogido, en el artículo 2 en los siguientes términos: "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial".

La independencia es proclamada de manera reiterada. A lo ya expuesto en el artículo 2, se le ha de añadir lo del artículo 3 que dispone que "actuará, en el de-

---

[7] Esta es la denominación que han adquirido este tipo de entidades, como la CNMC, en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En el artículo 109 son definidas en los siguientes términos: "son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de ley. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial".

sarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial".

La independencia se garantiza, en *primer* lugar, como dispone el artículo 3, "en el desempeño de las funciones,... ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada". Y, en *segundo* lugar, se prohíbe la remoción discrecional de los cargos de presidente y consejeros. Existe una relación tasada de causas en atención a las que la remoción podría proceder (art. 23). Una suerte de prohibición práctica y efectiva a la remoción por el Gobierno. Han de permitir a los miembros de los órganos directivos de la autoridad, poder resistir a cualquier presión.

Además, en *tercer* lugar, su nombramiento no queda a la libertad del Gobierno. Tiene una duración fijada por ley (seis años), sin posibilidad de reelección (art. 15.2 de la Ley 3/2013), pero tampoco de remoción discrecional. Y, por último, la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, establece un régimen de garantías en orden a la resolución de los conflictos de intereses (arts. 12 y 14), así como las limitaciones al ejercicio profesional durante dos años una vez cesado en el cargo (art. 15).

Son reglas que pretenden garantizar la independencia, pero esta es una garantía instrumental al servicio de un objetivo central: que los reguladores solo atiendan al interés general definido, como ya he expuesto, en el artículo 1: "garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios"[8].

---

[8] La Directiva (UE) 2019/1 que, como ya ha sido indicado, tiene por finalidad reforzar la independencia y las competencias de las autoridades nacionales de la competencia, regula, en el artículo 4 qué medidas deben ser adoptadas por los Estados en los siguientes términos, en lo que ahora nos interesa:

"2. En particular, los Estados miembros se cerciorarán, *como mínimo*, de que *el personal y las personas que adopten decisiones* con arreglo a los artículos 10 a 13 y 16 de la presente Directiva en el seno de las autoridades administrativas nacionales de competencia:

a) sean capaces de desempeñar sus funciones y de ejercer sus competencias para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE con independencia de influencias externas, tanto políticas como de otro tipo;

La causalización del cese en el ejercicio del cargo es una garantía particularmente relevante en el ámbito de la Unión. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 19 de octubre de 2016 (asuntos C-424/15; Ormaetxea), en relación con las autoridades de regulación y perfectamente aplicable a las autoridades de defensa de la competencia.

El Tribunal ha considerado que tiene por objetivo el "refuerzo de la independencia y la imparcialidad de las ANR". El Derecho de la Unión exige la causalización del cese mediante las normas nacionales: "la ANR... esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan, y que, a tal fin, procede establecer con carácter previo normas relativas a las causas de cese del responsable de la ANR para disipar toda duda razonable en cuanto a la neutralidad de dicho organismo y a su impermeabilidad frente a factores externos".

Ahora bien, no se enumeran cuáles son las causas de cese que el Derecho nacional podría incluir a los efectos de proceder a la remoción anticipada. El único

---

b) *no pidan ni acepten instrucciones de ningún Gobierno o cualquier otra entidad pública o privada* en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, sin perjuicio del derecho de un Gobierno de un Estado miembro, en su caso, de emitir normas de política general que no estén relacionadas con investigaciones sectoriales o procedimientos de aplicación específicos, y

c) se abstengan de llevar a cabo cualquier acción que sea incompatible con el desempeño de sus funciones o con el ejercicio de sus competencias para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y estén sujetos a procedimientos que garanticen que, durante un período de tiempo razonable tras el cese en sus funciones, se abstendrán de encargarse de procedimientos de aplicación que pudieran dar lugar a conflictos de intereses.

3. Las *personas que adopten decisiones* en el ejercicio de las competencias previstas en los artículos 10 a 13 y 16 de la presente Directiva en las autoridades administrativas nacionales de competencia *no serán destituidas de sus cargos por razones relacionadas con el correcto desempeño de sus funciones o el correcto ejercicio de sus competencias* en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE a que se refiere el artículo 5, apartado 2, de la presente Directiva. *Solo podrán ser destituidas en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones o hayan sido declaradas culpables de una falta grave con arreglo al Derecho nacional*. Deben establecerse de antemano en el Derecho nacional las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones y la definición de lo que constituye una falta grave, habida cuenta de necesidad de garantizar una aplicación efectiva.

4. Los Estados miembros garantizarán que los *miembros del órgano decisorio* de las autoridades administrativas nacionales de competencia serán *seleccionados, contratados y nombrados con arreglo a unos procedimientos claros y transparentes* establecidos de antemano en el Derecho nacional".

requisito es que estén previamente enumeradas en una norma. Este es el punto débil del razonamiento del Tribunal. El punto débil que viene forzado por el silencio del Derecho de la Unión. La Directiva 2002/21, la Directiva Marco de comunicaciones electrónicas, en su artículo 3.3 bis, no especifica causa alguna; no hace un listado de las causas. Solo exige que se hayan especificado anticipadamente. Así entiende que "si se admitiera, el riesgo de cese inmediato por una razón distinta de las previamente establecidas por la ley, al que aun un solo miembro de tal órgano colegial podría estar sometido, podría generar dudas razonables en cuanto a la neutralidad de la ANR afectada y a su impermeabilidad a los factores externos y menoscabar su independencia, su imparcialidad y su autoridad".

Esta circunstancia planteó un contencioso con el Derecho español: la contradicción entre la exigencia de previa causa de remoción y la reforma institucional de la autoridad de regulación que provocó su desaparición. La reforma institucional que alumbró la autoridad multisectorial de regulación (la CNMC), con la consiguiente finalización del mandato de los titulares de los órganos de la antigua organización extinguida, no era una causa de cese prevista en la legislación nacional por lo que el Tribunal de Justicia de la Unión consideró que se ha violentado el Derecho de la Unión[9]: la garantía de la previa consignación de todas las causas de cese. Como si pudiera incluirse entre tales causas, la de la reforma institucional. Esta no es, en puridad, una causa de cese: la extinción de la autoridad provoca la del cargo, poniendo fin al mandato correspondiente[10]. ¿Cómo es posible crear una nueva organización manteniendo la antigua para que no se

---

[9] El Tribunal afirma lo siguiente: "la necesidad de respetar la imparcialidad e independencia del responsable de una ANR encargada de la regulación del mercado *ex ante* o de la resolución de litigios entre empresas, o, en su caso, de los miembros del órgano colegial que ejerce esta función, no puede obstar a que una reforma institucional, como la controvertida en el litigio principal, tenga lugar cuando sus mandatos están aún vigentes".

[10] La reforma institucional no es, ni puede ser una causa de cese. La reforma crea una nueva organización con unos nuevos órganos que asumen las funciones que la anterior organización ejercía. Este cambio, hace obsoleto la antigua organización, como resulta evidente, por lo que se suprime. Esta supresión provoca que todos los que ocupaban los anteriores cargos, pierden su mandato. No obstante, nada impide, lo que sería, además, razonable, que se contemplase una situación transitoria entre la configuración antigua y la moderna del organismo. Probablemente, con tales reglas, más que la previsión de la causa de cese se podría haber entendido que no se violentaba la independencia de sus miembros.

produzca el cese? Si fuera posible, no habría reforma institucional alguna[11], salvo que se acudiese al absurdo de especificar que la reforma institucional es causa de cese[12].

En definitiva, el problema jurídico central es el de que el Derecho de la Unión no especifica lista de causas de cese. Se remite al Derecho nacional. Esta es la única garantía comunitaria: que el Derecho nacional concrete previamente las causas de cese. Si el cese se produce por una causa distinta, se estaría violentando el Derecho de la Unión.

Este silencio queda cubierto, específicamente para las autoridades de defensa de la competencia, por la Directiva (UE) 2019/1. En el artículo 4.3 dispone específicamente:

> "Las *personas que adopten decisiones* en el ejercicio de las competencias previstas en los artículos 10 a 13 y 16 de la presente Directiva en las autoridades administrativas nacionales de competencia *no serán destituidas de sus cargos por razones relacionadas con el correcto desempeño de sus funciones o el correcto ejercicio de sus competencias* en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE a que se refiere el artículo 5, apartado 2, de la presente Directiva. *Solo podrán ser destituidas en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones o hayan sido declaradas culpables de una falta grave con arreglo al Derecho nacional*. Deben establecerse de antemano en el Derecho nacional las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones y la definición de lo que constituye una falta grave, habida cuenta de necesidad de garantizar una aplicación efectiva".

La Directiva (UE) 2019/1 viene a imponer tres reglas relevantes: (1) los miembros de los órganos "no serán destituidos de sus cargos por razones rela-

---

[11] El Tribunal considera que sería posible compaginar una y otra, lo que corresponde al Estado: "incumbe al Estado miembro de que se trate, para cumplir las obligaciones fijadas en el artículo 3, apartado 3 *bis*, de la Directiva marco, prever normas que garanticen que el cese antes de la finalización de sus mandatos no menoscabe la independencia y la imparcialidad de las personas afectadas". No especifica cómo sería posible.

[12] ¿Se respetaría el Derecho de la Unión si se especificara que la duración del mandato está subordinado al mantenimiento del organismo o autoridad independiente? Creo que es una advertencia carente de toda lógica.

cionadas con el correcto desempeño de sus funciones o el correcto ejercicio de sus competencias"; (2) solo lo podrán ser "en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones o hayan sido declaradas culpables de una falta grave con arreglo al Derecho nacional"; y en todo caso, (3) el Derecho nacional debe establecer "las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones y la definición de lo que constituye una falta grave".

El problema jurídico que se podría plantear se refiere a que la Directiva exige que la conducta de los miembros de los órganos de la autoridad sea constitutiva de una "infracción", además, grave. En cambio, la Ley 3/2013 no tipifica tal infracción; habrá que remitirse a la legislación general (Ley 3/2015, del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado; así como, en su caso, la Ley 19/2013, de transparencia). En todo caso, la Ley 3/2013 establece un régimen de separación acordado por el Gobierno, al margen de las eventuales responsabilidades disciplinarias en los siguientes términos: "separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. *La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder*". Esta posibilidad ya quedaría proscrita por la Directiva, ya que el cese será una consecuencia de la apreciación de la infracción.

Otro aspecto de la independencia vendría a ser la dimensión objetiva. Está vinculada a la capacidad de la autoridad para adoptar decisiones sin interferencia. En este plano se movería desde la personalidad jurídica y plena capacidad jurídica (art. 2 de la Ley 3/2013), hasta la aprobación del presupuesto (art. 34), pasando por la contratación del personal (art. 31)[13].

---

[13] La Directiva (UE) 2019/1 se entretiene, también, en esta cuestión, exigiendo medios suficientes, en el artículo 5: "Los Estados miembros se asegurarán, como mínimo, de que las autoridades nacionales de competencia tengan efectivos suficientes de personal cualificado y recursos financieros, técnicos y tecnológicos suficientes necesarios para el desempeño efectivo de sus funciones y para el ejercicio efectivo de sus competencias, con vistas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE establecida en el apartado 2 del presente artículo". Y, además, se establece que "sin perjuicio de las normas y los procedimientos presupuestarios nacionales, los Estados miembros garantizarán que las autoridades nacionales de competencia gocen de independencia en el empleo del presupuesto asignado para el desempeño de sus funciones, establecidas en el apartado 2".

2.3. Defensa de la competencia: aproximación funcional

La CNMC es, como ha quedado dicho, tanto autoridad de regulación, como de defensa de la competencia. Ahora nos interesa esta última y las potestades de las que se puede servir y, en particular, la de inspección y sanción[14].

2.3.1. Defensa de la competencia en el contexto funcional. Clasificación de funciones

La función de defensa de la competencia puede ser caracterizada, desde el punto de vista formal, como regulación, entendida como función de ordenación (regular), que tiene dos características centrales: la primera, su carácter horizontal; y la segunda, su producción ex post.

En primer lugar, se distingue entre regulación vertical y la horizontal. A diferencia de la regulación de un sector productivo o de un mercado, la de defensa de la competencia práctica es regulación *horizontal*. Si la *vertical*, la regulación en sentido estricto, pretende corregir los desfallecimientos estructurales y funcionales del mercado, la *horizontal* actúa sobre mercados existentes para castigar ciertas conductas que suponen un ataque a las reglas básicas de igualdad, libertad y buena fe de los competidores.

En los sectores o mercados regulados también es importante la defensa de la competencia. La competencia está estructural o funcionalmente limitada. La regulación, en cierta medida, se solapa con la de defensa de la competencia. Es más, se podría decir que sus medidas estructurales pretenden crear o, en su caso, preservar la competencia, frente a los abusos de los que podría incurrir la empresa que disfruta de una posición de dominio, o de monopolio fáctico, usualmente, heredero de un antiguo monopolio jurídico. Sin embargo, el camino elegido es distinto: el de la regulación es la ordenación estructural y funcional del sector o mercado. En cambio, el de la defensa de la competencia es el del castigo de las conductas prohibidas.

Y, en segundo lugar, se distingue la regulación *ex ante*, de la *ex post*. Según esta clasificación, las autoridades de defensa de la competencia solo actúan ante conductas calificadas por la ley como prohibidas, cuyos responsables serán castigados

---

[14] En otro lugar me he ocupado de la función de regulación y de las potestades de las que las autoridades se sirven. Vid. Betancor, 2014.

con la imposición de las sanciones correspondientes. En cambio, las autoridades de regulación ordenan un mercado o sector para corregir sus fallos; es una regulación preventiva. Las de defensa de la competencia reaccionan ante un determinado caso a los efectos de imponer los castigos correspondientes. No ordena un mercado, sino que castigan los comportamientos contrarios al mercado[15].

En definitiva, la caracterización formal, como todas las clasificaciones, topa con la realidad de que no vincula al legislador; este asigna a las autoridades funciones según criterios de necesidad y de conveniencia en la atención a las exigencias del interés general, interpretado según las coordenadas políticas e ideológicas del momento.

En otros términos, como estamos en la operación clasificatoria, esta siempre tiene el riesgo de ofrecer realidades contrapuestas, como si fuera posible trazar un corte de bisturí. La realidad es más compleja y no admite estas cesuras. Cuando se trata de defender la competencia, se hace en cualquier ámbito económico, incluso, en los sectores regulados. En el plano funcional, en estos sectores, se solapan regulación y defensa de la competencia, porque aquella asume, en particular, cuando adopta medidas estructurales, el objetivo, ya no de garantizar lo que no existe, pero sí de pretender que exista. No es, como la función de defensa, de garantía, pero sí de promoción de la competencia.

2.3.2. Objeto: mercado. Mercado competitivo como interés general

El mercado, arrebatado por el éxito, puede derivar en abuso. Aquel que gana, puede estar tentado en abusar de su posición de dominio para ganar aún más o para impedir cualquier amenaza a su posición. En otro caso, también posible, los competidores pueden pactar para impedir que la lucha, la competencia, pueda ocasionarles un perjuicio en el entendido de que el acuerdo puede producir un reparto de los beneficios. En el primer caso, hablamos de abuso de posición de

---

[15] Ahora bien, no se puede caer en el error de olvidar que las autoridades de defensa de la competencia también actúan antes de que la conducta prohibida se produzca, caso de la intervención en materia de concentraciones económicas o de ayudas públicas. Al igual que la intervención de las autoridades reguladoras no es siempre, como sugiere la tipología tradicional, meramente preventiva, sino que también puede ser reactiva, caso, por ejemplo, de la resolución de los conflictos entre operadores o, incluso, la determinación de qué operador tiene un poder significativo y las obligaciones que se le han de imponer.

dominio; y, en el segundo, de acuerdo colusorio o cártel. En definitiva, tanto el abuso como la colusión son dos reacciones vinculadas al éxito, bien para maximizarlo o bien para repartirlo evitando cualquier daño o perjuicio.

A diferencia de la regulación para la corrección del mercado, bien porque no puede haberlo (monopolios naturales), o bien porque concurren unas circunstancias que hacen que, en el momento presente, no se alcance el óptimo (caso de las telecomunicaciones[16]), la defensa de la competencia tiene por objetivo castigar la evolución del mercado hacia el no-mercado.

La Ley 3/2013, de creación de la CNMC, le asigna las funciones que enumera el artículo 5. Se distinguen, por lo que ahora nos interesa, entre las funciones que podemos denominar como generales ("supervisión y control de **todos** los mercados y sectores económicos", tanto en los regulados como en los no regulados[17]) y las específicas, de defensa de la competencia ("aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio", en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, de control de concentraciones económicas y de ayudas públicas; así como aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado) y de regulación sectorial ("en 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, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará a lo dispuesto en los artículos 6 a 11 de esta ley").

En todo caso, las funciones generales, de defensa de la competencia y de regulación se enmarcan al servicio de un objetivo común, también especificado en el citado artículo 5: "garantizar, preservar y promover ***el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva*** en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios".

---

[16] El éxito puede desplazar la posibilidad de materializar ciertos objetivos de interés general como la plena satisfacción y garantía del acceso de todos los usuarios a los servicios en condiciones adecuadas de cantidad, calidad y precio.

[17] Es ilustrativo que la Ley 3/2013, cuando introduce las funciones de regulación sectorial de la CNMC en relación con los distintos mercados y sectores económicos, en los artículos 6 a 11, siempre comienza con la misma fórmula: "la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de...".

Para alcanzar el objetivo expuesto, la ley dota a la CNMC con las funciones expuestas, entre otras. El objetivo último, el de interés general, es el de beneficiar a los consumidores y usuarios y, por consiguiente, a todos los ciudadanos. No solo a aquellos que disfrutan de los bienes y servicios ofertados en el mercado correspondiente; porque un mercado competitivo irradia sus beneficios sobre la entera economía por la interconexión entre todas las actividades económicas y sociales.

El beneficio inmediato lo obtienen los consumidores y usuarios, o sea, aquellos que son los sujetos que se sirven, contratan o disfrutan de los bienes y servicios ofertados. Cuanto más competitivo sea el mercado, más beneficios obtienen: más calidad, más cantidad, mejor precio. Los márgenes empresariales se apuran, la oferta es más eficiente, se produce o se oferta en mejores condiciones. En definitiva, la competencia crea un potente incentivo para que el ofertante mejore su producto o servicio para atraer más y mejores clientes que le permitan obtener beneficio.

La competencia es un rasgo estructural, una característica de los mercados que los poderes públicos protegen y alientan porque permite alcanzar ciertos objetivos de interés público; uno esencial: los consumidores y usuarios, así como, en general, todos los ciudadanos, perciben más y mejores ofertas con las que obtiene un beneficio, sino que también permite satisfacer su libertad de elección. Esta es una cuestión crítica a mi juicio y que se tiende a olvidar: la libertad de elección y, en general, la libertad.

El mercado competitivo no es solo aquel que beneficia a los consumidores y usuarios y, en general, a los ciudadanos. No solo hay un beneficio, digamos, económico. El principal beneficio es social, político y, en particular, jurídico: la libertad. Cuanto más competitivo, más libertad disfrutarán los ciudadanos. El mercado competitivo es el mercado que ofrece más posibilidades para que puedan disfrutar de su libertad. También hay una conexión con la libertad de empresa, de los operadores, de las empresas. El mercado competitivo es aquel en el que, precisamente para que los operados, los agentes, las empresas, puedan alcanzar el óptimo competitivo, se presupone necesariamente la libertad de empresa. Cuanto más intervenido esté el mercado, menos libertad de empresa y más ineficiencia. Esta es la regla.

Por lo tanto, se puede afirmar que el mercado competitivo permite, no solo un beneficio económico, sino también otro aún más importante: la libertad, tanto la de los consumidores y usuarios, y en general, los ciudadanos, como la de

las empresas. El mercado competitivo solo es posible si se maximiza la libertad de los ciudadanos y de las empresas. En caso contrario, un mercado intervenido y que, por consiguiente, pierde o elimina la competencia, se minimiza la libertad, tanto la de los consumidores y usuarios, que solo pueden adquirir ciertos bienes y servicios y, además, en ciertas condiciones, como la de las empresas, solo pueden ofertar ciertos bienes y servicios, también, en las condiciones prescritas. Cuando la intervención conduce a la eliminación del mercado, no hay libertad para ninguno de los sujetos, aún cuando se quiera justificar que esa ausencia de libertad redunda en beneficio para los consumidores y usuarios. La experiencia nos dice que esta afirmación es propaganda.

2.3.3. Función específica de defensa de la competencia

La función de defensa de la competencia es una función de garantía, en términos genéricos, como dispone el citado artículo 5 de la Ley 3/2013, del "correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos".

Una función de garantía de lo que ya existe o de lo que debería existir (pero ha sido obstaculizado por ciertas conductas prohibidas). También se incluye la promoción de lo que, igualmente, debería existir. Garantía de lo que existe y promoción de lo que debería existir, un mercado adornado de ciertas cualidades: el correcto en su funcionamiento, el transparente y el que cuenta con una competencia efectiva. En todos los mercados deberían estar plenamente aseguradas las cualidades indicadas. Son las del mercado, digamos, perfecto: correcto, transparente y competitivo.

Un mercado correcto, transparente y competitivo. La autoridad de defensa de la competencia actúa sobre el mercado para que sea correcto en su funcionamiento, transparente en las relaciones entre los distintos operadores, y competitivo en cuanto a la pugna eficiente entre los distintos agentes. Un mercado con funcionamiento deficiente (no correcto), en el que la información no circula adecuadamente (no hay transparencia, sino opacidad) y en el que la competencia está alterada, no es un mercado que permita satisfacer los objetivos de interés público, tanto el inmediato (beneficiar a consumidores y usuarios), como el mediato (libertad de los agentes económicos, tanto los ciudadanos como las empresas).

En el marco general expuesto, las funciones que la ley asigna a la CNMC son, en *primer* lugar, la genérica de "supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos": la vigilancia de todos los mercados y sectores económicos. Es importante subrayar que esta habilitación le permite desplegar esta función sin necesidad de atribución específica en relación con un mercado o sector económico determinado, incluidos los regulados.

Cuando las autoridades de regulación y de defensa de la competencia estaban separadas, una habilitación similar originaba los problemas de coordinación entre las autoridades. Permitía a la autoridad de defensa de la competencia inmiscuirse en los ámbitos materiales de actuación de las autoridades de regulación. Surgieron numerosos problemas: conductas que las autoridades de regulación no consideraban prohibidas, en cambio, las de defensa de la competencia sí. Así sucedió en un famoso conflicto que enfrentó a la Comisión de los Mercados de las Telecomunicaciones con la Comisión Europea, en su condición de máxima autoridad de defensa de la competencia en el ámbito de la Unión. Mientras que aquella no creyó punible cierto comportamiento de Telefónica, en cambio, la Comisión impuso un castigo que, al final, fue confirmado en todos sus extremos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La integración en una única autoridad, tanto la de regulación como la de defensa de la competencia, tiene la ventaja, aunque generando otros problemas, de que resuelve la coordinación entre las funciones. Por esta razón, en la ley se dispone expresamente que la función de supervisión y, en general, cualquier otra que la ley encomienda como autoridad de defensa de la competencia deberá ajustarse a lo que establece respecto de las funciones como autoridad de regulación (art. 5.3).

En *segundo* lugar, las funciones específicamente asociadas a la defensa de la competencia están reguladas por la Ley 15/2007, de defensa de la competencia y son las siguientes: las de investigación y castigo de las conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia; la de control de concentraciones económicas; y la de análisis de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre la competencia efectiva. Las funciones que el artículo 5 de la Ley 3/2013 enuncia como de aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear

la competencia, en materia de control de concentraciones económicas y en materia de ayudas públicas.

En *tercer* lugar, las funciones se han de ejercer en el marco del Derecho de la Unión Europea. La CNMC aplica los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (y su Derecho derivado). Estos artículos se refieren, respectivamente, a la prohibición de, por un lado, "los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior", y, por otro, a la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. En definitiva, la aplicación de las prohibiciones de acuerdos colusorios y de abusos de posición de dominio. Sin embargo, cuando afecten al mercado interior, o sea, tenga una afectación al mercado de la Unión, la competencia corresponde a la Comisión. Las reglas de "convivencia" vienen establecidas por el Derecho de la Unión (Reglamento CE 1/2003).

También le corresponde, en este ámbito europeo, desplegar una actividad de cooperación con la Comisión Europea (y otras autoridades de defensa de la competencia de otros Estados miembros), en relación con los asuntos de su competencia en el marco del Derecho de la Unión (en particular, Reglamento CE 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 (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y Reglamento CE 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas).

Y en *cuarto* y último lugar, la CNMC despliega otras funciones como las de arbitraje, tanto de Derecho como de equidad, de las disputas entre operadores económicos que estos decidan atribuirle (en aplicación de la Ley 60/2003, de Arbitraje). Así como, la de promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, e informes generales sobre sectores económicos. Sin olvidar, por último, que actúa como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos (art. 5.2).

2.4. Conclusiones

El análisis del estatuto jurídico de la CNMC nos ofrece varias conclusiones relevantes en orden a la continuación de nuestra investigación. En *primer* lugar, la independencia. Es una singularidad organizativa, en relación con el estatuto ordinario de las Administraciones.

La independencia subjetiva, en terminología del Derecho de la Unión, se traduce en tener personalidad jurídica propia y separada de la Administración; la independencia funcional en no obedecer ni solicitar instrucciones de ninguna autoridad u organismo; la independencia personal de los directivos que integran sus órganos de dirección que se concreta, en particular, en la preexistencia normativa de unas causas tasadas que no dependen de la voluntad de nadie, salvo del propio interesado o del Derecho (causa objetiva de remoción) debidamente acreditada.

Este singular estatuto jurídico pretende ofrecer las condiciones institucionales (organización y funcionamiento) adecuadas para que las funciones se desplieguen conforme a un único criterio, sin contaminación alguna: el interés general en los términos especificados en la ley.

En *segundo* lugar, el interés general tiene, como suele suceder en tantos otros ámbitos, dos dimensiones principales. Por un lado, la calificación que, desde el interés general, se proyecta sobre la actividad objeto de las funciones de la autoridad. Y, por otro, el objetivo o fin a alcanzar.

La ley utiliza, en el caso de los sectores regulados, la calificación de "servicio de interés económico general". Cuando se trata de la defensa de la competencia, no hay una calificación general de la actividad, en este caso, el mercado. Es de interés general, sin mayores honduras, que el mercado funcione de manera correcta, transparente y competitiva (competencia efectiva). La diferencia es importante.

Cuando la Ley 24/2013 proclama, por ejemplo, que "el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general" (art. 2.2) o que las telecomunicaciones lo son, igualmente, en virtud del artículo 2.1 de la Ley 9/2014, el legislador nos está hablando de actividades, no del marco institucional de desarrollo de cierta actividad. Por esta razón, es perfectamente posible compatibilizar la calificación como servicio de interés económico general con la libre competencia, o sea, con el mercado. Es posible calificar una actividad desde

el punto de vista del interés general, pero, en cambio, no lo puede ser el marco institucional en el que las actividades se desempeñan.

Es significativo que la Constitución, cuando reconoce la libertad de empresa lo hace "en el marco de la economía de mercado", así como que el interés general es una "exigencia" que se proyecta, sobre aquella libertad, o sea, la actividad que le sirve de concreción. El mercado es el marco institucional de las libertades y de las actividades. Estas sí que pueden verse afectadas por el interés general. En cambio, aquel, como tal marco institucional, no; las actividades que se producen en su seno sí lo han de estar porque lo está la libertad de la que las actividades son la concreción de su ejercicio. Es coherente que la ley, cuando se refiere al mercado, no lo afecte, en tanto que tal, al interés general, sino en relación con su funcionamiento. Cierta manera de producirse los operadores dentro de dicho marco (funcionamiento correcto, transparente y competitivo), es el que genera un resultado que es de interés general.

A su vez, la ley señala cuál es el objetivo o los objetivos a alcanzar, tanto los de la ley como los de las potestades que habilita. Es más, si las habilita es porque la ley pretende que se alcancen los objetivos que detalla. Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley 24/2013 utiliza una fórmula sintética para especificar que la finalidad es "garantizar el suministro de energía eléctrica, y de adecuarlo a las necesidades de los consumidores en términos de seguridad, calidad, eficiencia, objetividad, transparencia y al mínimo coste". Más extenso es el relato de los fines del artículo 3 de la Ley 9/2014, en relación con las telecomunicaciones[18] que se concretan en competencia, infraestructuras, obligaciones de servicio público, derechos de los

[18] Los objetivos que la ley enumera son los siguientes: "a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones.... b) Desarrollar la economía y el empleo digital.... c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.... d) Promover el desarrollo de la industria de productos y equipos de telecomunicaciones. e) Contribuir al desarrollo del mercado interior de servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea. f) Promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras.... g) Hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones.... h) Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación. i) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.... j) Defender los intereses de los usuarios.... k) Salvaguardar y proteger en los mercados de telecomunicaciones la satisfacción de las necesidades de grupos sociales específicos.... [Y] l) Facilitar el acceso de los usuarios con discapacidad a los servicios de comunicaciones electrónicas y al uso de equipos terminales".

usuarios y acceso de las personas con discapacidad. El interés general se concreta en los objetos/objetivos indicados. En el caso de la defensa de la competencia, el interés se encarna en un mercado que reúne ciertas cualidades: un funcionamiento correcto, transparente y competitivo.

Los objetivos de interés general se proyectan sobre las actividades previamente calificadas como servicios de interés económico general para singularizarlas, respecto de cualquier otra, como sucede en el caso de los sectores regulados. En los demás, en todos los demás, no es necesario dicha reduplicación de la significación para el interés general. El mero objetivo a alcanzar es suficiente para proyectar las funciones de la Administración. Cuando se pretenda que estas ganen en intensidad, la reduplicación es imprescindible. En cambio, cuando se trata de proteger la legalidad y de castigar las ilegalidades, no es imprescindible singularizar la actividad. La misma singularidad viene dada por el Derecho a proteger. Así sucede, como digo, en el caso de la defensa de la competencia.

En *tercer* lugar, la autoridad de regulación y la de defensa de la competencia ejerce las funciones de regulación y de defensa de la competencia mediante el despliegue de una función más concreta: la supervisión y el control. Aquella autoridad, ejerce la función de supervisión y control en relación con los mercados de comunicaciones electrónicas (art. 6 de la Ley 3/2013), postal (art. 8) y de comunicación audiovisual (art. 9), así como en los sectores económicos de energía, tanto eléctrica como de gas natural (art. 7) y ferroviario (art. 11). Y también la autoridad de defensa de la competencia ejerce la función de supervisión y control, aunque, en este caso, respecto de todos los mercados y sectores (art. 5 de la Ley 3/2013).

La función de *supervisión y control* tiene dos vertientes. Por un lado, el examen de los sectores y operadores, lo que le permitirá requerir la información que precise (incluida la relativa al cumplimiento de la normativa aplicable[19]) y, por otro, las consecuencias jurídico-formales de dicha información. Estas pueden ser muy variadas, desde los informes a la iniciación de una actuación inspectora en el seno del procedimiento sancionador correspondiente. Al menos, en todo caso, da lugar a los requerimientos de información cuyo incumplimiento será objeto de castigo.

---

[19] Así, por ejemplo, el supuesto contemplado en el art. 47 de la Ley 24/2013, en relación con las empresas comercializadoras de la energía eléctrica.

Y *cuarto*, al servicio de las funciones reseñadas, la CNMC, tanto como autoridad de regulación como de defensa de la competencia se puede servir de las potestades que le habilita la ley[20] y que pueden ser clasificadas, según la tradición dogmática en las cuatro siguientes que son las esenciales[21]:

1) La potestad para producir *normas* jurídicas de rango reglamentario bajo el ropaje formal de circulares.
2) La potestad para producir actos administrativos de *autorización*, licencia, inscripción y demás, o sea, aquellos actos que hacen posible que un operador del mercado pueda desarrollar cierta actividad[22].
3) La potestad para imponer *obligaciones*[23] o resoluciones jurídicas vinculantes de protección de los consumidores[24].
4) La potestad *sancionadora*.

---

[20] Hay que tener presente que estas funciones y potestades están repartidas desigualmente en los distintos ámbitos, sectores o mercados. Si nos centramos en los dos de referencia, el energético y el de comunicaciones electrónicas, podemos comprobar que el regulador, en aquel caso es, esencialmente, una autoridad de informe, sin funciones que se traduzcan tanto en la emisión de autorizaciones como en la de imposición de obligaciones. En cambio, en el ámbito de las comunicaciones, el regulador despliega el elenco completo de funciones, de autorización, imposición de obligaciones y sanciones, sin olvidar la potestad reglamentaria.

[21] Al margen dejo la función de emisión de informes, consultas e, incluso, información al público, así como la de arbitraje y la de resolución de conflictos entre operadores. Incluso, en algún caso, se habilita a la Comisión para formular propuestas al Gobierno en relación con la situación del sector para la aprobación, incluso, de normas reglamentarias. Así, por ejemplo, la disposición adicional octava de la Ley 24/2013 habilita a la Comisión a "realizar propuesta al Gobierno para que establezca, por vía reglamentaria, mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica". Mayor trascendencia práctica tienen las funciones técnicas como la de liquidación de saldos, en el caso del sector de la energía, o la administración del fondo de las obligaciones de servicio público en el caso de las comunicaciones electrónicas.

[22] Así, por ejemplo, el de autorización de las concentraciones.

[23] Caso de las que puede imponer a los operadores de comunicaciones electrónicas con poder significativo en mercados de referencia (art. 14 de la Ley 9/2014, general de telecomunicaciones); o, incluso, la separación funcional obligatoria a tales operadores (art. 16 de la Ley 9/2014). En cambio, la imposición de las denominadas obligaciones de servicio público corresponde al Ministerio (art. 23.4 de la Ley 9/2014).

[24] Caso de la que puede adoptar en el ámbito de la energía eléctrica como consecuencia de la supervisión del cumplimiento de las medidas de protección de los consumidores (art. 43.6 de la Ley 24/2013).

Estas son las potestades que daría lugar a actos, resoluciones y reglamentos con eficacia jurídica vinculante respecto de sus destinatarios. En relación con la defensa de la competencia[25], materia que ahora nos interesa, me voy a concentrar en dos[26] que considero importantes por su capacidad para incidir sobre los derechos de los afectados o interesados. Por un lado, las potestades de investigación, que se traducen, en particular, en la de requerir información y la de inspeccionar locales y bienes. Y, por otro, la potestad sancionadora. Por lo tanto, me centro en la imagen más convencional de la autoridad de defensa de la competencia, aquella que investiga y castiga las conductas prohibidas. Estas son las potestades que serán objeto de análisis a continuación.

3. SUPERVISIÓN Y VIGILANCIA

La función de defensa de la competencia que corresponde a la CNMC consiste, como ha sido expuesto, en la "supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos" para "garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva", "en beneficio de los consumidores y usuarios", mediante la aplicación

---

[25] En el ámbito regulatorio, quedaría al margen del presente análisis, los importantes procedimientos que ha de seguir la Comisión para imponer obligaciones a los operadores de las comunicaciones electrónicas. Por ejemplo: 1) Imponer al operador con poder significativo en mercados de referencia las obligaciones específicas de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso control de precios (art. 14); 2) "Decidir la imposición, como medida excepcional, a los operadores con poder significativo en el mercado integrados verticalmente, de la obligación de separación funcional de acuerdo con los requisitos y procedimientos indicados en el artículo 16 de la presente ley"; 3) "Intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en los términos establecidos en el artículo 12 de la presente ley y su normativa de desarrollo"; y 4) "Decidir la imposición de obligaciones a los operadores que dispongan de interfaces de programa de aplicaciones (API) y guías electrónicas de programación (EPG) para que faciliten el acceso a estos recursos, en la medida que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a determinados servicios digitales de radiodifusión y televisión".

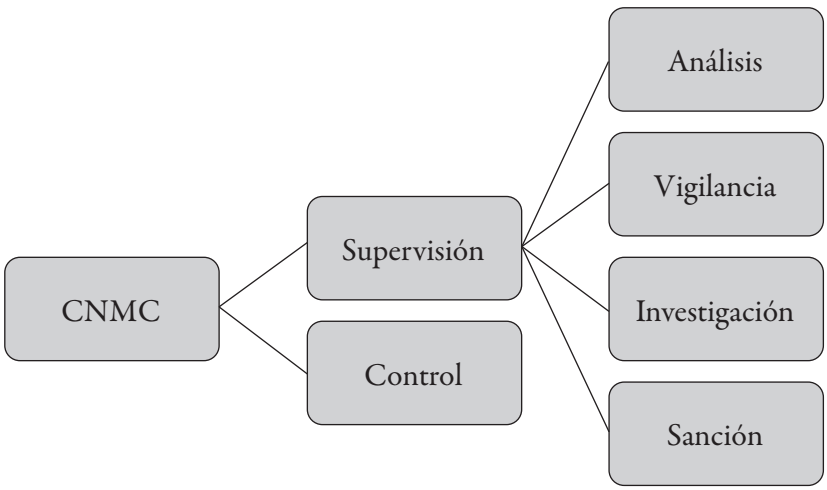
[26] En el ámbito de la defensa de la competencia, aunque entendida como función preventiva, más que de reacción a lo prohibido, que es el ámbito que más nos interesa, dejo de considerar tanto el procedimiento de autorización de concentraciones económicas, como el de análisis de las ayudas públicas en relación con su impacto sobre la competencia.

de lo dispuesto en la Ley 15/2007[27] a "conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia", el control de concentraciones económicas y de las ayudas públicas. Esta es la caracterización jurídico-formal que resulta del artículo 5 de la Ley 3/2013.

3.1. De la supervisión a la investigación

La supervisión y el control son funciones instrumentales al servicio de la defensa de la competencia. Consisten en la vigilancia de las actividades desplegadas por las empresas para comprobar el cumplimiento de la legislación aplicable. Mientras el control se proyecta, tiene por objeto, ciertas actividades a los solos efectos de comprobar el cumplimiento de unos requisitos igualmente concretos, la supervisión se mueve en un plano genérico. En la supervisión, a diferencia del control, no hay una actividad concreta que investigar, ni unos requisitos específicos que examinar, sino todo un sector o ámbito de actividades. Así, por ejemplo, se puede hablar del control a los efectos del otorgamiento de una autorización, en cambio, sería incorrecto utilizar el término supervisión.

Tabla 1. Clasificación de las potestades enmarcadas por la función de supervisión



[27] Así como la aplicación de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE que, como se analizará, tiene preeminencia en la aplicación del Derecho de la competencia.

La supervisión es una función de vigilancia, en sentido amplio, pero con un grado considerable de generalidad, en cuanto a los sujetos, las actividades e, incluso, los parámetros legales. Al tratarse de una función, la autoridad correspondiente puede estar habilitada con un elenco relevante de medios de los que se puede valer[28].

---

[28] En el ámbito del Derecho de la Unión encontramos numerosos ejemplos de supervisión y los poderes de los que la autoridad de supervisión se puede servir. Así, por ejemplo, en la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en el artículo 69 se enumeran los medios de los que se podrán servir las autoridades de supervisión, bajo el epígrafe de "competencias de supervisión":
"1. Las autoridades competentes dispondrán de todas las competencias de supervisión, incluidas las **competencias de investigación y correctivas** necesarias para el ejercicio de sus funciones con arreglo a la presente Directiva y al Reglamento (UE) 600/2014.
2. Las competencias a que se refiere el apartado 1 incluirán, como mínimo, las siguientes:
a) **tener acceso a cualquier documento** bajo cualquier forma o a otros datos que la autoridad competente considere que pueden ser relevantes para el ejercicio de sus funciones y recibir o procurarse copia de los mismos;
b) requerir o solicitar a cualquier persona que facilite información y, si es necesario, convocar e interrogar a una persona para obtener información;
c) realizar inspecciones o investigaciones in situ;
d) exigir las grabaciones de conversaciones telefónicas o comunicaciones electrónicas o los registros existentes de otros tipos de tráfico de datos mantenidos por empresas de servicios de inversión, entidades de crédito o cualesquiera otras entidades reguladas por la presente Directiva o el Reglamento (UE) 600/2014;
e) exigir el embargo o el secuestro de activos, o ambos;
f) exigir la prohibición temporal de ejercer la actividad profesional;
g) exigir que los auditores de empresas de servicios de inversión, mercados regulados y proveedores de servicios de suministro de datos autorizados **faciliten información**;
h) **remitir asuntos a los tribunales** para su procesamiento penal;
i) autorizar a auditores o expertos a llevar a cabo **verificaciones o investigaciones**;
j) requerir o solicitar a cualquier persona que **facilite información**, incluida toda la documentación pertinente, acerca del volumen y la finalidad de una posición o exposición contraída a través de un derivado sobre materias primas, así como de los activos y pasivos del mercado subyacente;
k) **exigir el cese provisional o definitivo de toda práctica o conducta** que la autoridad competente considere contraria a las disposiciones del Reglamento (UE) 600/2014 y a las disposiciones adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva y prevenir la repetición de dicha práctica o conducta;
l) adoptar **cualquier tipo de medida** para asegurarse de que las empresas de servicios de inversión, los mercados regulados y las demás personas a las que se aplica la presente Directiva o el Reglamento (UE) 600/2014 siguen cumpliendo los requisitos legales;
m) exigir que se **suspenda la negociación** de un instrumento financiero;
n) exigir que se **excluya de la negociación** un instrumento financiero, ya sea en un mercado regulado o en otros sistemas de negociación;

En el caso específico de la defensa de la competencia, nuestra legislación, como ha sido expuesto, entiende que la supervisión y el control de todos los mercados y sectores hacen posible la tutela de la competencia para garantizar que sea efectiva. Y esa supervisión es la que da lugar a la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Se supervisa y se aplican las prohibiciones y las sanciones.

Cuando se da el paso hacia los poderes, la legislación de la autoridad, la CNMC, prefiere hablar, en lo que ahora nos interesa, de inspección ("facultades de inspección": art. 27 de la Ley 3/2013), de "deber de colaboración" (art. 28 de la Ley 3/2013) y de "potestad sancionadora" (art. 29 de la Ley 3/2013). Esto en lo que se refiere a los poderes generales de la CNMC. A su vez, la legislación de defensa de la competencia (Ley 15/2007), solo habla de procedimientos y, en particular, del sancionador (arts. 49 y ss. de la Ley 15/2007). Desaparece la supervisión.

La supervisión, así pues, es la función de vigilancia, en sentido amplio, que despliega la autoridad de defensa de la competencia y que se concreta en otras actividades, en particular, en lo que ahora nos interesa, en las siguientes: (1) el

---

o) solicitar a cualquier persona que **adopte medidas para reducir el volumen** de una posición o exposición;
p) **limitar la capacidad de toda persona de suscribir un contrato de derivados** sobre materias primas, lo que incluye la introducción de límites al tamaño de las posiciones que una persona pueda mantener en todo momento de conformidad con el artículo 57 de la presente Directiva;
q) publicar **avisos**;
r) exigir, en la medida en que lo permita el Derecho nacional, los **registros existentes sobre el tráfico de datos que mantenga un operador de telecomunicaciones**, cuando exista una sospecha razonable de infracción y cuando dichos registros puedan ser pertinentes para una investigación relacionada con la violación de la presente Directiva o del Reglamento (UE) 600/2014;
s) **suspender la comercialización o venta** de instrumentos financieros o de depósitos estructurados cuando se cumplan las condiciones establecidas en los artículos 40, 41 o 42 del Reglamento (UE) 600/2014;
t) **suspender la comercialización o venta** de instrumentos financieros o de depósitos estructurados cuando una empresa de servicios de inversión no haya desarrollado o aplicado un proceso eficaz de aprobación de productos o haya incumplido de otro modo lo dispuesto en el artículo 16, apartado 3, de la presente Directiva;
u) exigir que se aparte a una persona física del órgano de dirección de la empresa de servicios de inversión o del organismo rector del mercado".

análisis y estudio de un sector o mercado; (2) la vigilancia, en sentido estricto; (3) la investigación; y (4) la sanción.

La *vigilancia*, en sentido estricto, es una tarea preventiva, de comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Para el desarrollo de esta función, la autoridad podrá dirigir requerimientos de información, pero al no sostenerse en ninguna sospecha de ilegalidad, es lógico que se habrá de limitar, en el marco de lo necesario, a obtener datos que permita valorar si la empresa correspondiente está cumpliendo con lo exigido por la ley. La información habrá de ajustarse, en lo que a la necesidad y proporcionalidad se refiere, a esta función de comprobación.

Más interés tiene, a nuestros efectos, la función de *investigación*. En este caso, sí que debería haber un indicio de ilegalidad, más o menos consistente, pero indicio alguno que sirva de soporte a la necesidad y a la proporcionalidad, en los términos que se razonarán más adelante. Así considerada, la investigación tiene: 1) Una finalidad; 2) Un objeto; 3) Unos sujetos que la soportan; y 4) Unos medios o potestades de las que se sirve la autoridad de investigación en el desarrollo de su función.

En *primer* lugar, la finalidad es la comprobación de que una empresa o asociación de empresas no ha incurrido en ninguna de las conductas prohibidas por el TFUE y la ley, o sea, las conductas colusorias del artículo 101 del TFUE y del artículo 1 de la Ley 15/2007, y los abusos de posición de dominio del artículo 102 del TFUE y el artículo 2 de la misma ley[29].

El Derecho de la Unión tiene primacía respecto del Derecho nacional. En el ámbito de la defensa de la competencia, las autoridades nacionales deberán aplicar, de manera coordinada con el Derecho nacional, el Derecho de la Unión, pero respetando, en todo caso, la preeminencia de este[30].

---

[29] Hay que incluir a los actos de competencia desleal, en los términos del artículo 3 de la Ley 15/2007, en tanto falseen la libre competencia. A los efectos de esta investigación, excede de nuestro ámbito de estudio. Queda aquí referenciado.

[30] Como dispone el Reglamento (CE) 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 [en las actualidad, los artículos 101 y 102 del TFUE], "cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, *aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o*

El Derecho de la Unión y el nacional corren paralelos en la prescripción de las conductas prohibidas como conductas colusorias o abusos de dominio.

Tabla 2. Conductas prohibidas: conductas colusorias

TFUE	Ley 15/2007
Colusión	
Art. 101	***Art. 1***
1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:	1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:
a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.	a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.	b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.	c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva.	d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.	e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, *aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado*" (art. 3.1). Ahora bien, "la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia" (art. 11.6).

Tabla 3. Conductas prohibidas: abuso de posición de dominio

TFUE	Ley 15/2007
Abuso de posición de dominio	
Art. 102	*Art. 2*
Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.	1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:	2. El abuso podrá consistir, en particular, en:
a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.	a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.	b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
	c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva.	d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.	e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

Así pues, el Derecho de la Unión como el nacional prohíben, por un lado, todo acuerdo, decisión o recomendación, o práctica, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Y, por otro, el *abuso de posición dominante* consistente en la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

En *segundo* lugar, para comprobar que los empresarios han incurrido en alguna de las prohibiciones indicadas (de conductas colusorias y de abuso de posición de dominio), la autoridad de defensa de la competencia deberá investigar.

Investigar es, según el Diccionario de la Lengua Española, "indagar para aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente". A su vez, indagar, "intentar averiguar algo discurriendo o con preguntas". Lo que nos conduce a "averiguar": "Inquirir la verdad hasta descubrirla". Y aquí se cierra el círculo. Porque inquirir nos conduce, precisamente, a "indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo".

Investigar, indagar, averiguar tienen en común: (1) el qué: las conductas de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente; (2) el cómo: discurriendo o con preguntas; y (3) el para qué: descubrir la verdad. Y todo esto exige cuidado o diligencia, máxime cuando se trata de comportamientos eventualmente ilegales.

El objeto de la investigación son las conductas de los empresarios, que son los únicos que pueden incurrir en las prohibiciones reseñadas y, por consiguiente, los eventuales sujetos infractores a los efectos de la imposición de los castigos[31]. Ahora bien, el ámbito de la investigación no se limita a estos sujetos; se extiende a todos aquellos que puedan facilitar información relevante para la determinación de las ilegalidades. Aquí se plantea el problema jurídico central relativo al alcance del deber de colaboración, como se analizará.

En *tercer* lugar, los sujetos que son objeto de la investigación son, como se ha indicado, los susceptibles de ser considerados como sujetos responsables de las infracciones. Ahora bien, el alcance de la investigación puede abarcar a otros sujetos. En el caso de los presuntos responsables de las infracciones, conforme a la ley de defensa de la competencia, el eventual problema jurídico se plantearía por el conflicto con el derecho a no auto-incriminarse y, respecto de los que no

---

[31] El artículo 61 de la Ley 15/2007 dispone que "serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley". Y se añade en el segundo apartado: "A los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas".

podrían ser así considerados pero que pudieran contar con información, la imposición de tal deber. Sobre esta cuestión se disertará más adelante.

Y, en *cuarto* lugar, los medios o potestades de las que la autoridad se podrá valer para desplegar su investigación. Estos medios jurídicos son, como se analizará: (1) el requerimiento de información; y (2) la inspección.

A continuación, me voy a centrar en estas dos últimas cuestiones por su singular relevancia a los efectos de esta investigación.

3.2. Sujeto sometido a investigación

El Derecho como técnica social se proyecta, como insistiera Kant, sobre una relación. Sobre la relación jurídica entre dos sujetos, en nuestro caso, una autoridad y, en términos genéricos, una empresa. Si la autoridad aparece dotada de potestades, al servicio de las funciones que tiene encomendadas, los agentes económicos soportan deberes, pero también disfrutan de derechos. La relación tiene un doble sentido: de las potestades (de las Administraciones) a los deberes (de las empresas), pero admite otro: de los derechos (de las empresas) a las potestades, lo que se traduce en límites y controles que las Administraciones deberán soportar.

En ese contexto subjetivo y relacional, las autoridades de defensa de la competencia cuentan, para el desarrollo de sus funciones, con "poderes de investigación". Investigar quiere decir recabar información. Las funciones de las autoridades dependen de la información; información sobre la existencia de conductas prohibidas. Información, en definitiva, para desencadenar el ejercicio de otras potestades, en particular, la sancionadora.

La información está en manos de la empresa. Se le ha de pedir u obtener. Es lógico que, el operador, en defensa de sus intereses, o no la facilite, obstaculice su obtención o, incluso, la suministre de manera viciada, limitada o incompleta. En consecuencia, el Derecho, por un lado, impone un deber jurídico, así como, por otro, habilita las potestades para la obtención de la información. Es un campo de batalla esencial porque, con esta información, la correcta, exacta y completa, la autoridad podrá ejercer, como digo, sus poderes.

La autoridad depende de la información. El Derecho regula el cómo se ha de obtener. Dos son las reglas básicas: 1) Definir una situación jurídica del operador que le obligue a facilitar la información; y 2) Habilitar a la Administración con

los poderes adecuados para hacer cumplir, incluso, coactivamente, la obligación. Sin embargo, no se puede olvidar que nadie está obligado a auto-incriminarse.

La investigación se puede desarrollar bien solicitando información a la empresa o bien inspeccionando in situ sus instalaciones. La primera, admite distintos grados de intensidad conminatoria. Desde la mera solicitud al requerimiento obligatorio de la información. A su vez, la inspección se traduce en un elenco de facultades que van desde el mero acceso hasta el precintado de bienes. En todo caso, es clave el juego expuesto entre deber y potestad; hay un deber y una potestad habilitada para hacerlo cumplir. Ahora bien, en este tipo de relación son igualmente relevantes los límites a la potestad y los correlativos derechos con los que cuenta el obligado. Cuando se rompe el doble sentido de la relación (del deber a la potestad; y de la potestad a los derechos), entramos en el ámbito de la arbitrariedad, el abuso y la lesión de los derechos.

La investigación está íntimamente relacionada con la vigilancia; presupone, en el fondo, que el investigado está en una "relación de vigilancia"; está bajo la vigilancia de la Administración. La relación de "vigilancia" es la consecuencia de la ley que califica ciertas actividades como de interés general. La vigilancia se proyecta sobre ciertas actividades para la comprobación del cumplimiento de las reglas. Las actividades pueden ser, en lo que ahora nos interesa: 1) Servicios de interés económico general (caso de las actividades sometidas a regulación); o 2) Cualquier otra cuando es de interés general que la competencia sea correcta, transparente y efectiva. Este último caso son las que constituye el objeto de la función de defensa de la competencia.

A diferencia de lo que sucede con la regulación, en la defensa de la competencia, es la práctica de ciertas conductas, o la sospecha de su práctica, la que desencadena la vigilancia. En el caso de que así sean apreciadas mediante la correspondiente resolución que fija deberes, condiciones u otras órdenes[32], la vigi-

[32] El artículo 41.1 de la Ley 15/2007 la contempla en los siguientes términos: "La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente ley y sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones". "La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de la Competencia o acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento".

lancia tiene una finalidad específica: la comprobación del cumplimiento de lo particularmente impuesto.

La vigilancia constituye una relación jurídica entre la Administración y la empresa en la que aquella tiene potestades, esta obligaciones, tanto como derechos. Para que se pueda instituir, es imprescindible que exista una sospecha de ilegalidad. La Administración no puede vigilar a quien quiera, cuando quiera y como quiera. En tal caso, no habría libertad. Tiene que haber un indicio o sospecha para que la vigilancia se pueda desplegar.

a) Sospecha de ilegalidad

La sospecha de la ilegalidad es la que coloca a cierto sujeto en una relación de vigilancia. La libertad de empresa protege el desarrollo de la actividad empresarial lo que prohíbe que el empresario pueda ser sometido a cualquier tipo de vigilancia que, en última instancia, supone un control sobre la actividad que desarrolla. Solo será posible, al menos, cuando hay algún indicio de ilicitud a comprobar por la Administración.

El sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) le impide a la Administración la inactividad frente a su incumplimiento; específicamente, la

---

El artículo 53 de la Ley 15/2007 prevé, como ya nos consta, que, en las resoluciones de la Comisión, usualmente, una vez ha apreciado la concurrencia de cierta conducta prohibida, la imposición de distintas órdenes (cesación, condiciones u obligaciones determinadas y remoción de los efectos) que pueden ser ejecutadas forzosamente sirviéndose de los medios habilitados por la ley. "La Comisión Nacional de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas: a) A cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la ley; b) A deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la ley; c) A la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia; d) Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o en los Acuerdos de Consejo de Ministros según lo previsto en la presente ley; e) Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia o del Consejo de Ministros; f) Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 39; [y] g) Al cumplimiento de las medidas cautelares". Por lo tanto, sin perjuicio de habilitar cualquier otro medio de ejecución forzosa, el específicamente contemplado en la ley es el de la multa coercitiva.

CNMC fue creada para "garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios" (art. 1.2 Ley 3/2013). En negativo, esta función se traduce en la persecución de las conductas que, afectando negativamente a los objetivos expuestos, son contrarias a la ley porque han sido tipificadas como conductas prohibidas e, incluso, susceptibles de castigo. Para garantizar y preservar (no así para promover, por razones evidentes), el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva, la CNMC podrá investigar.

Los sujetos del mercado, los titulares de la libertad de empresa, no están situados en una relación genérica de vigilancia; libertad y vigilancia serían contradictorios. Solo es posible, en términos jurídicos, la vigilancia si hay una sospecha. Y esta se constituye sobre un indicio de ilegalidad.

El artículo 28.1 de la Ley 3/2013 especifica que "los requerimientos de información habrán de estar motivados y ser proporcionados al fin perseguido". En el requerimiento "se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma". Si la finalidad es estadística, no se precisa sospecha. En cambio, si la función que se despliega es la de defensa de la competencia, la autoridad deberá señalar cuál es la circunstancia que le suscita la necesidad de investigar por entender que hay alguna situación que supone una amenaza a la competencia, o sea, al mercado, competitivo, transparente y efectivo, por lo que resulta necesaria la información.

A su vez, en el caso de la inspección, el artículo 27.1 de la Ley 3/2003 especifica que las inspecciones han de ser "necesarias... para la debida aplicación de esta ley". Tiene que haber una necesidad y esta necesidad solo puede ser aquella relacionada con la investigación de una conducta prohibida. No se investiga lo no-prohibido; se investiga la posible producción de alguna conducta ilegal. Tiene que haber, como digo, la sospecha o el indicio de ilegalidad. Solo así se podría afectar la libertad de empresa y de empresarios.

Y esa sospecha deberá constituir la base esencial de la motivación de los actos de requerimiento de información como de autorización de la práctica de la inspección. Es la necesidad, desde el punto de vista de la función de supervisión para garantizar el cumplimiento de la ley, la que puede y debe justificar la prácti-

ca de unos actos y actividades que tienen unos efectos tan intensos sobre la esfera de derechos de los ciudadanos.

b) De la sospecha a la "noticia". La información reservada

Si la sospecha ha de ser la base de la investigación, un paso más se daría cuando se tiene "noticia" de la infracción. En tal caso, de la investigación se pasa a lo que en términos procedimentales se denomina la información reservada a la que se refiere el artículo 49.2 de la Ley 15/2007: "Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de *determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador*".

Es significativo el término utilizado: "noticia" de la infracción. A partir de esta noticia, el empresario queda en una situación de vigilancia en la que se podrán desplegar las potestades que vamos a exponer, incluida la de inspección, en los términos expuestos. Ahora bien, el carácter reservado de las actuaciones, condicionan las posibilidades de defensa del afectado. Es una zona gris entre libertad y función pública; la eficacia de esta se podría ver comprometida por la transparencia. Aunque también esta podría suponer una lesión, innecesaria, para el afectado cuando no hay elementos suficientes para sostener la acusación de infracción.

c) De la investigación a la sanción, pasando por la inspección

En definitiva, la vigilancia constituye una relación por la que un sujeto es objeto de actos dirigidos a la averiguación de ciertas conductas que serían inicialmente consideradas como ilegales. En consecuencia, se tiene que constituir cuando hay algún tipo de sospecha de ilicitud. Sería suficiente para efectuar, como se analizará, el requerimiento de información para dar soporte y consistencia a la sospecha. El paso siguiente sería el de la noticia ya de infracción. En tal caso, se formaliza, a partir de la noticia, un trámite procedimental de la "información reservada". En este contexto, se podrá desencadenar el ejercicio de la potestad de inspección.

La inspección precisa de algo más que la mera sospecha de la ilegalidad; tiene que haber una consistente noticia de infracción, solo así se podría justificar una incidencia tan intensa en la esfera de derechos de las personas.

Sin sospecha no se puede requerir y aún menos, inspeccionar; esta requiere, al menos, la noticia. En el seno ya del procedimiento sancionador, los agentes de la autoridad podrán tanto requerir información como inspeccionar. Por lo tanto, queda descartada la vigilancia sin sospecha de ilegalidad. Cuando, en cambio, sea consistente la noticia de infracción, se deberá desencadenar el procedimiento sancionador, al menos, con la incoación de la información reservada.

3.3. Excurso ¿Situación jurídica general de obligado a prestar colaboración con la Administración?

En contra de la tesis aquí postulada, podría erigirse el juego combinado de lo dispuesto en los artículos 4 de la Ley 40/2015 y 18 de la Ley 39/2015. El primero habilita una suerte de potestad genérica de investigación, en el marco, aún más genérico, de velar por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación, en los siguientes términos:

> "Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias".

A su vez, el segundo, establece una suerte de obligación general de colaborar en los siguientes términos:

> "Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias, salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas".

El primero, como digo, habilita una potestad general para "velar" por el "cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación". Si la Administración está sometida a la ley y al Derecho (art. 103 CE), es lógico que ese sometimiento incluya velar por el cumplimiento de la ley por todos aquellos que a ella están sometidos. El problema jurídico, incluso, de constitucionalidad, se plantea con los medios de los que se podría servir para desarrollar tal función: comprobar, verificar, investigar e inspeccionar, sin mayor límite que las competencias y la legislación de protección de datos de carácter personal. Es evidente que es una desmesura. No parece razonable que la mera habilitación de la Ley 40/2015 pueda prestar suficiente cobertura para llevar a cabo desde comprobaciones, verificaciones, investigaciones hasta inspecciones. La incidencia aflictiva sobre la esfera de los derechos puede alcanzar un grado muy considerable cuando se trata de estas últimas como para que se requiera una habilitación específica; no es suficiente la que comentamos.

En puridad, el artículo 4 de la Ley 40/2015 define la función de la Administración de velar por el cumplimiento de la legalidad; en cambio, no parece razonable que sea suficiente para habilitar el uso de medios tan incisivos en el terreno de las libertades. Y aún menos cuando el último límite es el de la legislación de protección de datos. Una interpretación conforme a la Constitución exigiría el concurso de una ley específica para la habilitación de los medios.

Es imprescindible, en los términos aquí planteados, distinguir entre la función de velar y los medios para comprobar el cumplimiento que relaciona el artículo. El concurso de estos medios requeriría habilitaciones específicas en función de la intensidad de la afectación a los derechos de los sometidos a la función de la Administración.

Los medios de los que habla el artículo 4 de la Ley 40/2015 se pueden clasificar en dos grandes grupos: el primero, los que podemos denominar genéricamente como de examen, como la comprobación y la verificación. Y el segundo, serían los de indagación, que incluiría la investigación y la inspección.

El examen no requiere indicio o sospecha alguna de ilegalidad; sería la comprobación/verificación del cumplimiento de unos requisitos establecidos por la legislación. El revisor que en el tren nos pide el billete, no sospecha ilegalidad alguna, simplemente pretende acreditar la tenencia del título válido para efectuar el viaje. Se trata de un mero examen del cumplimiento de la ley. Por lo tanto, la incidencia es mínima, mera molestia, por lo que la habilitación general sería suficiente.

En cambio, para los medios de indagación, que van desde la investigación a la inspección, se requiere el concurso de la sospecha de ilegalidad, que solo en el caso de la inspección se concreta en la "noticia" de la posible infracción. Como he expuesto, incluso en el Diccionario de la Lengua, la investigación presupone una conducta ilícita. Frente a estos medios, se ha de exigir habilitaciones específicas. No basta la genérica de la ley. Precisamente porque los deberes que soporta el afectado sobrepasa la mera molestia, como en el examen. Ya tiene que desplegar una colaboración que va desde la facilitación de documentación hasta la realización de las inspecciones en los locales e instalaciones.

A su vez, el artículo 18 de la Ley 39/2015 va un paso aún más lejos hasta precipitarse en la inconstitucionalidad. Su antecedente, el artículo 39 de la Ley 30/1992, exigía ley específica al disponer que "los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación solo en los casos previstos por la ley". Ahora se impone por la propia ley general, la Ley 39/2015, "a falta de previsión expresa" en la ley. Estamos ante una imposición por silencio; una imposición general e indiscriminada. Una desmesura. Un deber general que soportan, como digo, todos los ciudadanos y es aún más estridente la imposición cuanto se formula sin matizar los distintos medios de los que la Administración se puede servir para reclamar la colaboración. Se impone que los ciudadanos "facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias". No solo se mezclan distintos medios, con distinta incidencia en el ámbito de los derechos, sino que hay una habilitación general a utilizar cualesquiera "otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias".

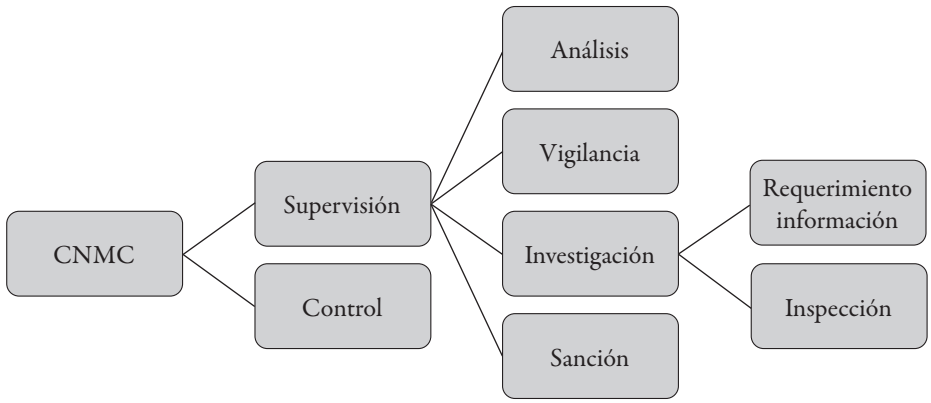
El desconocimiento de la distinta incidencia de los medios sobre los derechos es ya, de por sí, criticable, pero aún más cuando la habilitación supone una suerte de cheque en blanco a la Administración para que elija el que considere oportuno con la mera cobertura de la Ley 39/2015. Así pues, desde la perspectiva de los derechos, no sería suficiente la habilitación general e indeterminada. Se precisa de una habilitación específica.

En relación con la defensa de la competencia, encontramos, por lo que ahora nos interesa, tanto una habilitación específica de las potestades de investigación e inspección, como de la imposición de un deber concreto de colaboración, en los términos que se analizará a continuación.

4. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN E INSPECCIÓN

En el marco de la función de investigación, que va más allá, como he expuesto, de la mera comprobación/verificación, porque presupone un indicio o sospecha de ilegalidad, la autoridad de defensa de la competencia se puede servir, en orden a la acreditación de la ilegalidad, del requerimiento de información y de la inspección. El salto cualitativo se produce cuando la sospecha toma forma como indicio sólido de una ilegalidad constitutiva de una infracción.

Tabla 4. Encaje del requerimiento de información y de la inspección en la función de investigación



4.1. Requerimiento de información

La potestad de *requerimiento* es un medio relevante para obtener la información que la autoridad precisa para el desarrollo de sus funciones[33]. La informa-

[33] La Directiva 2019/1 regula una figura inédita, por su desarrollo normativo, entre nosotros, como es la de la entrevista. El artículo 9 dispone lo siguiente: "Los Estados miembros velarán porque las autoridades administrativas nacionales de competencia estén facultadas como mínimo para convocar a una entrevista a cualquier representante de una empresa o asociación de empresas, o a cualquier representante de otras personas jurídicas, y a cualquier persona física, cuando dicho representante o persona pueda estar en posesión de información relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE". En el Cdo. 36 se argumenta que "la experiencia demuestra que la facultad de realizar entrevistas constituye una herramienta útil a la hora de recopilar pruebas y de ayudar a las autoridades de competencia a evaluar el valor de las pruebas ya recogidas. Las ANC deben contar con medios efectivos de convocar a una entrevista a cualquier representante de una empresa o asociación de empresas, o a cualquier representante de otra persona jurídica así como a cualquier persona física que pueda estar en posesión de información relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. Los Estados miembros deben tener libertad para fijar normas que regulen la realización de estas entrevistas, siempre y cuando dichas normas permitan el empleo eficaz de esta herramienta".

ción es importante, pero aún más cuando es facilitada por quien disponga de la adecuada a los efectos indicados.

En cuanto a esta potestad, el artículo 28 de la Ley 3/2013 establece el régimen general y común tanto a la regulación como la defensa de la competencia. Este régimen general es más garantista y protector, y deberá ser el de preferente aplicación, en caso de discrepancia, respecto de los regímenes especiales que hallamos en los ámbitos de la regulación[34], como en el de la defensa de la competencia[35].

---

[34] En la legislación sustantiva de los sectores de referencia en el ámbito de la regulación también encontramos requerimientos de información, como el que las Administraciones y la CNMC pueden dirigir a las empresas eléctricas (art. 20.4, 5, 6 y 7 de la Ley 24/2013). En el caso de las telecomunicaciones, encontramos una previsión general relativa a lo que denomina como "obligaciones de suministro de información" (art. 10 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo en los siguientes términos. En *primer* lugar, se habilita la posibilidad de requerir a "las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, así como a aquellos otros agentes que intervengan en este mercado", la información "necesaria" para el cumplimiento de alguna de las finalidades que enumera). Las autoridades habilitadas son las denominadas "autoridades nacionales de reglamentación de telecomunicaciones" entre las que se incluyen la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, además del Gobierno y los Ministerios de Industria y de Economía (art. 68.1).
En *segundo* lugar, el requerimiento de información está asociado de manera necesaria a la satisfacción de unos fines que enumera el citado artículo 10. Estos fines son los siguientes: a) Satisfacer necesidades estadísticas o de análisis y para la elaboración de informes de seguimiento sectoriales; b) Comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas; c) Comprobar que la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas por parte de operadores controlados directa o indirectamente por administraciones públicas cumplen las condiciones establecidas por esta ley y sus normas de desarrollo; d) Evaluar la procedencia de las solicitudes de derechos de uso del dominio público radioeléctrico y de la numeración; e) Comprobar el uso efectivo y eficiente de frecuencias y números y el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración, direccionamiento y denominación o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada; f) Elaborar análisis que permitan la definición de los mercados de referencia, el establecimiento de condiciones específicas a los operadores con poder significativo y conocer el modo en que la futura evolución de las redes o los servicios puede repercutir en los servicios mayoristas que las empresas ponen a disposición de sus competidores; g) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones específicas impuestas en el marco de la regulación ex ante y el cumplimiento de las resoluciones dictadas para resolver conflictos entre operadores; h) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones de

servicio público y obligaciones de carácter público, así como determinar los operadores encargados de prestar el servicio universal; i) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten necesarias para garantizar un acceso equivalente para los usuarios finales con discapacidad y que estos se beneficien de la posibilidad de elección de empresas y servicios disponibles para la mayoría de los usuarios finales; j) La puesta a disposición de los ciudadanos de información o aplicaciones interactivas que posibiliten realizar comparativas sobre precios, cobertura y calidad de los servicios, en interés de los usuarios; k) La adopción de medidas destinadas a facilitar la coubicación o el uso compartido de elementos de redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados; l) Evaluar la integridad y la seguridad de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas; m) Cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico; n) Comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones nacidas de esta ley; y o) Planificar de manera eficiente el uso de fondos públicos destinados, en su caso, al despliegue de infraestructuras de telecomunicaciones.
En *tercer* lugar, esta información, por regla general, "no podrá exigirse antes del inicio de la actividad", salvo que, como resulta obvio, sea necesaria precisamente para evaluar las solicitudes de comienzo de la actividad o se refiera a la planificación del uso de los fondos públicos para el despliegue de infraestructuras.
En *cuarto* lugar, la información se suministrará en el plazo y forma que se establezca en cada requerimiento, atendidas las circunstancias del caso. En todo caso, las solicitudes de información habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido.
En *quinto* lugar, las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar a la seguridad e integridad de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas o al secreto comercial o industrial.
En *sexto* y último lugar, la ley distingue entre los requerimientos de información de una autoridad en el ámbito de las comunicaciones electrónicas de aquellos otros que pueden dictar otra Administración ajena al ámbito de las telecomunicaciones. En este caso, ciertamente, podrán solicitar información, la necesaria para el ejercicio de sus funciones, pero la ley la somete a una restricción: solo podrán dirigirse a los operadores cuando las Autoridades Nacionales de Reglamentación no dispongan de ella. Por lo tanto, primero se deberán dirigir a estas Autoridades y solo posteriormente a los operadores: "Únicamente en el caso de que las Autoridades Nacionales de Reglamentación no dispongan de la información solicitada o la misma no pueda ser proporcionada al ser confidencial por razones de seguridad o de secreto comercial o industrial, los órganos competentes de las administraciones públicas podrán solicitar dicha información en materia de telecomunicaciones de las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas".
[35] El artículo 39 de la Ley 15/2007, bajo el título "deberes de colaboración e información", dispone: "Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de esta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta ley. Dicho plazo será de 10 días, salvo que por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso se fije de forma motivada un plazo diferente".

La figura jurídica del "requerimiento" es confusa[36]. En el ámbito que ahora nos interesa, se trata de una orden que la autoridad dirige a una empresa por la que le conmina, en cumplimiento del deber de colaboración e información que la ley le impone, a facilitar cierta información que es necesaria para el ejercicio de su función de defensa de la competencia. Por lo tanto, actualiza (concreta) unos deberes legales en relación con un sujeto y un objeto (información)[37].

---

[36] Vid. Blanquer Criado (2018), pp. 646 y ss.

[37] La Directiva 2019/1 habla, específicamente, de orden. El artículo 8 regula el requerimiento de información en los siguientes términos: "Los Estados miembros velarán porque las autoridades administrativas nacionales de competencia puedan *ordenar* a las empresas y asociaciones de empresas que *faciliten toda la información necesaria para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en un plazo determinado y razonable*. *Tales requerimientos de información serán proporcionados y no obligarán a los destinatarios de las mismas a admitir la comisión de una infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE*. La obligación de facilitar toda la información necesaria se referirá a información que sea accesible a esas empresas o asociaciones de empresas. *Las autoridades nacionales de competencia también estarán facultadas para exigir a cualquier otra persona física o jurídica que facilite información que pueda resultar relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en un plazo determinado y razonable*".

Merece destacarse: 1) Se trata de una orden, un requerimiento; 2) Dirigido a empresas, pero también a cualquier persona física o jurídica; 3) La información ha de ser la "necesaria" para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE; 4) Habrá de ser facilitada en un plazo determinado y razonable; 5) El requerimiento ha de ser "proporcionado"; y 6) No obligarán a los destinatarios a admitir la comisión de una infracción.

Específicamente, el artículo 31 establece una prohibición de uso auto-incriminatorio de la información facilitada: "los Estados miembros podrán establecer que, cuando una autoridad nacional de competencia solicite a una persona física que le proporcione información sobre la base de las medidas a que se refieren el artículo 6, apartado 1, letra e), el artículo 8 o el artículo 9, dicha información *no se utilice como prueba para imponer sanciones a esa persona física o a sus parientes cercanos*".

Estamos, sin duda, ante una orden, por lo tanto, de obligado cumplimiento que, en caso de desatención, será merecedor de una sanción. El objeto del requerimiento es la información en poder de empresas, así como, en su caso, de particulares y personas jurídicas. En el Cdo. 35 se aclara el alcance de esta información: "información necesaria para detectar infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE". Y se añade "las ANC deben tener la capacidad de requerir el acceso a la información que les permita investigar presuntas infracciones". Y, por último, se especifica que "este derecho no debe traducirse en una obligación para la parte de la empresa o de la asociación de empresas que sea desproporcionada en relación con las necesidades de la investigación". "Aunque el derecho a solicitar información es crucial para detectar infracciones, estas solicitudes deben tener un alcance adecuado. Estos requerimientos no deben obligar a una empresa o las asociaciones de empresas a admitir que ha cometido una infracción, lo que corresponde demostrar a las ANC".

Necesidad y proporcionalidad en cuanto a la información requerida son las coordenadas básicas. Necesaria y proporcionada para, por un lado, detectar infracciones y por otro, investigar presuntas infracciones. No parece muy coherente. El primero, parece señalar que no hay conocimiento ni de indicio alguno de infracción, mientras que, en el segundo, sí lo habría, al tratarse de investigar presuntas infracciones, pero hay, al menos, la presunción de que puedan serlo.

Nos encontramos ante una orden[38], en los términos del artículo 84.1 de la Ley 7/1985. Una medida de intervención de la actividad (libertad) de los ciudadanos. La orden especifica los deberes que la ley impone; ha de cumplir con las exigencias del principio de legalidad en relación con las medidas de intervención (art. 4.1 de la Ley 40/2015). No se trata de un requerimiento con finalidades, digamos, informativas o estadísticas. Se trata de un mandato que la Administración dirige a las empresas, en el contexto general de la investigación, para detectar infracciones o investigar presuntas infracciones, para lo que se hace valer del deber de colaboración que la ley establece.

Es importante subrayar que el requerimiento es un poder vinculado a la función de investigación. Podría producirse fuera, por ejemplo, para atender fines estadísticos o de estudio. En cambio, el requerimiento para la investigación está vinculado a la indagación de la posible comisión de conductas infractoras. El requerimiento se podrá producir fuera o dentro del procedimiento de inspección. La información inicialmente obtenida por virtud de la orden podría dar lugar, posteriormente, a la inspección. O podría darse el caso de que, en el marco de la inspección, los inspectores requiriesen cierta información cuya necesidad se habría puesto de manifiesto como consecuencia de la investigación.

4.1.1. Competencia para formular el requerimiento

La competencia para formular los requerimientos no está especificada. Ahora bien, en buena lógica, conforme a lo ya expuesto, solo podrán ser formulados por el órgano con competencia de investigación. El requerimiento forma parte de las potestades de investigación. Su formulación solo puede competer a aquel encargado de ejercerlas, o sea, las denominadas "Direcciones de Investigación", en la terminología de la Ley 15/2007. No sería conveniente que lo formulase uno de los órganos colegiados (pleno y salas) para evitar la contaminación derivada de la participación en la instrucción de los asuntos, en particular, cuando tienen naturaleza sancionadora, puesto que rompería la regla esencial de la separación orgánica entre instrucción y resolución (art. 63 de la Ley 39/2015).

La CNMC cuenta con cuatro "direcciones de instrucción"; una de ellas es la Dirección de Competencia, a la que corresponde la "instrucción" de los expe-

[38] Blanquer (2018), p. 662.

dientes relativos a la función de defensa de la competencia (art. 25.1 de la Ley 3/2013). La terminología, equivocada, se intenta corregir en el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto) al establecer que le compete las "funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes" (art. 19). No solo instruye procedimientos, sino que también "investiga", lo que no necesariamente se produce en el seno de procedimiento. Así, en términos genéricos, le compete "promover la investigación e iniciar de oficio los procedimientos sancionadores", así como realizar las "inspecciones necesarias para la correcta aplicación de la normativa de defensa de la competencia" (art. 19).

Para que el requerimiento se produzca, al menos, tiene que existir, en los términos expuestos, una "noticia de infracción"; una sospecha de ilicitud que desencadene el acuerdo de realización de una "información reservada". El órgano de investigación, antes de requerir, deberá acordar el trámite formal indicado. No puede haber requerimiento, porque no se puede constituir al destinatario del mismo, en la obligación de cumplimentarlo, si no se ha acordado. Es el elemento formal, el requisito formal que permite hacer constar que hay unos indicios que justifican el trámite y el desencadenamiento de las potestades de la Administración, así como, por consiguiente, la constitución del destinatario en la obligación de colaborar.

4.1.2. Requerimiento. Alcance y requisitos materiales y formales

El alcance del requerimiento es "toda clase de datos e informaciones". No es, jurídicamente posible, una petición universal que, además, sería de irrealizable satisfacción, por parte del requerido. Viene delimitada por las funciones de la CNMC para la que la información es "necesaria"[39]. El artículo 28.1 de la Ley 3/2013 especifica que "los requerimientos de información habrán de estar motivados y ser proporcionados al fin perseguido". A tal fin, "en los requerimientos que dicte al efecto, se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse

[39] Aunque por un lado se habla de la función de protección de la libre competencia, también en el mismo precepto se generaliza a cualquiera de las funciones de la CNMC. También la CNMC, como autoridad de regulación, precisa contar con información.

de la misma". Por lo tanto, el requerimiento ha de cumplir unas exigencias formales y materiales.

Los requisitos *materiales* aluden a que la información ha de servir al desarrollo de una función concreta de la CNMC. Esto quiere decir que el conocimiento por parte de la autoridad de cierta información es una condición necesaria para que pueda cumplir con una función específica que la ley le ha atribuido.

Es la "noticia de infracción" a la que se refiere el artículo 49.2 de la Ley 15/2007. Es clave la condición de "necesaria". Sobre esta cuestión me extenderé más adelante. Un adelanto: ¿cómo puede la autoridad reconocer la necesidad de cierta información si la desconoce previamente? El otro requisito material se refiere a la proporcionalidad. *Necesidad y proporcionalidad* son las dos exigencias claves para delimitar el alcance del requerimiento. Me remito a lo que diré más adelante.

Los requisitos *formales* del requerimiento versan sobre la exigencia de que ha de exteriorizarse en una forma que permita: 1) La motivación; y 2) La exposición detallada y concreta del contenido de la información que se solicita, especificando, de manera justificada, la función para cuyo desarrollo se precisa y el uso que se pretende hacer.

Nos encontramos ante un acto administrativo; ante una resolución por la que, como digo, se le ordena a un sujeto entregar la información. Ese acto, además, deberá ser motivado, o sea, exponer las razones, jurídicas y materiales, que sirven de justificación o fundamento a la orden impartida. Será de aplicación el régimen general de la notificación de los actos administrativos (artículos 40 y ss. de la Ley 39/2015). Además, una vez producida la notificación, la orden es ejecutiva de manera inmediata. No puede dilatarse su eficacia porque, en tal caso, se podría producir la destrucción de la información, máxime cuando podría formar parte de un procedimiento sancionador o podría tener un contenido incriminatorio. Los actos administrativos, según la regulación general, producen efectos desde la notificación (art. 39 de la Ley 39/2015). A partir de dicho momento, la orden despliega el efecto de constituir a su destinatario en la obligación de facilitar la información solicitada. Se trata de un requerimiento; de una petición de información respaldada por la potestad de la Administración y la consiguiente obligación del destinatario. No hay voluntariedad o libertad en cumplir o no lo pedido por la Administración. Hay obligación.

4.1.3. El requerido

El requerido puede ser cualquier persona física o jurídica, tanto privada como pública. Además, la ley especifica que podrían serlo "los órganos y organismos de cualquier Administración pública". Todos, según la ley, soportan el "deber de colaboración" y la "obligación a proporcionar" la información. Es problemático que tanto personas privadas como públicas soporten el mismo deber porque, además, jurídicamente son distintas.

En el caso de las personas *públicas*, habrá que distinguir si los órganos y organismos a los que se le pide la información forman parte de la misma Administración pública, en nuestro caso, la Administración General del Estado. Siendo así que tanto la CNMC como el órgano u organismo integran lo que se denomina "sector público estatal", el deber de colaboración se ha de "coordinar" con el principio de jerarquía. La fuente del deber es una ley, en última instancia, es el máximo órgano de dicho sector, el Gobierno, el que ha de velar por el cumplimiento de la ley, o sea, el deber de colaborar. Por lo tanto, los eventuales conflictos se solucionan por vía jerárquica.

Si el requerido no forma parte del sector público estatal, el deber de colaboración se ha de insertar en el contexto de las relaciones interadministrativas reguladas en los artículos 140 y ss. de la Ley 40/2015. Es un deber específico, el de facilitar la información, dentro del genérico del artículo 141 de la indicada ley: "facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias". A su vez, el artículo 142 lo concreta en la "técnica" del "suministro de información, datos, documentos o medios probatorios que se hallen a disposición del organismo público o la entidad al que se dirige la solicitud y que la Administración solicitante precise disponer para el ejercicio de sus competencias". En caso de incumplimiento, se estaría violentando la ley por lo que un Tribunal podría entender que la actuación de la Administración es contraria a Derecho con las consecuencias que en la sentencia correspondiente se establezca.

En cambio, si se trata de una persona *privada*, la CNMC puede requerirle información y, en caso de incumplimiento, proceder al castigo; podría imponer las sanciones tipificadas en la legislación sectorial correspondiente. Por ejemplo, en el ámbito de la legislación de la energía eléctrica, es una infracción grave "el incumplimiento de cuantas obligaciones de remisión de información se deriven de la aplicación de la normativa vigente o resulten del previo requerimiento

por parte de la Administración Pública, incluida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o del Operador del Sistema o del Operador del mercado, en el ámbito de sus funciones. Asimismo, se considerará infracción grave el incumplimiento por parte de los sujetos del sistema de sus obligaciones de información o comunicación a otros sujetos del sistema. También se considerará infracción grave la no remisión de la información en la forma y plazo que resulte exigible" (art. 65). El incumplimiento reiterado de las obligaciones de información tiene, a su vez, la consideración de infracción muy grave (art. 64.9 de la Ley 24/2013).

En todo caso, puede ser cualquier sujeto, tanto público como privado, pero tiene que existir una vinculación o conexión real entre la información requerida en manos de cierto sujeto y las funciones encomendadas a la CNMC. Esta circunstancia impide que se pueda establecer a priori una relación cerrada de los sujetos a los que se puede emplazar a facilitar la información. Un padre de familia, inicialmente, por ejemplo, estaría excluido, salvo que el regulador tuviera conocimiento de que almacena información relativa a un incumplimiento cometido por una empresa. Cualquier persona. Lo único esencial es la información que dicha persona tiene en su poder y su relevancia para el desarrollo por la CNMC de sus funciones[40].

4.1.4. Situación jurídica del requerido: deber y obligación

La situación jurídica pasiva del sujeto requerido se construye sobre el juego de, por un lado, un "deber de colaboración" y, por otro, la "obligación a proporcionar". El primero es un deber genérico. Es la condición sobre la que se asienta la obligación. Es la fuente del contexto en el que se ha de producir la relación con el regulador y opera la obligación a proporcionar. Toda persona podría estar en dicha situación porque el único criterio delimitador es el de la importancia de la información en su poder. Una vez precisado el sujeto, nos falta el resto de los elementos de la estructura de la institución.

---

[40] La Directiva 2019/1 detalla que: "Las autoridades nacionales de competencia también estarán facultadas para exigir a cualquier otra persona física o jurídica que facilite información que pueda resultar relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en un plazo determinado y razonable". No hay limitación en cuanto al requerido, pero debe haber un indicio que permita constituir la relevancia de la información en manos de estas personas a los efectos de dirigirles el requerimiento.

El objeto de la obligación es proporcionar "toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para el desarrollo de las funciones de [la] Comisión". Esto es lo que dispone el artículo 28.1 de la Ley 3/2013. La diferencia entre datos e informaciones es el grado de agregación. En el caso de la información, es un conjunto de datos[41] que, a su vez, son la representación de un hecho[42]. La información es mensaje; el dato, descripción de un hecho. Aquella se construye sobre la base de estos, para que, debidamente procesados, permitan transmitir un mensaje con el objetivo de provocar un cambio o modificación en el receptor, mediante un enriquecimiento cognitivo. No es lo mismo facilitar el dato sobre la cantidad de energía producida por una instalación determinada que el informe sobre la importancia de la energía renovable para la sostenibilidad ambiental. En todo caso, lo que la ley dispone es la obligación de facilitar "toda clase" de datos e informaciones.

El objeto así delimitado es demasiado genérico. La ley lo intenta precisar sobre la base de dos criterios: (1) que estén en poder del sujeto requerido; y (2) que puedan resultar necesarios para el desarrollo de las funciones de la CNMC. Tanto uno como otro son demasiado imprecisos. En el fondo, el regulador ha debido tener una sospecha de cuál es la información en poder del requerido y qué le puede exigir. Si, además, ha de exponer de manera detallada y concreta el contenido de la que se solicita, el regulador se podría encontrar ante una petición a ciegas, salvo que, por otras fuentes, tenga la sospecha de cuál es la información que puede reclamar. En caso contrario, habría el riesgo de que el requerido no la

---

[41] En Wikipedia encontramos la siguiente definición: "La información es un conjunto organizado de datos procesados, que constituyen un mensaje que cambia el estado de conocimiento del sujeto o sistema que recibe dicho mensaje".

[42] En Wikipedia el dato es definido en los siguientes términos: "Un dato es una representación simbólica (numérica, alfabética, algorítmica, espacial, etc.) de un atributo o variable cuantitativa o cualitativa. Los datos describen hechos empíricos, sucesos y entidades. Es un valor o referente que recibe el computador por diferentes medios, los datos representan la información que el programador manipula en la construcción de una solución o en el desarrollo de un algoritmo. Los datos aisladamente pueden no contener información humanamente relevante. Solo cuando un conjunto de datos se examina conjuntamente a la luz de un enfoque, hipótesis o teoría se puede apreciar la información contenida en dichos datos. Los datos pueden consistir en números, estadísticas o proposiciones descriptivas. Los datos convenientemente agrupados, estructurados e interpretados se consideran que son la base de la información humanamente relevante que se pueden utilizar en la toma de decisiones, la reducción de la incertidumbre o la realización de cálculos. Es de empleo muy común en el ámbito informático y, en general, prácticamente en cualquier investigación científica".

tenga, y así pueda demostrarlo; pero el requerimiento le serviría de advertencia para destruir u ocultar otra que sí que es importante. En definitiva, el riesgo es el de que pone de manifiesto qué es lo que el regulador no sabe, facilitando el ocultamiento o la destrucción.

Ni el deber ni la obligación se pueden sobreponer a las garantías constitucionales de las que disfrutan los sometidos a las potestades de la Administración. El artículo 24.2 de la CE enumera unas garantías de las que disfrutan todos los ciudadanos que son aplicables tanto al ámbito penal como al sancionador administrativo. Entre tales garantías se encuentra la de la prohibición de la auto-incriminación: "a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia". No hay obligación administrativa, en ningún contexto, sancionador o no sancionador, que pueda redimir las garantías constitucionales. No está, por lo tanto, obligado a facilitar información que pueda ser utilizada para constituir una acusación de infracción. No podrá ser sancionado por su incumplimiento.

4.1.5. Datos e información facilitada: acceso y cesión

Los datos y la información así obtenidos están sometidos en la ley a unas reglas especificadas relativas a su custodia. La clave es la naturaleza de los datos e información. Si tienen "carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico", se benefician de un régimen de protección. Como resulta lógico, la confidencialidad se extiende a los datos personales, objeto de protección reforzada al constituir un derecho fundamental a la intimidad en el mundo digital (art. 18.4)[43]. La confidencialidad ha de ser "reconocida" por la autoridad, bien de oficio o bien a instancia de parte, quien podrá acordarlo en cualquier momento del procedimiento, "formando con ellos pieza separada" (art. 42 de la Ley 15/2007).

En *primer* lugar, con carácter general, "quien tenga *conocimiento* de estos datos estará obligado a *guardar sigilo* respecto de los mismos" (art. 28.2 de la Ley 3/2013). A su vez, específicamente, la Ley de Defensa de la Competencia, reitera que "todos los que *tomen parte* en la tramitación de expedientes previstos en esta ley o que *conozcan* tales expedientes por razón de profesión, cargo o

[43] En sustancia, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

intervención como parte, deberán *guardar secreto* sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos y de cuantas *informaciones de naturaleza confidencial* hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones" (art. 43 de la Ley 15/2007). El incumplimiento de estas obligaciones lleva aparejada la exigencia de responsabilidades disciplinarias, sin perjuicio de las civiles y penales, en su caso (arts. 28.2 de la Ley 3/2013 y 43.2 de la Ley 15/2007).

En *segundo* lugar, a los datos e información recopiladas solo pueden acceder la Administración General del Estado, y se refiere a las bases de datos de la CNMC[44]. Se entiende que el acceso igualmente sufrirá las restricciones expuestas. Que la información esté volcada a una base de datos no la libera de las garantías del secreto y de la protección de los datos nominativos. En consecuencia, incluso, la Administración General del Estado ha de soportar los rigores de la confidencialidad que le impediría acceder a la información y a los datos protegidos por el secreto comercial, industrial o estadístico. A su vez, la CNMC puede acceder, ya no a las bases de datos, sino a los "registros previstos en la legislación", pero solo, en los de la legislación reguladora de los sectores del ámbito de actuación de la CNMC. En todo caso, el acceso se llevará a cabo por medios electrónicos para lo que se realizarán, como prevé la ley, los desarrollos informáticos oportunos[45].

---

[44] La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aplicable, también, a la CNMC, regula el derecho de acceso a la información pública. El artículo 12 reconoce el derecho de acceso a la información pública: "Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta ley". "Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones" (art. 13).
Ahora bien, no es un derecho absoluto. Está sometido a límites enumerados en el artículo 14. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para los bienes objeto de protección que enumera, entre los que se encuentran, por lo que ahora nos interesa, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; y la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. Por lo tanto, los datos e informaciones confidenciales, conforme a la ley, estarán protegidos del acceso por terceros.
[45] Como dispone el artículo 28.3: "Se realizarán los desarrollos informáticos oportunos con el fin de facilitar el acceso electrónico a que se refiere el párrafo anterior, de forma que se puedan realizar consultas sobre información contenidas en las bases de datos y registros en condiciones que mantengan la seguridad, confidencialidad e integridad de la información".

En *tercer* lugar, en cuanto al acceso al expediente y, por consiguiente, a la información en él contenida, será de aplicación el régimen general. El artículo 53 de la Ley 39/2015 reconoce el derecho de los interesados a "acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos". En todo caso, este derecho estará limitado, como resulta lógico, por las garantías de la confidencialidad en los términos indicados. El Derecho de la Unión pretende ir, incluso, aún más lejos, en relación con el uso de la información, así el uso de la información facilitada por un tercero que no puede ser utilizada en procedimientos judiciales, salvo que el procedimiento ante la autoridad de defensa de la competencia no hubiese finalizado para todas las partes[46]. Igualmente, la información relativa a la clemencia solicitada.

Y, en *cuarto* lugar, cabe la *cesión* a terceros, pero solo a un poder público. La regla general es la de que solo podrán ser cedidos a otras Administraciones ("al Ministerio competente, a las Comunidades Autónomas, a la Comisión Europea y a las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea"), "en el ámbito de sus competencias" (art. 28.2). Esto quiere decir que la cesión solo podrá tener lugar cuando la información sea necesaria para que las Administraciones puedan ejercer sus competencias. No se especifica cuáles son estas competencias. También deberán ser cedidos los datos, como resulta evidente, en el caso de los Tribunales, en relación con los procesos judiciales correspondientes. Ahora bien, la excepción a la regla es la derivada de la confidencialidad de los datos. La ley especifica, en relación con la cesión, los que tengan carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico que la CNMC hubiese obtenido en el ejercicio de sus funciones relativas a de-

---

[46] La Directiva 2019/1 regula con detalle la utilización de los datos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. El artículo 31.5 dispone lo siguiente: "Los Estados miembros velarán porque las siguientes categorías de datos obtenidos por una parte en el curso de los procedimientos de aplicación ante una autoridad nacional de competencia *no sean utilizados por esa parte en los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales antes de que la autoridad nacional de competencia haya dado por concluido el procedimiento de aplicación* con respecto a todas las partes objeto de la investigación mediante la adopción de una decisión de las referidas en los artículos 10 o 12, o lo haya concluido por otros medios:
a) la información que haya sido preparada por *otras personas físicas o jurídicas* específicamente para el procedimiento de aplicación de la autoridad nacional de competencia;
b) la *información que la autoridad nacional de competencia* haya elaborado y que haya sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento de aplicación, y
c) las solicitudes de transacción que se hayan retirado".

fensa de la competencia (conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia[47]), control de concentraciones económicas, y concesión de ayudas públicas. Otra regla a tener en cuenta es la relativa a la protección que la legislación dispensa a los datos personales. En todo caso, sería posible la separación de los nominativos, a los efectos de permitir la cesión de los que no revisten este carácter y no están cubiertos por la protección constitucional.

4.2. Inspección

Cuando se habla, en el mundo del Derecho, de inspección, nos referimos a la actividad de inspeccionar, o sea, a la que consiste en el examen, cuidadoso, de instalaciones y demás bienes, a los efectos de obtener la información que la autoridad considera relevante y necesaria para el desarrollo de sus funciones. Inspeccionar es, por lo tanto, (1) visitar locales, instalaciones o domicilios para (2) examinar actividades, así como los medios que se precisan para su desarrollo, incluidos, los libros y demás que les sirven de soporte documental, lo que (3) se puede traducir en la copia, retención y precintado de los bienes, en particular, la documentación. Sin olvidar, (4) la posibilidad de solicitar explicaciones al personal sobre lo inspeccionado.

La inspección tiene un carácter conminatorio aún mayor que el requerimiento en tanto que supone que la autoridad se constituye en los locales, instalaciones o domicilios del operador y de cualquier persona física con aquel relacionado para desplegar un examen e, incluso, retención o copia de documentos y precintado de bienes. Es un salto cualitativo respecto de la mera solicitud o requerimiento de información. En este caso, el operador es el que le entrega la información a la autoridad, bajo la conminación de la obligación, pero la entrega es fruto de su actuación. En el caso de la inspección, queda completamente desapoderado de esa posibilidad porque será la autoridad la que decidirá qué es lo que le interesa porque le resulta necesario para el desarrollo de sus funciones e, incluso, procede, materialmente, a cogerla. Además, el choque con los derechos del operador se hace extremo por cuanto puede alegar derechos fundamentales como el de la intimidad o la inviolabilidad del domicilio que se elevan como barreras infranqueables a los poderes de la Administración que solo pueden ser

[47] Tanto conforme a la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, como a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

vencidas por una decisión judicial, el único administrador de la garantía de los derechos fundamentales.

La inspección está regulada tanto en la legislación sectorial de los ámbitos de referencia (telecomunicaciones: artículos 72 y 73 de la Ley 9/2014; y energía eléctrica: artículos 61 y 62 de la Ley 24/2013) como en la ley general de la CNMC (art. 27 de la Ley 3/2013)[48]. Se plantea un problema sobre cómo se han de coordinar las dos regulaciones. La propia Ley 3/2013 no solo no lo resuelve, sino que lo incrementa cuando remite, en el artículo 29 a lo dispuesto en la legislación sectorial tanto en relación con la potestad sancionadora como en la de la inspección. Por lo tanto, podría deducirse que, en primer lugar, en función del ámbito de actuación, la CNMC deberá aplicar las normas de inspección correspondiente según la legislación del sector y solo supletoriamente la general, o sea, la de la Ley 3/2013. En cambio, en el ámbito de la defensa de la competencia, la inspección se ha de desarrollar según lo dispuesto en la Ley 3/2013. No hay régimen especial o singular.

4.2.1. Titularidad de la potestad de inspección. Inspector. Instrumentalidad de la potestad

Debemos distinguir entre el titular de la potestad de inspección y el ejecutante. Esto se traduce, en la práctica, en la diferenciación entre el sujeto habilitado con el poder y el sujeto que despliega las actuaciones materiales en que consiste el ejercicio de la potestad.

Por un lado, el *titular* de la potestad es la Administración, la CNMC. Así sucede en el ámbito de la defensa de la competencia. Y, por otro, quién puede *ejercer* la potestad: solo funcionarios que, en el ejercicio de las funciones de inspección, tienen la consideración de autoridad pública y lo que esto significa a los efectos de recabar el concurso de la policía y la protección penal por la tipificación como delito cualquier actuación en su contra. Ahora bien, el inspector es el que realiza material y formalmente las actuaciones de inspección. Sin embargo,

---

[48] En cambio, no está regulada por la legislación de defensa de la competencia, expresamente derogada en este punto, precisamente para garantizar la compatibilidad con la legislación de la Comisión. No obstante, en la medida que resulte compatible con lo dispuesto en el Ley 3/2013, de la Comisión Nacional, se seguirá aplicando el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008 que regula las facultades de inspección en el artículo 13.

para que pueda desplegarlas precisa de la orden del superior. Además, nada impide, como así lo autoriza las leyes, que pueda hacerse acompañar de los peritos o técnicos adecuados para que le auxilie en el desarrollo de la inspección.

La potestad de inspección es una potestad auxiliar o instrumental. Se trata de obtener información para que la Administración ejerza sus funciones, por lo que ahora nos interesa, de defensa de la competencia. Este carácter auxiliar o instrumental debe, necesariamente, condicionar su régimen jurídico, así como su ejercicio. Una manifestación concreta se refiere al alcance de la inspección. Está limitado por la función. Solo al servicio de la función que se está ejerciendo.

Un tema controvertido es si la potestad de inspección es servicial de la sancionadora y, por consiguiente, del procedimiento sancionador. La respuesta es negativa. No hay nada en las leyes que nos indique que entre el procedimiento de inspección y el sancionador deba existir una relación de necesidad. La inspección no tiene que producirse ni dentro ni fuera de dicho procedimiento. Ahora bien, no hay duda de que, como consecuencia de la inspección, si la autoridad así lo aprecia, la información obtenida podría provocar la apertura del procedimiento sancionador y, en tal caso, la información constituiría prueba. Debemos distinguir dos supuestos.

Por un lado, la inspección es independiente del procedimiento sancionador, pero lo puede desencadenar. La inspección tiene por finalidad recabar información sobre el cumplimiento o incumplimiento de la legalidad por parte de sujetos de interés, en nuestro caso, para la defensa de la competencia, o sea, empresas. Para recabar esa información tienen que concurrir los elementos de juicio suficientes para sostener el despliegue de la facultad con la incidencia tan intensa sobre los derechos de los afectados. Como consecuencia de la inspección, y de sus resultados, el órgano competente, el titular de la potestad de inspección, puede formular una petición razonada para que el órgano competente inicie el procedimiento sancionador si así lo decide (art. 61.1 de la Ley 39/2015). A tal fin, "las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron" (art. 61.3 de la Ley 39/2015). En definitiva, la petición se sostendrá por los datos/información obtenida del resultado de la inspección.

Y, por otro, la inspección se puede insertar en el procedimiento sancionador, pero como actuaciones previas. Contempladas y habilitadas, con carácter general, en la ley de procedimiento administrativo, la Ley 39/2015. El artículo 55 dispone que: (1) se trata de un "período de información o actuaciones previas"; (2) a acordar antes del inicio del procedimiento, incluido el sancionador; (3) "en el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros"; por lo tanto, (4) se trata de recabar los datos/información que sea necesaria a los efectos de justificar el inicio del procedimiento sancionador; (5) esto es particularmente imprescindible en el caso de este procedimiento por cuanto, el acuerdo de iniciación deberá contener, al menos, los elementos que se detallan en el artículo 64[49], dirigidos a que el "presunto responsable" pueda tener conocimiento de aquello de lo que inicialmente aparece como fundamento para una posible exigencia de responsabilidad sancionador y los rudimentos básicos para que pueda ejercer sus derechos de defensa; y (6) "las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento".

---

[49] El apartado segundo del artículo 64 dispone lo siguiente en relación con el contenido del acuerdo de iniciación en el caso de los procedimientos sancionadores: "a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables; b) Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción; c) Identificación del instructor y, en su caso, secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos; d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85; e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56; y f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada".

En este contexto institucional se podría insertar la inspección. Tendría como finalidad recabar información relevante a los efectos del eventual acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador. Y tales actuaciones, como se indica con carácter general, serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección. Ahora bien, no tiene porqué; aunque, en la práctica, los elementos de juicio que aconsejan la inspección son los que servirán, también, para la apertura del procedimiento sancionador. La posibilidad de la inspección para "pescar" cualquier ilegalidad, no parece razonable; deberían existir indicios, más o menos fundados para la inspección.

4.2.2. Facultades. Alcance de la inspección

Las facultades de las que se puede servir el funcionario inspector son: (1) acceder a locales, instalaciones y domicilios[50], pero también a solares (terrenos) e, incluso, medios de transporte; (2) verificar documentación (libros o documentos) relativos a la actividad de que se trate, así como obtener copia de la misma e, incluso, retenerla durante un plazo (diez días); (3) realizar comprobaciones, mediciones, obtener fotografías, vídeos y grabaciones de imagen o sonido; (4) precintar bienes; y (5) solicitar explicaciones sobre hechos o documentos. También hay que incluir la posibilidad de consultar registros públicos para obtener igualmente información.

El alcance de la inspección viene delimitado por las funciones de la autoridad, en particular, la relativa a la comprobación del cumplimiento de la ley, en el marco de la función de regulación o defensa de la competencia que la Administración ejerce. No tiene un alcance genérico e ilimitado. Solo es la necesaria para la comprobación del cumplimiento de la ley reguladora. La información obtenida solo se podrá aplicar o servir a dicha finalidad, no a otra, ni a un interés público distinto.

---

[50] En el caso de los domicilios, la entrada solo se podrá llevar a cabo respetando las garantías constitucionales del artículo 18.2 Constitución. Esto significa que el domicilio es inviolable, pero solo el domicilio, no cualquier otra edificación cerrada en la que no se desarrolle de manera efectiva la habitación o morada. En el caso de las personas jurídicas, solo reviste tal condición el ámbito en el que despliega la actividad de dirección y administración.

4.2.3. Situación jurídica del inspeccionado

El inspeccionado puede ser tanto personas jurídicas (empresas, asociaciones de empresas, así como, más genéricamente, operadores) como personas físicas. El artículo 27.2.a) de la Ley 3/2013 especifica que se pueden tratar de "empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas". Estos sujetos están obligados a "facilitar" la inspección, lo que se traduce en hacer posible el acceso, el control de aparatos, instalaciones y demás, así como el de la documentación; en poner a disposición de los inspectores libros, registros y documentos, sin olvidar los medios técnicos. Incluso, se establece la obligación a "someterse" a la inspección. El incumplimiento es objeto de sanción, como se analizará más adelante. Está tipificada como infracción administrativa.

Y, por último, el lugar de la inspección, o sea, el lugar en el que los inspectores pueden desplegar sus facultades puede ser cualquiera, tanto los de las empresas o asociaciones como el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, en definitiva, en cualquier lugar donde se pueda obtener la información sobre los hechos objeto de inspección, incluso, en las propias oficinas de la CNMC cuando se trata de examinar la documentación u otros medios.

No cualquier persona, ni jurídica ni física, puede plegarse y someterse a la inspección. Tiene que haber un elemento o criterio jurídico cualificador. Como ya he defendido, incluso, respecto del requerimiento de información, ese elemento o criterio debe ser la sospecha, sostenida en elementos fundados, de ilegalidad. Tiene que haber una "necesidad" de proceder a la inspección a los efectos de acreditar los indicios previamente constituidos sobre otras informaciones.

La Directiva 2019/1 establece una distinción que es relevante. Por un lado, las inspecciones a empresas y asociaciones de empresas (art. 6) y, por otro, a cualquier otro sujeto, en particular, directivos, gestores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas (art. 7). En el primer caso, la Directiva establece que se podrán "realizar todas las inspecciones necesarias... para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE" (art. 6.1). En cambio, en el segundo, se requiere algo más, deberá existir una "sospecha razonable" (art. 7.1).

La necesidad para garantizar la aplicación de las prohibiciones; y la sospecha razonable de que se está incumpliendo. En este caso, el requisito viene cualificado

con la exigencia de elementos o informaciones que permitan sostener que las personas indicadas tienen en su poder información que es relevante para acreditar la infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE: "una sospecha razonable de que los libros u otros documentos relativos a la actividad empresarial y al asunto de la inspección, que puedan ser relevantes para probar una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, se guardan en dependencias, terrenos o medios de transporte, distintos de los contemplados en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la presente Directiva, incluidos los domicilios particulares de los directivos, gestores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas".

4.2.4. Procedimiento de inspección

El procedimiento de la inspección[51] se inicia con la notificación al obligado, al inspeccionado; se desarrolla mediante las actuaciones consistentes en visitas y otras que resulten necesarias; y finaliza, usualmente, mediante acta[52].

La duración del procedimiento es una de las cuestiones prácticas que más interés suscita. Con carácter general, la Ley 24/2013 nada dispone. En cambio, es la legislación regulatoria sectorial la que establece plazo. El objetivo es evitar que el obligado quede constituido en una permanente situación de incertidumbre y de inseguridad contraria al principio de seguridad jurídica (art. 9 CE). La regla general debería ser que la inspección ha de durar lo estrictamente indispensable para obtener la información necesaria a los efectos del desarrollo de las funciones de regulación y de defensa de la competencia. Los principios de necesidad y de proporcionalidad así lo sostienen, junto con el de seguridad jurídica. A los efectos de reforzar esta exigencia, evitando que la Administración pueda interpretarla libremente, se establece, como digo, un plazo máximo. Esto no quiere

---

[51] En el ámbito de la Administración general del Estado, en relación con los tributos, encontramos una detallada regulación del procedimiento de inspección en el Título V ("Actuaciones y procedimiento de inspección"), artículos 166 y ss. del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. A su vez, en el ámbito laboral, encontramos en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el Título II ("Funcionamiento del Sistema"), artículos 12 y ss., la regulación de las funciones y actuaciones de la Inspección de Trabajo.

[52] Sobre el procedimiento de inspección, vid. Blanquer, 2018, pp. 187 y ss.

decir que ha de prolongarse hasta agotarlo. En todo caso, insisto, ha de limitarse a lo necesario y proporcionado, pero sin alcanzar el límite establecido por la ley.

El artículo 62 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, fija un plazo de 12 meses a contar desde la fecha de notificación de su inicio al interesado. Además, se añade que "se entenderá que las actuaciones finalizan en la fecha en que se notifique el acta en que se documenta su conclusión y resultado". Aunque, en el mismo precepto, se contempla la posibilidad de que, reglamentariamente, puedan determinarse ciertos supuestos en los que cabe la posibilidad de la suspensión del plazo. Parece referirse a los supuestos en los que la conducta del obligado impide a la Administración llevar a cabo la inspección. En tal caso, parece lógico, que el plazo se interrumpa.

La pieza más importante, desde el punto de vista jurídico formal, es el acta. El inspector levantará acta de sus actuaciones. Las actas tendrán naturaleza de documento público y harán prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formalización (art. 77.5 de la Ley 39/2015)[53].

4.3. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en materia de información y de inspección

La medida del carácter jurídico de las obligaciones en relación con la información e inspección viene determinada por las consecuencias jurídicas en caso de su incumplimiento. Las consecuencias son de dos tipos, además, plenamente compatibles, por un lado, la adopción de medidas dirigidas a hacer efectivas las obligaciones, o sea, que la Administración obtenga la información y, por otra, la imposición de sanciones.

En cuanto a las *primeras*, se contempla la ejecución forzosa sirviéndose, la Administración, la CNMC, de la imposición de multas coercitivas[54]. La consti-

---

[53] El artículo 77.5 dispone que "Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario".

[54] Una de las situaciones más esquizofrénicas que podemos apreciar en el Derecho regulatorio español es la unidad en lo que a la autoridad de regulación y defensa de la competencia, pero la diversidad de regulaciones e, incluso, procedimientos que tiene que seguir en atención a las funciones. Se llega hasta el extremo de que la ley general, la de la Comisión, la Ley 3/2013, regula la inspección (art. 27), pero se remite a la regulación de la legislación sectorial en cuanto al ejercicio

tución del destinatario en la obligación de pagar una cantidad de manera reiterada una vez ha transcurrido cierto plazo, supone convertir el incumplimiento en una onerosa carga económica que solo podrá ser redimida mediante el acatamiento de la obligación principal. Es un medio tradicional de ejecución forzosa de las resoluciones o actos administrativos; contemplado y regulado con carácter general en el artículo 103 de la Ley 39/2015.

En el caso específico de las autoridades de *regulación*, está prevista, para el sector eléctrico, en la disposición adicional primera de la Ley 24/2013; en el del gas, en el artículo 114 de la Ley 34/1998; y, en el de las comunicaciones electrónicas, en la Disposición adicional sexta de la Ley 9/2014. Ahora bien, solo se prevé en relación con el incumplimiento de las resoluciones o requerimientos de información. En tal caso, la autoridad competente, entre las que se incluye la CNMC, podrá imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros. "El importe de las multas se fijará atendiendo a los siguientes criterios: a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente; b) La importancia del daño o deterioro causado; c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro; [y] d) Los perjuicios económicos causados".

En el ámbito de las autoridades de *defensa de la competencia*, también las obligaciones de información y de someterse a las inspecciones están protegidas con la posibilidad de adoptar medidas de ejecución forzosa. Los deberes de colaboración e información (art. 39 de la Ley 15/2007) están respaldados por las multas coercitivas previstas en el artículo 67[55]. El importe diario puede alcanzar

---

de la potestad de inspección y sanción (art. 29). En consecuencia, aquella función, según la regulación general, no contempla consecuencia en orden a la ejecución forzosa. Siendo así, aquella regulación carece de virtualidad desde el momento en que será la legislación sectorial la que se debe aplicar, incluso, en orden a deducir las consecuencias respecto del incumplimiento.

[55] La Directiva 2019/1 contempla, igualmente, la imposición de multas coercitivas. No se limita, sin embargo, al cumplimiento forzoso de los requerimientos de información. También comprende la inspección. Así lo dispone el artículo 16. Además, se pueden utilizar para hacer cumplir otras decisiones (constatación y cese de la infracción; medidas cautelares; y los compromisos asumidos para evitar la imposición de sanciones).

En primer lugar, el reconocimiento a las autoridades de la competencia de la posibilidad de imponer multas coercitivas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas con el fin de obligar a dicha empresa o asociación de empresas al menos a: a) Facilitar, de forma completa y exacta, la información en respuesta a una solicitud contemplada en el artículo 8; y b) Comparecer en una entrevista contemplada en el artículo 9.

hasta los 12.000 euros[56]; la Directiva 2019/1 opta por un criterio basado en el volumen total de negocios de la empresa[57].

No se prevé la imposición de multas coercitivas cuando se tratan de incumplimientos relacionados con la inspección. En este caso, se contempla otro medio de ejecución forzosa: la compulsión sobre las personas. Está regulada en el artículo 104 de la Ley 39/2015. Cuando una obligación personalísima de no hacer o soportar se incumple, como es el caso de la resistencia u obstaculización a la práctica de la inspección, la Administración puede servirse de la coacción. Los inspectores, los funcionarios habilitados como autoridad pública, mediante la autorización correspondiente, para desarrollar la inspección, pueden, en caso de resistencia, por un lado, obtener la autorización judicial a los efectos del acceso a domicilios, instalaciones, locales o inmuebles y, por otro, recabar el auxilio de la policía para el desarrollo de su actividad[58].

La *segunda* consecuencia, compatible con la primera, es la de la imposición de sanciones. En la legislación sustantiva se tipifica como infracción tanto el incumplimiento de las obligaciones de información como la resistencia u obstaculización al desarrollo de las inspecciones. Así, por ejemplo, se tipifica, en la legislación eléctrica, como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de las obliga-

---

En segundo lugar, la posibilidad de utilizar las multas coercitivas para forzar someterse a la inspección: "los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de competencia puedan, mediante decisión, imponer multas coercitivas, eficaces, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas con el fin de obligarles al menos a: a) Someterse a la inspección y a presentar los libros u otros documentos requeridos contemplada en el artículo 6, apartado 2; y b) Respetar una decisión de las contempladas en los artículos 10, 11 y 12.

[56] La imposición está regulada en los artículos 17 y 21 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

[57] El artículo 16 dispone que "el importe de estas multas coercitivas se determinará en proporción al total del volumen de negocio mundial total diario medio de las empresas o de las asociaciones de empresas del ejercicio anterior y calculado a partir de la fecha determinada en dicha decisión". Por lo tanto, no puede haber una cantidad tope, ni tampoco mínima, puesto que se ha de fijar en función del volumen de negocios de la empresa.

[58] El artículo 61 de la Ley 24/2013, establece que "los funcionarios públicos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, debidamente autorizados por el Director General correspondiente, tendrán la condición de agentes de la autoridad y podrán realizar cuantas inspecciones sean necesarias para la debida aplicación de esta ley. No obstante, podrá encomendarse a empleados públicos destinados en dicho órgano la realización de tareas o actividades auxiliares o de apoyo administrativo a las anteriores". "Asimismo, podrán solicitar, a través de la autoridad gubernativa correspondiente, el apoyo necesario de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado". En términos equivalentes, en relación con las telecomunicaciones, el artículo 73 de la Ley 9/2014.

ciones de información, así como la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones inspectoras (art. 64 de la Ley 24/2013). En cambio, en el ámbito de la defensa de la competencia, es una infracción leve no haber suministrado la información requerida o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, o no haberse sometido a una inspección, así como la obstrucción por cualquier medio a la labor de inspección (art. 62 de la Ley 15/2007). Otra muestra de cómo la unificación de la autoridad (CNMC) no ha conducido ni a la unificación de procedimientos, ni de funciones, ni de potestades, ni de las reglas esenciales de ordenación tales como la tipificación de ciertas conductas como las descritas. En un caso, son infracciones leves y otros, muy graves.

5. SANCIÓN. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El otro poder en manos de las autoridades de defensa de la competencia es el de la sanción. Debemos distinguir entre potestad y procedimiento. La ley habilita a la CNMC con la potestad sancionadora (art. 29 de la Ley 3/2013)[59]. A tal fin, deberá someterse a la legislación sectorial correspondiente a cada una de las funciones que la ley le asigna, con excepción de la de defensa de la competencia que, ante el silencio de la propia ley, debemos entender que se habrá de ejercer conforme a lo dispuesto en la propia Ley 3/2013 y, subsidiariamente, como es lógico, en la Ley 39/2015.

La imposición de los castigos ha de producirse una vez se ha apreciado y determinado la conducta infractora y la responsabilidad correspondiente. Para

---

[59] El artículo 29 de la Ley 3/2013 dispone, con carácter general: "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá facultades de inspección en el ejercicio de sus competencias. Asimismo, podrá imponer sanciones de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título IV de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en el Título VI de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en el Título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en el Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en el Título VIII de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en el título VII de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal y en el Título VII de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario".
Algunas de las leyes indicadas han sido derogadas. Así, la Ley 32/2003 lo ha sido por la Ley 9/2014 y la Ley 34/1998, por la Ley 24/2013. En lo demás, se trata, por un lado, de la Ley reguladora de la defensa de la competencia (Ley 15/2007) y, por otro, del listado de leyes reguladoras de los distintos sectores de actividad de la CNMC, o sea, comunicaciones audiovisuales, telecomunicaciones, energía eléctrica, hidrocarburos, postal, y sector ferroviario, respectivamente.

administrarlos, se sigue el procedimiento, el sancionador. La dificultad que encierra, en el plano jurídico formal, el ejercicio de la potestad viene asociado a la tipificación de las conductas infractoras por parte de la ley, así como a la delimitación legal de las sanciones. El importante margen de apreciación que reconoce la ley suscita un problema de control que es el que será objeto de estudio en el siguiente apartado. Ahora, me voy a centrar en el procedimiento[60].

La regulación del procedimiento es una garantía muy potente en el plano jurídico tanto formal como material. Cuando la Administración ejerce poderes tan poderosos como los que estamos comentando, en sectores tan relevantes y con el margen de discrecionalidad igualmente sobresaliente, los enganches formales y reglados como el del procedimiento cobra una extraordinaria relevancia. Por esta razón, tenemos que analizar qué es el procedimiento y cómo está regulado, a los efectos de determinar cuáles son los efectos/garantías que dispensan a los interesados. No solo en el plano general (régimen general del procedimiento) sino, en el particular, respecto del sancionador. En definitiva, una potestad tan relevante, como la sancionadora, que tiene una eficacia muy destacada en relación con los derechos de los ciudadanos, exige unos anclajes reforzados a la legalidad como el que ofrece un procedimiento regulado por la ley.

---

[60] No voy a considerar, siguiendo la opción elegida, la potestad sancionadora en el ámbito de la regulación. En las leyes sustantivas de referencia encontramos, a título de ilustración, disposiciones relativas a: 1) Responsabilidad por las infracciones, así como la concurrencia, y su extinción; 2) Clasificación y tipificación de las infracciones (muy graves, graves y leves); 3) Sanciones y criterios para la determinación de la cuantía; 4) Sanciones accesorias (inhabilitación, suspensión o revocación de autorizaciones, pérdida de subvenciones) y otras medidas (restitución o indemnización, o reintegro de cantidades indebidamente percibidas; 5) Prescripción de infracciones y sanciones; y 6) Competencia para el ejercicio de la potestad.
Igualmente, en relación con el procedimiento, la legislación introduce "peculiaridades" que son desarrollo de las instituciones centrales del procedimiento administrativo común. Se puede afirmar que, tanto las instituciones centrales de la potestad, como las del procedimiento sancionador, reguladas por la legislación sustantiva, no introducen modificaciones o cambios de singular transcendencia o relevancia. Es lógico. Las singularidades son especialidades o especificidades en relación con el régimen general, tanto de la potestad (en este caso, contenido en la Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público), como del procedimiento (recogido, como ya nos consta, en la Ley 39/2015, de procedimiento). En cambio, hay potestades, trámites y medidas que escapan de la regulación común. En tales casos, la única regulación es la que podemos encontrar en la legislación específica.

5.1. Procedimiento administrativo. Engarce entre procedimiento administrativo común y procedimiento sectorial, el caso del procedimiento sancionador de defensa de la competencia

El procedimiento administrativo es, como es sabido, la sucesión causalizada de actos o actuaciones de trámite que debe seguir una autoridad administrativa para producir una decisión o resolución que le pone fin. El procedimiento es muy importante por dos razones. Establece una senda, un cauce, que ordena el cómo la Administración ha de producir sus decisiones. Si está adecuadamente diseñado, por un lado, facilita la gestión de los asuntos públicos, evitando que se distraigan recursos con trámites innecesarios, por redundantes, costosos o dilatorios. Y, por otro, brinda seguridad a los interesados en la decisión de la Administración mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos. Por lo tanto, eficacia y garantía. Estos dos objetivos son aún más imperiosos cuando se tratan de decisiones que son expresión de funciones como las analizadas en las que la autoridad de defensa de la competencia opera con enorme discrecionalidad. Cuanto más discrecional sea la decisión, más importancia tiene lo reglado y, en particular, lo procedimental. Al fin, la regulación del procedimiento es lo único realmente reglado a lo que la autoridad, en particular, la discrecional, se ha de sujetar.

¿Cuál es la regulación del procedimiento seguido por la CNMC? Como he expuesto, la CNMC tiene tres roles: regulación, defensa de la competencia y defensa de la unidad de mercado. Estos roles se despliegan a través del procedimiento correspondiente. El efectivamente seguido suma las instituciones procedimentales comunes de la Ley 39/2015[61], con las específicas de la legislación

---

[61] Como es sabido, en nuestro Derecho se distingue, según dispone la Constitución, entre el procedimiento administrativo común y el procedimiento administrativo sectorial o específico. Aquel, en puridad, no es un procedimiento cuanto el conjunto de las instituciones del procedimiento que son comunes a todos los procedimientos. Es el procedimiento sectorial, específico o sustantivo el que la Administración ha de seguir para adoptar las decisiones o resoluciones correspondientes. Es el procedimiento que, además, está regulado por la legislación material o sustantiva adecuada. Ahora bien, esta regulación deberá contar con la de las instituciones comunes que el legislador del procedimiento administrativo común ha fijado o establecido. Así resulta de la distribución de competencias operada por la Constitución.
El artículo 149.1.18ª CE atribuye al Estado la competencia sobre el "procedimiento administrativo común". En ejercicio de esta competencia se han ido aprobando las leyes reguladoras del procedimiento. La última y que recientemente ha entrado en vigor es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. Como

sectorial aplicable a cada uno de los roles. Así sucede con el de regulación y el de defensa de la competencia[62].

En relación con el *procedimiento sancionador*, la Ley 39/2015 establece las garantías comunes, aquello que asegura un tratamiento común a todos los ciudadanos. La legislación sectorial establece las peculiaridades, las singularidades para adaptarse al ámbito material en el que la Administración actúa. En lo que ahora nos interesa, la Ley 3/2013 dispone que el procedimiento "se regirá por lo establecido en esta ley en las leyes mencionadas en el apartado 1, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [en la actualidad, la vigente Ley 39/2015], y en su normativa de desarrollo. En concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio" (art. 29.3).

Se distingue, en cuanto a la legislación aplicable a los procedimientos, según se trate de la función de regulación o de la defensa de la competencia. Y esta diferencia tiene como manifestación más sobresaliente al engarce entre la legislación general del procedimiento y la de cada uno de los procedimientos sancionadores en los dos ámbitos señalados.

En cuanto al *procedimiento sancionador en los ámbitos de la regulación*, en el citado artículo 29.3, se nos dice que cada procedimiento está regulado por la legislación específica del ámbito (energía y comunicaciones electrónicas, por

---

digo, esta ley regula las instituciones procedimentales comunes a todos los procedimientos. Con la salvedad de los procedimientos enumerados en el segundo apartado de la Disposición adicional primera de la Ley 39/2015: "Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta ley: a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa; b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo; c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería; [y] d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo".

[62] En el caso de la autoridad de defensa de la unidad de mercado, la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, no establece una regulación del procedimiento que ha de seguir para resolver cuándo una Administración ha violentado la ley al establecer restricciones ilegítimas e ilegales a las libertades de establecimiento y de circulación. Siendo así, se aplica el régimen general en los términos de la Ley 39/2015.

ejemplo); y, en lo "no previsto" se regirá por lo dispuesto en la general del procedimiento administrativo, hoy Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

La interpretación de esta regla es compleja. Una interpretación razonable es la que sostiene que la legislación del procedimiento administrativo común es la que "rellena" los huecos o vacíos que se pueden encontrar en la legislación específica, no tanto porque esta se "olvide" regular cierta cuestión, sino porque no puede modificar o derogar lo dispuesto en la general. La legislación sectorial podrá especificar/desarrollar la general, pero no modificarla o derogarla. En consecuencia, en lo no especificado/desarrollado por la sectorial, es la legislación general la que surte plenos efectos jurídicos. Así lo expresa, con mayor corrección la legislación eléctrica (Ley 24/2013), que establece que "el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en esta ley..., se ajustará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en su normativa reglamentaria de desarrollo, con las *particularidades* que se establecen en los demás artículos de este capítulo" (art. 75)[63].

---

[63] En el caso de la legislación de telecomunicaciones electrónicas, el artículo 84.4 de la Ley 9/2014 dispone que "el ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las administraciones públicas". Por lo tanto, se sigue la regulación general con las peculiaridades correspondientes contempladas en la propia ley y precepto: "No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes".
Esta es la misma lógica seguida en la legislación de hidrocarburos. El artículo 115.1 de la Ley 34/1998 dispone: "El procedimiento para la imposición de sanciones se ajustará a los principios de los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y a lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora o norma autonómica correspondiente, sin perjuicio de que reglamentariamente se establezcan especialidades de procedimiento para la imposición de sanciones previstas en esta ley". Además, en el siguiente apartado se especifican ciertas "peculiaridades" en relación con el plazo para resolver y notificar.
En el caso de las comunicaciones audiovisuales, no hay ni reserva a especialidades. El artículo 55 de la Ley 7/2010 dispone: "El procedimiento sancionador en materia audiovisual se regirá por los principios generales previstos en el Capítulo II del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su desarrollo reglamentario".
En el sector ferroviario, la regulación es más torpe y confusa. El artículo 113 de la Ley 38/2015, dispone que "en lo no previsto en esta ley y sus normas de desarrollo, serán de aplicación al procedimiento sancionador las normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y sus disposiciones

Por lo tanto, según la interpretación expuesta, la regulación del procedimiento sancionador es la suma de la general y con las "particularidades" que contempla la legislación sectorial[64]. Precisamente, la introducción de estas "particularidades", que son las únicas que se podrán introducir, son las que permiten el "relleno" por la legislación general. Es el entronque más correcto de la legislación general y la de las particularidades; el que explica la ordenación/reglamentación del procedimiento administrativo sancionador en cada uno de los sectores de actividad, o sea, los ámbitos de la función de regulación.

En el caso del *procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia*, la interpretación es más compleja. El artículo 29 de la Ley 3/2013 dispone que, en este caso, el procedimiento se regirá por las "disposiciones específicas" de la Ley 15/2007. A su vez, en esta ley, el artículo 70, establece lo siguiente:

> "A excepción de las infracciones previstas en el artículo 62 correspondientes a los artículos 1, 2 y 3, todos de esta ley, el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en este Título se regirá por lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo".

El envío que se hace en la Ley 3/2013 a la Ley 15/2007 produce, como resultado final, la existencia de dos procedimientos sancionadores, en función de la normativa a la que queda sujeto: 1) El procedimiento sancionador de las infracciones del artículo 62 relativas a conductas colusorias (art. 1), abuso

---

de desarrollo". A continuación, en el mismo precepto, se enumeran las "peculiaridades": inicio, plazo de caducidad y medidas provisionales.

Por último, en el caso del servicio postal, la ley ni indica la legislación reguladora. El artículo 54 de la Ley 43/2010 especifica que "el procedimiento que se siga para la determinación de las faltas e imposición de las sanciones deberá sujetarse a los principios generales del procedimiento administrativo sancionador y, en particular, a los de audiencia del interesado y protección del denunciante".

[64] Así, por ejemplo, en los dos ámbitos regulatorios que hemos asumido como ámbitos de referencia (los de la energía eléctrica y las telecomunicaciones), podemos comprobar que, en relación con el procedimiento sancionador, las "peculiaridades" versan sobre: 1) Competencia para la iniciación, instrucción y resolución; 2) Plazo para resolver y notificar; y 3) Efectos de la resolución. A estas habrá que sumar las relativas a las medidas provisionales (antes de iniciado el procedimiento sancionador) y las cautelares (una vez iniciado).

de posición dominante (art. 2) y falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3), se regirá por lo dispuesto en la Ley 15/2007; y 2) El procedimiento sancionador para el resto de las infracciones del artículo 62 (que no son las conductas indicadas de los artículos 1, 2 y 3) se regirá por la legislación del procedimiento administrativo común. Estas infracciones son: las leves (art. 62.2), la grave consistente en la ejecución anticipada de una concentración (art. 62.3.d) y la muy grave de incumplir o contravenir lo dispuesto en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones (art. 62.4.c).

El primer procedimiento, el que ha de seguirse en el caso de infracciones relativas a conductas colusorias (art. 1), abuso de posición dominante (art. 2) y falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3), está regulado en los artículos 49 a 54 de la Ley 15/2007. En cambio, el segundo, el de las demás infracciones, por la legislación de procedimiento administrativo común.

Inicialmente, no deberá haber, en este último tipo, ningún tipo de peculiaridades. Sin embargo, no es correcto: las hay. Que en aquel haya más peculiaridades, las expresamente contempladas en la ley (artículos 49 a 54), no conduce a una diferencia en cuanto al régimen jurídico. La correcta articulación de la legislación de procedimiento administrativo común con la sectorial debe producirse, en los términos indicados, como la que debe haber entre legislación general y especial. Esta contiene especificidades/desarrollos de la general, pero sin derogaciones de ningún tipo. La diferencia pasa a ser de la intensidad y extensión de las especificidades.

En definitiva, los procedimientos sancionadores están regidos tanto por la legislación de procedimiento administrativo común como por la específica del sector correspondiente. La intensidad y extensión de esta, en relación con ciertos trámites, como sucede con las infracciones relativas a conductas colusorias, abuso de posición dominante y actos desleales, no desplaza aquella legislación. Solo tienen sentido, en el contexto de aquella.

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia regula el procedimiento sancionador. Nos encontramos con la ordenación de un auténtico procedimiento. A diferencia de lo que decíamos que sucedía en el ámbito regulatorio, el legislador sí que procede a su regulación.

La Ley 15/2007 regula 1) La iniciación (art. 49); 2) La instrucción (art. 50); y 3) La resolución (art. 53). Son las tres fases de los procedimientos, según la ordenación general. Merece destacarse:

1) La posibilidad de la información reservada con anterioridad a la incoación del expediente (art. 49.2); vendría a ser las actuaciones previas del artículo 55 de la Ley 39/2015, a las que me he referido. Se orientarán, "a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros".
2) La adopción de medidas cautelares, una vez incoado el expediente (art. 54); se plantea el eventual conflicto con el régimen general (medidas provisionalísimas del art. 56 de la Ley 39/2015[65]) y la Directiva 2019/1[66] que no condicionan la posibilidad de la adopción de tales medidas a la previa iniciación del procedimiento.
3) El peso que tiene en la instrucción la Dirección de investigación que es la que lleva a cabo todas las actuaciones necesarias para la acreditación de los hechos constitutivos de infracción, así como para formular la propuesta de resolución, mientras que el Consejo de la CNMC se encarga

[65] El artículo 56.2 de la Ley 39/2015 dispone que "antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda".

[66] La Directiva 2019/1 contempla la posibilidad de la adopción de medidas cautelares. El artículo 11 dispone: "Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de competencia actuando de oficio puedan, mediante decisión, *ordenar la imposición de medidas cautelares a las empresas y asociaciones de empresas, al menos en caso de urgencia justificada por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia y sobre la base de la constatación prima facie de una infracción* de los artículos 101 o 102 del TFUE. Tal decisión será proporcionada y se aplicará bien durante un plazo determinado, que podrá renovarse siempre que sea necesario y adecuado, bien hasta que se adopte la decisión definitiva. Las autoridades nacionales de competencia informarán a la red europea de competencia de la imposición de dichas medidas cautelares". Además, "los Estados miembros deberán garantizar que la legalidad de las medidas cautelares a las que se refiere el apartado 1, incluida la proporcionalidad, pueda ser revisada en procedimientos de recurso acelerados".

de la resolución, sin perjuicio de la revisión de lo decidido por la Dirección respecto de los hechos (su prueba), y la calificación (art. 51).

4) La posibilidad de la terminación convencional (art. 53)[67], aunque, en puridad, se trata de los compromisos que asuman los presuntos infractores "que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público". Los compromisos serán "vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento". Por lo tanto, el procedimiento termina con la resolución pero que asume los compromisos como parte de su contenido y, precisamente porque se produce tal asunción, tienen efectos jurídicos vinculantes. En todo caso, los compromisos no vinculan a la CNMC que podrá separarse de los mismos.

5) Además, la ley regula otros aspectos que son esenciales en relación con los plazos (el máximo para dictar y notificar la resolución sancionadora será de 18 meses) (art. 36) y los casos en los que cabe la ampliación y suspensión de su cómputo (art. 37); efectos del transcurso del plazo (caducidad en el caso del procedimiento sancionador) (art. 38).

Reviste particular interés a nuestros efectos, sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, las facultades de la CNMC, y los consiguientes deberes de colaboración e información, así como los de vigilancia del cumplimiento. Sin olvidar el tratamiento de la información confidencial.

Una primera cuestión que surge, a la luz del análisis de la regulación del denominado "procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas" es si, realmente nos encontramos ante un "procedimiento sancionador". A veces, lo más obvio no es tan obvio. Que un procedimiento sedicentemente sancionador pueda finalizar, no obstante haberse apreciado la ilegalidad, con una resolución que no suponga la imposición de una sanción produce extrañeza. No me refiero a las conductas de escasa importancia. Estas son apreciadas como prohibidas, pero, por su intranscendencia, no son merecedoras de castigo. Me refiero a otras que, siendo relevantes, sin embargo, tampoco son merecedoras de sanción.

[67] Vid. Cachafeiro García (2017), pp. 185 y ss.

La Directiva 2019/1 utiliza, con mayor corrección, el término "procedimiento de aplicación", definiéndolo como "el procedimiento ante una autoridad de competencia para la aplicación de los artículos 101 o 102 del TFUE, hasta que dicha autoridad de competencia haya dado por concluido ese procedimiento mediante la adopción de una decisión contemplada en los artículos 10, 12 o 13 de la presente Directiva en el caso de una autoridad nacional de competencia o mediante la adopción de una decisión contemplada en los artículos 7, 9 o 10 del Reglamento (CE) n. 1/2003 en el caso de la Comisión, o hasta que la autoridad de competencia haya llegado a la conclusión de que no existen motivos para la adopción de nuevas medidas por su parte" (art. 2.9).

Por lo tanto, el procedimiento de aplicación de las prohibiciones no es, exactamente, un procedimiento sancionador. Puede terminar con la imposición de una sanción, pero puede finalizar con otras resoluciones, todas aquellas necesarias para garantizar la efectividad de las prohibiciones en materia de defensa de la competencia.

5.2. Resolución: contenido. Prohibición e infracción. ¿Conductas prohibidas no sancionables?

El artículo 53 de la Ley 15/2007 especifica cuál es el contenido que podrán tener las resoluciones de la CNMC que pongan fin al procedimiento sancionador. Tradicionalmente se distingue entre el contenido declarativo y el prescriptivo o impositivo de obligaciones. En cuanto al primero, las "resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán *declarar*:

a) La existencia de conductas prohibidas por la presente ley o por los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
b) La existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.
c) No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas".

A su vez, el segundo, el contenido *prescriptivo* de la resolución puede ser el siguiente:

"a) La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado.
b) La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento....

c) La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.

d) La imposición de multas.

e) El archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente ley.

f) Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta ley".

Es lógico pensar que el segundo contenido, el prescriptivo, precisa del primero, el descriptivo o declarativo relativo a la apreciación de la existencia de conductas prohibidas, o sea, las colusorias y las de abuso de posición dominante, así como de los actos de concentración económica contrarios a la ley[68]. Solo apreciado el hecho prohibido, la CNMC podrá imponer alguna de las decisiones prescriptivas indicadas[69]: la orden de cesación de las conductas prohibidas, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas y la imposición de multas[70].

¿Cuál es la relación entre ellas, entre las distintas determinaciones que podrían formar parte del contenido de la resolución? La ley no lo especifica. El supuesto más general debería ser el que, apreciada la conducta prohibida, se estima la infracción que provoca la imposición al responsable de la sanción correspondiente. Este debería ser, como digo, el supuesto más convencional.

La apreciación de la conducta prohibida, en los términos indicados, conduce a su calificación como infractora según los artículos 62.3 y 4 de la Ley 16/2007 que tipifican las conductas colusorias, de abuso de posición de dominio y de concentración económica contraria a la ley, como infracciones graves o muy graves[71]. En consecuencia, apreciada la ilegalidad calificada como infracción, se le debería imponer al responsable la sanción prevista en el artículo 63 de la Ley 16/2007. A esta sanción se le podría añadir otras consecuencias aflictivas, pero no sancionadoras. La finalidad sería reparar el orden jurídico y material dañados por la conducta infractora. Aquí se situarían las órdenes de cesación y

---

[68] Los actos desleales se someten a su régimen específico de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

[69] Salvo, lógicamente, el archivo de las actuaciones.

[70] Además, la ley habilita que se puedan adoptar cualesquiera otras medidas cuya adopción autorice la Ley 15/2007.

[71] Aunque, ciertas irregularidades afectantes al régimen de la concentración económica, también podrían ser consideradas como infracciones leves.

de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas. En otro plano se situaría la orden de imposición de condiciones u obligaciones. En este caso, la finalidad sería evitar que se puedan repetir los hechos, las conductas contrarias a la ley. Por lo tanto, la resolución serviría a tres finalidades distintas: (1) el castigo (multa); (2) la reparación del orden jurídico y material dañado (cesación y remoción); y (3) la prevención de que las conductas se puedan volver a reproducir (imposición de condiciones u obligaciones).

Este sería el supuesto más normal. Ahora bien, surgen unos interrogantes, ante el silencio de la ley, sobre la posibilidad, una vez apreciada la ilegalidad, pero rechazada la responsabilidad sancionadora al no concurrir los requisitos, de la impartición de las órdenes, en particular, por ejemplo, la imposición de condiciones u obligaciones. También habría que interrogarse si fuera posible, en términos jurídicos, imponer, una vez apreciada que una conducta colusoria no reúne los requisitos del artículo 1 (y, por consiguiente, no es susceptible de ser considerada como infracción, en los términos del artículo 62.3 y 4), ciertas condiciones u obligaciones para que, a modo de prevención, se pueda convertir en conducta prohibida susceptible de castigo. En otros términos, nos preguntamos, ¿sería posible la imposición de tales condiciones u obligaciones de manera preventiva, para evitar que una conducta prohibida, no susceptible de sanción, pueda evolucionar hacia aquella que sí está tipificada como infracción? ¿Cabría, en tal caso, la imposición de obligaciones, pero sin castigo?

Habría que interrogarse, como digo, acerca de la relación entre lo dispuesto en los artículos 1 y 2 (prohibiciones), y el artículo 62 (infracciones), con el artículo 53 (contenido resolución). Ante estas dudas, surgidas, como digo, del silencio de la ley, la respuesta es negativa. No parece que, sin la concurrencia de las conductas prohibidas, tanto las relevantes como las irrelevantes, la CNMC pueda adoptar una resolución prescriptiva. Las conductas de los artículos 1 y 2 (conductas prohibidas) son la base para que la Administración pueda prescribir.

Una vez afirmada la conexión entre el contenido descriptivo (la ilegalidad) y el prescriptivo, nos debemos interrogar sobre otra cuestión. La ley enumera un abanico de medidas que la CNMC podría adoptar: ¿todas las ilegalidades son sancionables? No. No hay una relación entre ilegalidad y su prohibición, con la imposición de una sanción. No todas las conductas prohibidas son sancionables, porque no todas encajan en el tipo infractor.

Tabla 5. Conductas prohibidas e infracciones en la Ley 15/2007

Conductas colusorias (art. 1)	Infracciones (art. 62)
"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".	"3. Son infracciones graves: a) El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales". … "4. Son infracciones muy graves: a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales".

El criterio que sirve para marcar la frontera entre lo prohibido y sancionado y lo que, estando prohibido, no es sancionable, resulta del juego de dos parámetros: (1) las conductas que han de consistir en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas; y (2) tales conductas son desplegadas por empresas no competidoras (infracciones graves) o competidoras (infracciones muy graves).

Por lo tanto, las conductas prohibidas del artículo 1 podrían no ser merecedoras de castigo, conforme al artículo 62, si no cumplen los dos parámetros indicados. Por ejemplo, el artículo 1 no se refiere a unos sujetos determinados, lo que sí sucede con la tipificación de la infracción (empresas).

Si se admite la posibilidad de conductas prohibidas no sancionables, la CNMC podría, tras haber comprobado (y declarado) la concurrencia de la prohibición, adoptar una resolución prescriptiva que no incluyese la imposición de

sanciones. El denominado "procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas", dirigido a la represión de las conductas prohibidas que, usualmente, combinan distintas órdenes con la imposición de una sanción, también, podría concluir con el dictado de las órdenes adecuadas, pero sin imponer castigo o sanción. No es descartable.

En definitiva, se suele caer en el error de confundir las prohibiciones con la tipificación de las infracciones cuando solo esta es la que tiene relevancia a los efectos de la imposición del castigo. Solo la conducta que encaja en el tipo será merecedora de la sanción. Cualquier otra que, al menos hipotéticamente, pudiese encajar, en cambio, en el ámbito objetivo de la prohibición, pero no así en el de la infracción, podría merecer otro tipo de consecuencia, pero no la sancionadora. En el ámbito del Derecho de la competencia no desfallece el principio de legalidad sancionadora. Es una exigencia constitucional (art. 25 CE).

5.3. Resolución: contenido prescriptivo

El contenido prescriptivo de la resolución plantea numerosos problemas jurídicos en atención a su variedad. En *primer* lugar, la orden de *cesación* deberá especificar el plazo que tienen los responsables para interrumpir sus conductas prohibidas.

En *segundo* lugar, la imposición de *condiciones* u obligaciones determinadas[72]. En el artículo 53.2.b) se especifica que "las condiciones estructurales solo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, estas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural".

El grado de indeterminación entrega a la CNMC una amplia potestad para especificar las condiciones y las obligaciones[73]. Las condiciones podrán ser es-

---

[72] Vid. Marcos Fernández (2017), pp. 123 y ss.

[73] La Directiva 2019/1 no introduce singulares cambios respecto de lo que contempla nuestro Derecho. El artículo 10 dispone que "los Estados miembros velarán por que, cuando las autoridades nacionales de competencia constaten una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, puedan, mediante decisión, *ordenar a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada*. A tal efecto, *podrán imponer medidas correctoras estructurales o de comportamiento que sean proporcionadas a la infracción cometida y necesarias para producir el cese efectivo de la misma. A la hora de elegir entre dos soluciones igualmente eficaces, las*

tructurales o funcionales (comportamiento). En cambio, respecto de las obligaciones, no hay ni tan siquiera la limitación-clasificación indicada ni tampoco la preferencia a cierto tipo de condiciones (las funcionales; salvo que las estructurales fuesen de interés general).

La primera cuestión es la diferencia entre unas y otras. Las obligaciones prescriben una conducta a hacer o no hacer. A tal fin, se deberá detallar cuál es la conducta, y sus características principales. En cambio, las condiciones que, como se exponen, igualmente son objeto de "imposición", son requisitos o reglas a cumplir que sirven para estructurar o bien el ámbito de actividad o bien las conductas o el comportamiento de los sujetos.

En la fijación de condiciones y obligaciones, la CNMC deberá sujetarse a los principios generales que han de gobernar su discrecionalidad: necesidad, adecuación y proporcionalidad. Han de ser necesarias (máxime cuando se ha apreciado la existencia de conductas prohibidas), adecuadas para afrontar la conducta/problema declarado y proporcionadas, o sea, que no vayan más allá de lo necesario, aplicando un mínimo sacrifico a los derechos e intereses porque, además, no existe ninguna otra solución/medida menos invasiva.

Es significativo que se exija la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se trata de elegir entre condiciones estructurales y de comportamiento, pero no cuando se trata de especificar las condiciones u obligaciones a imponer. El principio de proporcionalidad no opera "solo" internamente en cuanto a la

---

autoridades nacionales de competencia elegirán la medida correctora que sea menos onerosa para la empresa, de conformidad con el principio de proporcionalidad".
Además, en el artículo 12 se regula la posibilidad de los compromisos, su establecimiento y los poderes para su vigilancia. "Los Estados miembros velarán porque, en los procedimientos de aplicación incoados con vistas a la adopción de una decisión que ordene el cese de una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, las autoridades nacionales de competencia puedan, tras recabar de manera formal o informal los puntos de vista de los participantes del mercado, mediante decisión, hacer vinculantes los compromisos ofrecidos por las empresas o asociaciones de empresas cuando estos respondan a las reservas manifestadas por las autoridades nacionales de competencia. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la autoridad nacional de competencia de que se trate". Además, "los Estados miembros garantizarán que las autoridades nacionales de competencia tengan competencias efectivas para supervisar la aplicación de los compromisos a que se refiere el apartado 1".

elección del tipo de condiciones, sino a la imposición de condiciones u obligaciones concretas. En todo caso, la proporcionalidad se ha de cumplir.

En *tercer* lugar, la orden de remoción solo es operativa respecto de los efectos de ciertas prácticas prohibidas. El artículo 1 de la Ley 19/2007 enumera las conductas prohibidas, entre las que se incluyen las conductas colusorias. Todas, como digo, están prohibidas. Sin embargo, algunas disfrutan de la posibilidad de que la prohibición "no se aplique". Son aquellas en las que la colusión sirve a un objetivo de interés público ("a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico"). En tal caso, no hay prohibición efectiva, ni remoción de los efectos. A esta última alude la delimitación que la ley hace de la eficacia de la orden de remoción.

Los términos "remoción de los efectos" son muy confusos. Por un lado, remover quiere indicar que se han de cambiar, apartar o eliminar los efectos producidos por las conductas prohibidas. Ya no se trata de "cesar", sino, además, de eliminar los efectos. El problema que se plantea es el del alcance de tales efectos, en particular, si la remoción tiene un efecto retroactivo. Se trata de eliminar los efectos no solo ahora apreciados sino también en el pasado. ¿Hasta dónde se puede llevar la remoción? ¿Desde el principio en que la conducta comenzó a producirse? Estas preguntas están asociadas a otra no menor: ¿qué sucede si la remoción no es posible porque los efectos se han consolidado? ¿Cabe la remoción por sustitución por su equivalente económico? ¿Cabe la indemnización? Sobre esta cuestión me referiré más adelante.

En *cuarto* lugar, la imposición de multas plantea un problema muy relevante relativo al cálculo de su importe, para lo que, lógicamente, se ha debido declarar que la conducta prohibida encaja en alguno de los tipos infractores y hay, por un consiguiente, un responsable.

5.4. Imposición de multa: clases de infracciones, criterios y circunstancias

La ley establece que la CNMC deberá imponer las multas dentro de los rangos que especifica en el artículo 63 en los siguientes términos:

"a) Las infracciones leves con multa de *hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total* de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b) Las infracciones graves con multa de *hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total* de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c) Las infracciones muy graves con multa de *hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total* de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

Se detalla que "el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros". Es este volumen el que determina el tope de la multa a imponer[74]. No se puede rebasar. Hasta llegar a ese tope, la CNMC tiene la discrecionalidad correspondiente para fijar, en consonancia a ciertos criterios que se expondrán, la multa adecuada a la responsabilidad y a la infracción.

La ley detalla, igualmente, los *criterios* para determinar el importe de las sanciones. Estos son:

a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.

b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.

c) El alcance de la infracción.

d) La duración de la infracción.

e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.

f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.

g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

A su vez, las circunstancias *agravantes* son:

a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente ley.

b) La posición de responsable o instigador de la infracción.

---

[74] En el caso de que no fuese posible delimitar el volumen de negocios, las multas serán las siguientes, según detalla el 63.3 de la ley:
a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.
b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.
c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora[75].

Por último, las circunstancias *atenuantes* son:

a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.

c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa[76].

Debemos tener presente que, para incrementar aún más la discrecionalidad de la CNMC, estos criterios no integran una lista cerrada de elementos. La ley indica con claridad que otros criterios son posibles; la relación es meramente enunciativa de los que efectivamente la CNMC podrá aplicar. Además, cada uno deja abierta las puertas a la interpretación: no solo cómo interpretarlos correctamente sino, además, cómo afectan y en qué magnitud o cantidad. Es el caso de términos como alcance de la infracción, el efecto sobre los derechos e intereses,... Otros como la dimensión y características de los mercados deja, además, abierta las puertas a cómo especificar la relación entre los criterios y la multa a imponer. También suscitan dudas interpretativas las circunstancias agravantes y las atenuantes. En definitiva, son criterios que la CNMC deberá aplicar, a la luz del caso concreto, hasta resolver que la multa tiene una determinada expresión cuantitativa. Demasiada incertidumbre. Demasiada discrecionalidad. Es lógico que sea el ámbito predilecto de la escenificación del conflicto entre la autoridad de defensa de la competencia y el control judicial, como se analizará más adelante.

Y, en *cuarto* lugar, la ley habilita a la CNMC con la posibilidad de acordar "cualesquiera otras medidas cuya adopción autorice esta ley". Así podría declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos colusorios en los términos del artículo 1.2 de la Ley 15/2007. Este precepto establece la nulidad de "los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto

---

[75] Sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62, como infracción leve.

[76] Estos supuestos están regulados en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007.

en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente ley". La nulidad es fruto de la ley. Es *ope legis*. No necesita, por lo tanto, de ninguna declaración a tal efecto. Ahora bien, exigencias de seguridad jurídica la aconsejan, no tanto a los efectos de producir las consecuencias ya fijadas por la ley, cuanto comunicar o informar sobre el efecto de la ley. No se trata de informar sobre la nulidad cuanto lo que la ley dice respecto de la nulidad.

5.5. Indemnización de los daños

La Ley 15/2007 nada disponía sobre la indemnización de los daños y perjuicios producidos por las conductas prohibidas. Era sorprendente cuanto que las conductas prohibidas producen daños. En el caso de las conductas colusorias, la finalidad del acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que constituye el objeto de las conductas es el de producir el efecto de "impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional". A su vez, en el caso del abuso de posición dominante, los efectos dañinos son aún más evidentes puesto que consiste en el "abuso" que sufren otros operadores o, en última instancia, los ciudadanos, como consecuencia del poder de una empresa o varias empresas. Este abuso se manifiesta, entre otras, en precios injustificados, irrazonables o deshonestos, limitaciones "en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores", etc. Las conductas están prohibidas, precisamente, por los efectos perniciosos que tiene en el seno de un mercado regido por las reglas de la competencia libre e igual entre los operadores para producir un resultado que se considera socialmente óptimo.

Siendo así que hay daño, ¿cómo se resarcen a los dañados? Un principio esencial del Derecho establece que el responsable del daño es, también, el responsable de su compensación. No hay daño sin responsable que lo será, también, de su reparación. Si las conductas prohibidas producen daño, su responsable también deberá repararlo, en última instancia, deberá compensarlo[77]. La cuestión que queda pendiente es la relativa al cómo.

---

[77] En otros ámbitos, como el ambiental, por ejemplo, están perfectamente delimitados los daños ambientales y lo no ambientales. Solo aquellos tienen como vehículo para la compensación la responsabilidad ambiental, regulada por la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental, con independencia de que sean patrimoniales o no (art. 5 de la Ley 26/2007). Conforme al significado de daños ambientales (art. 2), es posible y frecuente, además, que los daños sean patrimoniales y ambientales. En tal caso, solo podrán ser reparados conforme a la ley ya que

En el caso de los daños producidos por las conductas prohibidas no encontrábamos una similar disposición. Puede haber daños colectivos y daños patrimoniales. Daños que sufren el mercado, como institución social y jurídica, y daños que, además, lo sufren ciertos operadores, como una empresa determinada o un consumidor o conjunto de consumidores igualmente precisos. Sin embargo, no había previsión sobre cómo aquellos daños son reparados y compensados. Tampoco hay referencia a estos últimos, a los daños patrimoniales. Probablemente, se entiende que el cauce es el de la responsabilidad civil, lo que no es necesario indicar o precisar. Pero ¿qué sucede con los daños colectivos? ¿Qué sucede con los daños al mercado?

La multa no tiene finalidad reparadora; es punitiva. Es compatible la imposición de un castigo con la indemnización de los daños y perjuicios producidos. Son instituciones distintas que responden a fines igualmente distintos: el castigo y la reparación. El objetivo es atender, en su integridad, el mismo hecho: una conducta prohibida. Requiere castigo y reparación. En otros ámbitos, como el ambiental, está establecida la compatibilidad de ambas instituciones. El mismo hecho, el productor de un daño ambiental, ha de ser afrontado para sancionar el incumplimiento de la legislación correspondiente y para la reparación de los perjuicios causados. Es interesante, además, que la indemnización se mueve en otro ámbito distinto al de la reparación. Así, por ejemplo, en el artículo 35 de la Ley 6/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación se establece que "sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la reposición o restauración de las cosas al estado anterior a la infracción cometida, así como, en su caso, a abonar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados. La indem-

"los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley". En cambio, los patrimoniales no ambientales (según el concepto de la ley) tienen como único cauce el de la responsabilidad civil, o sea, la regulada por el Código Civil. Es significativo, a nuestros efectos que los daños ambientales, todos ellos, patrimoniales o no patrimoniales, se han de resarcir por la vía de la responsabilidad ambiental que es, además, esencialmente de naturaleza administrativa, porque es una Administración la que, al menos inicialmente, habrá de fijarla mediante una resolución (art. 21). Por lo tanto, un acto administrativo fijará la obligación de reparación por los daños, incluso, como digo, de los patrimoniales. Lo relevante, lo único relevante, es la trascendencia o importancia que los daños tienen desde el punto de vista del interés general, caso de los ambientales, no la naturaleza patrimonial o no de los mismos.

nización por los daños y perjuicios causados a las Administraciones públicas se determinará y recaudará en vía administrativa". Por lo tanto, (1) hay compatibilidad entre sanción e indemnización e, incluso, con la reparación: sanción, reparación e indemnización; pero (2) la indemnización por los daños y perjuicios tiene un cauce de Derecho administrativo cuando se tratan de los sufridos por las Administraciones, o sea, los que podemos denominar como públicos, no así los particulares o patrimoniales; y (3) los daños particulares o patrimoniales tienen como cauce de compensación la responsabilidad regulada por el Código civil.

En el caso de los daños producidos por las conductas prohibidas, la ley nada decía. El silencio era más llamativo cuando está contemplada la indemnización en la legislación sectorial. Es el caso de la legislación eléctrica (Ley 24/2013)[78]. En el artículo 68 se detalla que, además de imponer la sanción, se contempla la imposición de otras medidas accesorias entre las que se incluye la indemnización de daños y perjuicios: (1) es de imposición obligatoria "cuando no fuera posible la restitución o reposición y en todo caso si se hubieran producido daños y perjuicios a los intereses públicos". Esto quiere decir que, respecto de los daños

[78] En este ámbito se contempla que la sanción se verá acompañada de "sanciones accesorias" y otras medidas. La sanción es, como ya he comentado, la imposición de una multa, o sea, la obligación del pago de una cantidad de dinero que se calcula en función de la gravedad de la infracción, según unos topes de mínimos y de máximos fijados en la ley (art. 67). Según se traten de infracciones muy graves o graves, al responsable se le podrán imponer, "en función de las circunstancias concurrentes", unas o varias de las "sanciones accesorias" que el artículo 68 detalla, tales como la inhabilitación, la suspensión o revocación de autorizaciones, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones,... durante los períodos que se fijen, sin superar los previstos en la ley (art. 68). Además de imponer las sanciones, "la resolución del procedimiento sancionador declarará la obligación de:
a) Restituir las cosas o reponerlas a su estado natural anterior al inicio de la actuación infractora en el plazo que se fije.
b) Cuando no sea posible la restitución de las cosas o reponerlas a su estado natural, indemnizar los daños irreparables por cuantía igual al valor de los bienes destruidos o el deterioro causado, así como los perjuicios ocasionados, en el plazo que se fije.
c) Reintegrar las cantidades indebidamente percibidas en aquellos casos en que la comisión de la infracción haya supuesto la percepción de una retribución regulada que no debería haberle sido de aplicación".
Como se detalla en el segundo apartado del mismo artículo, la indemnización por daños y perjuicios se exigirá "cuando no fuera posible la restitución o reposición y en todo caso si se hubieran producido daños y perjuicios a los intereses públicos". Además, se establece una regla para el cálculo de la indemnización: "Cuando los daños fueran de imposible o difícil evaluación, para fijar la indemnización se tendrán en cuenta el coste de la restitución y reposición y el valor de los bienes dañados, debiendo aplicarse el que proporcione el mayor valor".

a los intereses privados, la indemnización es secundaria respecto del medio o fin principal para la reparación que es la reparación in natura. En cambio, respecto de los daños y perjuicios a los intereses públicos, siempre habrá indemnización porque no cabe la reparación; y (2) el mecanismo o procedimiento administrativo es el cauce, mediante la resolución correspondiente, para la reparación in natura o su equivalente económico, tanto de los daños patrimoniales como los de naturaleza pública.

Este vacío ha sido cubierto con la modificación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, por obra del Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea[79]. Se añade un nuevo título, el sexto, relativo a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia.

La principal característica de la nueva regulación es el carácter privado o civil. Se desgaja o separa el carácter administrativo de la acreditación de la conducta infractora y productora del daño, de la vía civil para la imposición de la indemnización para la compensación de los daños. La separación no augura una convivencia pacífica; puede ser muy problemática.

En lo que ahora nos interesa, los principales elementos del régimen jurídico de la responsabilidad pueden sintetizarse en los siguientes extremos. En *primer* lugar, se reconoce el derecho de cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria (art. 72 de la Ley 15/2007). El plazo para el ejercicio de la acción es de cinco años (art. 74).

Estamos ante lo que se denomina la aplicación privada del Derecho de la competencia. El derecho se ha de ejercer ante la jurisdicción civil. Aunque, como se analizará, la resolución de la autoridad de defensa de la competencia por la

[79] Vid. Zurimendi Isla (2017), pp. 269 y ss.

que se constata la infracción es prueba "irrefutable" de su existencia a los efectos del ejercicio del derecho, en relación con la acción a reclamar.

El objetivo del derecho es garantizar una reparación completa o pleno resarcimiento que consistirá en "devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia (art. 72). Esto quiere significar que la indemnización solo cubrirá el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. En ningún caso, "conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo". La indemnización solo tiene una finalidad resarcitoria. Se excluye en componente punitivo tan importante en el sistema norteamericano de la responsabilidad civil.

En *segundo* lugar, los obligados al resarcimiento serán todos los considerados responsables de la infracción contraria al Derecho de la competencia (art. 71). La prueba, además, "irrefutable", de la infracción la ha de aportar, como digo, la resolución de la autoridad de defensa de la competencia (art. 75)[80]. La resolución ha de probar la infracción, no necesariamente, la imposición de un castigo. Como he expuesto, las prohibiciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007 y la tipificación del artículo 62 no son necesariamente coincidentes.

Los obligados son todos los considerados responsables, lo que comprende también a las "empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia". En este caso, "serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción" (art. 73). También lo serán las empresas o personas que "controlan" la empresa responsable de la infracción (art. 71.2.b).

---

[80] En el caso de las resoluciones de autoridades y tribunales de otros Estados, "se presumirá, *salvo prueba en contrario*, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario" (art. 75.2).
Por lo tanto, mientras que las resoluciones de las autoridades españolas constituyen una constatación "irrefutable" de la infracción, la de las autoridades y tribunales de otro Estado miembro, en cambio, admiten prueba en contrario. No logra entenderse esta diferencia de régimen.

En *tercer* lugar, la causalidad se refiere a la causa productora del daño. Esta causa es la conducta infractora del Derecho de la competencia. La resolución de la autoridad de defensa de la competencia "constatan", además, de manera "irrefutable" que la infracción se ha producido. Por consiguiente, constatan quién es el responsable de la infracción, o sea, de la conducta causante del daño y, además, la conducta infractora, así como los eventuales perjuicios.

Es significativo que el plazo para el ejercicio de la acción comienza a computarse al acreditar la infracción, o sea, al "tener conocimiento de las siguientes circunstancias: a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) El perjuicio ocasionado por la citada infracción; y c) La identidad del infractor" (art. 74). Por lo tanto, con la acreditación, por resolución de la autoridad de defensa de la competencia, de los extremos indicados (conducta, perjuicio y responsable).

Ante la jurisdicción civil se deberá resolver, como consecuencia del ejercicio de la acción de daños, quién debe responder, qué ha ocasionado el daño, cómo se ha ocasionado y, en particular, el importe de la indemnización. La prueba irrefutable de la infracción no conduce, necesariamente, a la prueba irrefutable de los extremos comentados, incluso, los obligados a compensar los daños.

No hay una vinculación jurídica entre la resolución de la autoridad administrativa y la sentencia civil que resuelve sobre la acción de daños. El artículo 76.3 de la Ley 15/2007 dispone que "se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario". Se trata de una presunción de la producción del daño como consecuencia de la acreditación de la infracción. Es una presunción iuris tantum. En los demás casos, en las demás conductas infractoras, ni presunción existe; no hay una vinculación entre la resolución administrativa y la sentencia civil. Ante la jurisdicción civil se deberán acreditar los daños. La carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante (art. 76.1).

En *cuarto* lugar, la indemnización tiene, como he dicho, una finalidad resarcitoria, pero, además, completa o total: "El pleno resarcimiento consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia" (art. 72.2). Por lo tanto, comprenderá el "derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses".

Ahora bien, el derecho al resarcimiento se refiere "únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño". En ningún caso el resarcimiento del daño emergente (sufrido en cualquier nivel de la cadena) podrá superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel. A su vez, tiene derecho a una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes (art. 78). Los tribunales están facultados para calcular con arreglo a Derecho la parte del sobrecoste repercutido[81].

6. CONTROLES

Demasiado poder. Demasiado poder importante en manos de la Administración, en manos de la autoridad de defensa de la competencia. Como decía Lord Acton (1834-1902), todo poder absoluto, corrompe absolutamente. Esta frase encierra una enseñanza universal y, además, atemporal: todo poder sin control tiende a más poder. La tendencia natural del poder es a sumar más poder. No hay evidencias históricas de que el poder haya tendido, en ninguna nación ni en ninguna época, a ser menos poder. Esta tendencia natural solo se puede combatir con el control. El control es un elemento fundamental de la estructura del poder en los Estados de Derecho. Todo poder, en el seno de dicho Estado, lleva indisolublemente unido el control. Poder y control son la pareja institucional clave del Estado de Derecho. Una pareja, ciertamente, que debe mantener el equilibrio; el *check and balance*, en gráfica expresión del constitucionalismo norteamericano.

---

[81] En cuanto a la prueba de los sobrecostes y de su repercusión, el artículo 79 dispone lo siguiente: "1. Cuando en el ejercicio de una acción de daños la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante o en qué medida se repercutió, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten sobre puntos posteriores de la cadena de suministro, la carga de la prueba de la existencia y cuantía de tal repercusión recaerá sobre la parte demandante, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros.
2. Se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que:
a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia;
b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y
c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.
La presunción quedará sin efecto si la parte demandada probase que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto".

Los controles sirven a dos fines: (1) garantizar el cumplimiento de la ley; y (2) proteger los derechos de todos los interesados. Uno y otro confluyen en un objetivo: combatir la arbitrariedad.

Cuando el poder es tan poderoso, como comprobamos en la regulación y en la defensa de la competencia, es un incentivo eficaz para la arbitrariedad y, en particular, una de sus manifestaciones: la corrupción. El principal enemigo del poder regulatorio y del de la defensa de la competencia es la captura por los intereses regulados a cambio de distintos premios que van desde la contraprestación económica (la dádiva o la mordida) hasta los más sutiles como el *revolving door*. Las debilidades estructurales y funcionales contribuyen a la captura. Estas debilidades están relacionadas con la independencia.

6.1. Independencia

La CNMC como autoridad de regulación y de defensa de la competencia actúa "en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional, y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial" (art. 2.1 de la Ley 3/2013). El artículo 3 insiste sobre estas cuestiones cuando dispone que "la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial". Y concreta, en el siguiente apartado, que "en el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada".

Hay tres dimensiones de la independencia. La primera es la referida al *organismo*, la autoridad administrativa independiente a la que se refiere el artículo 109 de la Ley 40/2015[82]. Esta se concreta en la personalidad jurídica propia y

[82] El artículo 109 contiene la siguiente definición:
1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores

plena capacidad pública y privada. Además, se añaden otras determinaciones tal como el patrimonio propio (art. 33), la autonomía presupuestaria y económico-financiera, así como el control económico-financiero (art. 34). Estas alumbran la "autonomía orgánica" a la que se refiere el artículo 2 de la Ley 3/2013.

La segunda, se refiere a su *funcionamiento* y a su actuación, a como, en definitiva, ejerce su función. Sería la independencia funcional. Esta tiene dos dimensiones, una orgánica y otra finalista. En cuanto a la *orgánica*, el organismo, la autoridad, no está sometida a jerarquía; se habla de la "plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado" (art. 2.1). Esto quiere decir que "actúa" disfrutando de autonomía funcional e independencia. Porque no "obedece", no debe obediencia ni al Gobierno ni a las empresas; la dirección del Gobierno (art. 97 CE), en consecuencia, se "objetiva", porque solo puede llevarse a cabo mediante normas.

La *finalista* se refiere a los fines a los que la autoridad ha de perseguir. Ha de ser independiente de cualquier interés empresarial o comercial. Así ha de serlo, igualmente, cuando actúa. Nada prejuzga que tales fines sean también los propios de entidades públicas, como las entidades públicas empresariales (art. 103 y ss. de la Ley 40/2015) o las sociedades mercantiles estatales (arts. 111 y ss. de la Ley 40/2015). En tales casos, también serían independientes de estos orga-

---

económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de ley.
2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.
3. Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «Autoridad Administrativa Independiente» o su abreviatura «AAI».
El régimen jurídico está detallado en el artículo 110:
"1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.
2. Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril".

nismos y sus fines, al margen de su condición pública. Lógicamente, con mayor razón, la autoridad habrá de serlo de los intereses encarnados por personas y organismos privados. No puede haber contaminación en este ámbito.

La tercera y última es la *personal*. Esta tiene varias dimensiones. En el ámbito de su actuación ("en el desempeño de las funciones que le asigna la legislación"), "ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada" (art. 3.2). Una prohibición, dirigida a miembros y a personal, de aceptar o de solicitar instrucciones.

La independencia personal sería incompleta sin la referencia a otra dimensión importante: las incompatibilidades. Los miembros de la autoridad están sometidos al régimen de incompatibilidades de actividades, establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado (regulado en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y en sus disposiciones de desarrollo) (art. 22.3). Los requisitos se refieren tanto al nombramiento (idoneidad, honorabilidad y debida formación y experiencia) como al ejercicio de sus funciones.

El mecanismo más importante de garantía de la independencia personal es la prohibición de la remoción. Existe una relación tasada de causas en atención a la que la finalización anticipada podría proceder (art. 23). Son causas que tienen un carácter objetivo, que no dependen de la voluntad de nadie, salvo la del titular del cargo (renuncia). Con una única excepción: la separación acordada por el Gobierno pero que, a su vez, exige una justificación en los términos establecidos en la ley (incumplimiento grave de los deberes del cargo o incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de intereses y del deber de reserva). En estos casos, la objetivización viene de la mano de la exigencia de su acreditación en el correspondiente expediente. Se abriría la posibilidad del recurso ante los tribunales, como efectivamente ha sucedido, como hemos visto, como consecuencia de una modificación normativa (extinción del organismo).

Por lo tanto, la independencia ha sido cultivada en todas las dimensiones del organismo: subjetiva, funcional y personal. El estatuto jurídico que rodea a la autoridad permite disfrutar de la necesaria para desarrollar sus funciones. La independiza de la directriz política (independencia del Gobierno), de la presión en relación con los medios económicos y su gestión, que necesita para el desa-

rrollo de su función (independencia orgánica), de cualquier otro interés que no sea el público definido en la norma instituyente (el de la garantía de un mercado cuyo funcionamiento sea correcto, transparente y competitivo) y de la presión que pudiera dirigirse contra sus miembros (independencia personal). Pero la independencia, como digo, también debilita.

6.2. Debilidades estructurales y funcionales de las autoridades reguladoras

En *primer* lugar, la independencia debilita, en el plano estructural, a la autoridad, lo que contribuye a la captura. Es una de las más grandes paradojas. La independencia no fortalece. La independencia debilita. Tradicionalmente se ha considerado que la independencia es el rasgo más sobresaliente que debía adornar a las autoridades de regulación. El disfrutar de un estatuto jurídico que la protegiese sería esencial para que sus importantes funciones se pudiesen desplegar. Sin embargo, la independencia no es el resultado final. Es el punto de partida. Solo aquellos que son subjetiva y objetivamente independientes, podrán seguirlo siendo. Aquellos, en cambio, que ya están comprometidos, por sus vinculaciones con empresas o partidos, con ciertos objetivos e intereses, no serán independientes. Seguirán estando vinculados. El estatuto personal ha apocado la independencia de los consejeros de la autoridad.

La independencia, desde el punto de vista jurídico, es un estatuto jurídico; el que disfrutan los cargos que integran el consejo de la autoridad y la autoridad misma que le ha de permitir proteger, desde el punto de vista fáctico, su independencia. Una independencia, la de los consejeros y de la autoridad misma que, paradójicamente, no es el resultado, sino que es el punto de partida. Solo los que ya son independientes podrán protegerse tras el estatuto para seguir siéndolo. La independencia no hace milagros. Protege los milagros.

Sin embargo, la independencia aísla al independiente. Rompe los lazos con otras autoridades lo que los hace más débiles frente a las presiones de los fuertes, de los intereses regulados. La independencia supone soledad frente a los poderosos. El estatuto puede proteger, pero la presión, no solo no desaparece, sino que se reduplica. Demasiado poder, en muy pocas manos y, además, "aislados". Su independencia se convierte en heroísmo.

Si tenemos en cuenta, además, que las funciones que se les atribuyen tienen una laxa ligadura con el Derecho, ni tras las normas, ni tras el cumplimiento estricto de las mismas cabe la posibilidad de atrincherarse. A diferencia de los

jueces que sí que pueden hacerlo, las autoridades reguladoras no pueden. La ley es un endeble lazo que les vincula. El alcance de la discreción de la que disfrutan es considerable. Por lo tanto, independencia, fragilidad del lazo legal y discrecionalidad, configuran una situación estructural débil frente a las presiones de los intereses regulados.

En *segundo* lugar, los poderes en manos de las autoridades son tan importantes como poderosos. Son importantes por los sectores en los que actúan, esenciales para el desarrollo económico de una nación, así como para la preservación de una institución igualmente central, como es la de un mercado, libre, abierto, competitivo. En estos sectores actúan operadores o agentes económicos que disfrutan de importantes posiciones económicas y, por consiguiente, con capacidad para influir, en el mejor de los casos, el cómo el poder actúa. A esta importancia, se le suma un rasgo igualmente sobresaliente: el "valor" de ese poder. Tiene tanta importancia que es valioso. Los operadores están tentados en influirlo para obtener una renta o para evitar que se les prive.

La posibilidad de la captura es consustancial al funcionamiento de estas autoridades. Todas han sufrido y la sufren en todos los países. La concentración de un poder tan poderoso en tan pocas manos ha simplificado las posibilidades de la captura. Es más difícil influir en muchos. Más sencillo cuando se trata de unos pocos. Las autoridades de regulación y de defensa de la competencia que, en el caso español, están, además, unificadas, concentran tanto poder que es más sencilla, más interesante y más provechoso la influencia. Se intenta por la vía legal, pero también por la ilegal. La influencia legal es obra de los lobbies. En España y, en muchos países, se intenta transparentar su labor mediante registros públicos, pero también, extendiendo la transparencia al funcionamiento de la autoridad. Es un desiderátum relevante. Muy difícil de hacer realidad. Pretender que transparentando se consigue impedir la influencia es ingenuo. Los intereses poderosos siempre encontrarán caminos por los que llegar, con el mensaje adecuado, a los oídos que quieren oírlos y complacerlos, con o sin transparencia.

En *tercer* lugar, en el plano funcional, los poderes en manos de las autoridades de regulación y de defensa sufren una limitación que es relevante desde el punto de vista del control: la discrecionalidad. La regulación y la defensa de la competencia no son funciones que fácilmente se dejen regular agotadoramente por el Derecho. No es posible. Hay demasiadas aberturas a la apreciación del

caso por parte de la autoridad; atender las circunstancias para determinar qué decisión se ha adoptar. Su propia existencia y, además, independiente, es precisamente para neutralizar y tecnificar, o sea, objetivar, decisiones del poder que tienen tanta trascendencia económica, social y política. Se independizan para que el ejercicio del poder responda solo a criterios técnicos dentro de la ley. Se pretende tecnificar, objetivar, la decisión porque tiene un amplio margen; un amplio margen para la elección. Por esto es tan relevante la independencia: para objetivarla-tecnificarla.

El mundo de la regulación y de la defensa de la competencia es el reino de la elección. La amplitud es considerable porque, como digo, el Derecho no ha querido regular exhaustivamente la decisión; no ha querido reducir, más allá de lo razonable, el margen para decidir entregarlo a la autoridad. Hay elección, hay decisión, entre múltiples posibles, igualmente irrelevantes para la ley. Esta limitación funcional alimenta la captura. El poder vuelve a ser libre, o más libre, por la vía de la decisión entre irrelevantes jurídicos, porque la ley así lo ha querido. Si la ley disciplinase exhaustivamente estaría asumiendo el intervencionismo del que se huye.

En *cuarto* y último lugar, la combinación entre independencia, poder-poderosos y discrecionalidad construye una autoridad y un Derecho fuertemente tensionados y con tendencia al desequilibrio. Este tiene distintas manifestaciones: la ilegalidad, la arbitrariedad, la corrupción. Las autoridades de regulación y de defensa de la competencia son autoridades "explosivas". Sus defectos estructurales y funcionales se combinan con un entorno "agresivo" por su tendencia, igualmente natural, a influir, a explotar sus debilidades para atraerlas hacia ciertos intereses.

En este contexto, el control es esencial. El control, incluso, el excesivo, el irrazonable e, incluso, el arbitrario, introduce un elemento de tensión que ayuda, en términos macro-estructurales, a reequilibrar el conjunto, el sistema.

6.3. Controles y sus modalidades

La autoridad de regulación y de defensa de la competencia está inserta en una red amplia de controles. Ahora me voy a referir al control político, al social y al interno. En otro apartado, al control jurídico que, como es lógico, tiene más relevancia a nuestros efectos.

6.3.1. Control político: comparecencias ante la Comisión correspondiente del Congreso

El *primero* es *político*. Este control es el que despliega el Parlamento en dos momentos: con ocasión del nombramiento y a lo largo del ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. En el caso de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, los miembros del Consejo y, en particular, el Presidente y Vicepresidente, son nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, "entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión" (art. 15.1). La potestad del Gobierno ha de respetar este requisito. El problema es el cómo se acredita y el cómo se controla. El currículum del elegido, debidamente publicado, deberá ser la vía de la acreditación y control. Se entiende que aquel que no lo cumpla, incurrirá en el vicio de ilegalidad de su nombramiento.

Antes del *nombramiento* se produce una comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los diputados. Se trata, como digo, de un control político que no se reduce a la comprobación del requisito legal expuesto. La función de la comparecencia sería, por un lado, verificar el cumplimiento del requisito legal, como resulta lógico, pero no solo se ha de limitar a este examen. También ha de dispensar el control sobre la adecuación del candidato en relación con la "adecuación" al puesto a ocupar, en particular, su falta de independencia subjetiva. Es imprescindible que todo candidato reúna el requisito expuesto, pero no todo el que lo reúna será adecuado al cargo. La distancia que va entre el requisito mínimo y la adecuación permite dispensar el control político.

El control político puede desembocar en una resolución de veto. Se veta al propuesto, no solo, como digo, por el eventual incumplimiento del requisito legal, sino, también, por la eventual falta de adecuación al cargo. "El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos" (art. 15.1 de la Ley 3/2013). Por lo tanto, el veto puede operar como mecanismo efectivo del control político.

En definitiva, el control político del nombramiento tiene como finalidad confirmar que el propuesto reúne los requisitos legales (reconocimiento) y de

adecuación (independencia). No puede ni debe limitarse a aquellos porque el control político no es solo de control del "mínimo" que sujeta el ejercicio por el Gobierno de la potestad de nombramiento, sino también el "máximo" sobre la independencia del candidato. No basta con tener reconocimiento, se ha de ser, además, independiente. Sería irrazonable que el control político se limitase a un control jurídico o de legalidad, que le ha de corresponder, en última instancia, a los jueces. Ha de ser más ambicioso y necesario, máxime cuando no hay ninguna instancia de poder que controle la aptitud del candidato desde el punto de vista de su independencia personal, cuya importancia he reivindicado a lo largo de estas páginas.

En lo que al *ejercicio* de sus funciones se refiere, el control político se concreta en las comparecencias ante la Comisión del Congreso o del Senado. El artículo 39 de la Ley 3/2013 habla específicamente, así se intitula, de "control parlamentario". Es un término confuso. Por un lado, se regula la comparecencia, pero, por otro, se omite cualquier referencia a qué decisión podrá adoptar la Comisión. Se ha de entender que la Comisión podría adoptar cualquier resolución en los términos del Reglamento del Congreso. En todo caso, sobre la base de la información y el debate en el seno de la Comisión, cualquier grupo parlamentario podría hacer uso de sus facultades de iniciativa tanto legislativa (proposiciones de ley) (art. 126 del Reglamento del Congreso), como no legislativa (proposiciones no de ley) (art. 193 y ss. del Reglamento del Congreso), además, de formular interpelaciones y preguntas al Gobierno (arts. 180 y ss. del Reglamento del Congreso).

En *primer* lugar, el compareciente es el Presidente de la CNMC. Además, tiene el deber de hacerlo, al menos, anualmente. Esto obedece a que la Comisión, a través del Presidente del Congreso, puede solicitar la comparecencia del Presidente o de cualquier otra autoridad cuando así lo necesite en atención de la materia objeto de debate en su seno, a fin de informarle (art. 44 del Reglamento del Congreso). En términos equivalentes, en cuanto a la Comisión del Senado. En todo caso, "junto con el Presidente, podrán comparecer, a petición de la Cámara, uno o varios miembros del Consejo".

En *segundo* lugar, el motivo de la comparecencia sería "exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro". Y se reitera que "las comparecencias anuales estarán basadas en la memoria anual de actividades y el plan de actuación". Por lo tanto, el control parlamentario, como así lo de-

nomina la ley, se proyecta sobre la actuación genérica de la CNMC, tanto la pasada (memoria) como las futuras (plan de actuación)[83]. En ningún caso, se referirá a ningún asunto concreto. Aún menos, con la finalidad de debatir cómo ha actuado la CNMC en relación con cierto caso, porque la independencia se vería comprometida.

Y, en *tercer* lugar, la ley regula una comparecencia especial: "cada tres años el Presidente comparecerá de forma especial para debatir la evaluación del plan de actuación y el resultado obtenido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia". Sería como una suerte de examen de la actuación de la CNMC durante un período más dilatado, el de los tres años. Hay que tener presente que el mandato de los miembros es de seis años, sin posibilidad de reelección (art. 15.2 de la Ley 3/2013). Por lo tanto, sería como una suerte de evaluación de lo hecho a la mitad del mandato, a fin de analizar y considerar qué es lo que se va a hacer en la otra mitad.

6.3.2. Control social: la transparencia

El *segundo* control sería más *social*. El vehículo sería la *transparencia*. Como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: "La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los *ejes fundamentales* de toda acción política. Solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a *escrutinio*, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos".

---

[83] En el artículo 37.1. se especifican los documentos a remitir a la Comisión del Congreso correspondiente: 1) En cuanto a la *memoria anual de actividades*: "la memoria anual de actividades que incluy[e] las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la Comisión, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados"; 2) Los *informes económicos sectoriales*, de carácter anual: "se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector" y (3) El "*plan de actuación de la Comisión para el año siguiente*, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes".

La transparencia es la condición para que se pueda desplegar el control ciudadano (escrutinio público) sobre las autoridades. Un control a añadir a los demás. Y el conjunto ha de servir como mecanismos de incentivación del buen hacer, del buen gobierno, como igualmente pretende la citada ley. ¿Cómo se asegura la transparencia en el caso de la CNMC? Haciendo públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal (art. 37 de la Ley 3/2013)[84]. El repertorio comprende, tanto las resoluciones oficiales de la CNMC, en toda su amplitud, como cuestiones atenientes a sus miembros, tales como los currículums y las reuniones de los miembros con empresas del sector. Esta información es la que específicamente incluye la ley. No es incompatible, al contrario, con la que, además, exige publicitar en virtud de lo dispuesto por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

La Ley 19/2013 incluye en su ámbito subjetivo a la CNMC (art. 2), por lo que queda sometida a las obligaciones de publicidad activa, tanto como la pasiva derivada del ejercicio por cualquier ciudadano de su derecho a acceder a la infor-

---

[84] Para evitar cualquier tipo de duda, además, en el precepto se relacionan una larga lista de resoluciones que ilustran la regla general: "a) La organización y funciones de la Comisión y de sus órganos, incluyendo los currículum vítae de los miembros del Consejo y del personal directivo. b) La relación de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo. c) Los informes en que se basan las decisiones del Consejo. d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la Comisión, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad. e) Los informes económicos sectoriales, de carácter anual, en los que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector, sin perjuicio de los informes que puedan elaborar los departamentos ministeriales.... f) Otros informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos.... g) El plan de actuación de la Comisión para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes.... h) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público. i) Las reuniones de los miembros de la Comisión con empresas del sector, siempre que su publicidad no afecte al cumplimiento de los fines que tiene encomendada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos. k) Las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares. l) La iniciación de un expediente de control de concentraciones. m) La incoación de expedientes sancionadores. [Y] n) La realización de inspecciones de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio".

mación pública. En algún extremo es coincidente, mientras que, en otros casos, no. En todo caso, la transparencia de la CNMC se ha de regir, por lo dispuesto en esta última ley, máxime cuando es de entrada en vigor posterior.

En cuanto a la *publicidad activa*, la información a facilitar, a publicitar de manera activa, comprende: información institucional, organizativa y de planificación (art. 6)[85]; información de relevancia jurídica (art. 7)[86]; y la información económica, presupuestaria y estadística (art. 8)[87]. Esta información se "publica

---

[85] El artículo 6 dispone a este respecto que: "los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación, así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional". "Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente".

[86] Bajo este epígrafe se incluye la siguiente información: "a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos. b) Los Anteproyectos de ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes... c) Los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda... d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. [Y] e) Los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación".

[87] Esta información incluye, en lo que tiene interés a nuestros efectos, lo siguiente: "a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato...; b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma: c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios; d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas; e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se

en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables". "Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos" (art. 5).

En cuanto a la *publicidad pasiva*, todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a la información pública. Esta información comprende "los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título [entre los que se incluye la CNMC] y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones" (art. 13). La amplitud de este concepto viene delimitada por las razones en atención a las cuales, el acceso puede ser restringido total o parcialmente: seguridad nacional; defensa; relaciones exteriores; seguridad pública; prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; intereses económicos y comerciales; política económica y monetaria; secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; y protección del medio ambiente (art. 14). Algunos de estos límites (prevención, investigación y sanción de los ilícitos; funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; intereses económicos y comerciales) son particularmente pertinentes para limitar el acceso. La prohibición total y absoluta no parece razonable, salvo en casos muy excepcionales. En todo caso, "aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público

emitan; f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo; g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos, así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local; h) ...; i) ....;".

o privado superior que justifique el acceso" (art. 14.2). El límite particularmente pertinente, como se analizará, es el relativo a los datos de carácter personal.

El acceso a la información, como digo, ha de servir de fundamento al control que los ciudadanos y sus organizaciones pretendan desplegar sobre la CNMC. Es el rudimento esencial del control. Sin la información, no sería posible. Los ciudadanos podrían recurrir ante los tribunales, sobre la base de la información obtenida. Esta posibilidad, se constituye en un potente instrumento de control de las autoridades. El secreto beneficia a la arbitrariedad y, en particular, a la corrupción. La transparencia, como la luz del Sol, como decía el juez Louis D. Brandeis[88], es un potente antiséptico. Ahora bien, también el exceso de información puede ocultar más y mejor que la prohibición de su difusión. El reto, en el momento presente, es cómo hacer que la información sea, no solo completa, sino usable.

6.3.3. Control interno de eficiencia y de independencia

Otro medio de control es propiamente interno. Podría parecer menor. Y lo es, pero sumado a los anteriores, refuerza la red de controles que rodea a la CNMC. Se trata de lo que el artículo 31 del Reglamento de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto) denomina como "Departamento de Control Interno". El control es distinto al económico y financiero que llevan a cabo otras instancias de la CNMC. Se refiere a las funciones que despliega.

En *primer* lugar, el Departamento depende de manera directa del Presidente de la CNMC. En todo caso, "se regirá por los principios de imparcialidad, objetividad y evitar la producción de conflictos de intereses" (art. 38.1 de la Ley 3/2013).

En *segundo* lugar, "se encargará de verificar que todas las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la Comisión de los Mercados y la Competencia se realicen de forma que se asegure un adecuado nivel de cumplimiento, eficacia y eficiencia en la consecución de sus objetivos y que se ejercen sus funciones y competencias de acuerdo con los principios de imparcialidad, objetividad e independencia" (art. 31.1). Estamos, por lo tanto, ante un control de eficiencia,

---

[88] Louis Brandeis, "Other People's Money And How the Bankers Use It" (1914).

pero también de objetividad e imparcialidad. No obstante, podrá desarrollar cualesquiera otras actuaciones de control interno que le asigne el Consejo de la Comisión con carácter permanente o esporádico.

En *tercer* lugar, informará al Consejo sobre el resultado de los trabajos que se lleven a cabo en desarrollo de los planes de auditorías y actuaciones de control interno. "La Comisión elaborará anualmente una memoria sobre su función supervisora que incluirá un informe del órgano de control interno sobre la adecuación de las decisiones adoptadas por la Comisión a la normativa procedimental aplicable. Esta memoria deberá ser aprobada por el Consejo y remitida a las Cortes Generales y al Ministerio de Economía y Competitividad" (art. 38 de la Ley 3/2013).

Como decía, se trata, por un lado, de un control, o sea, de verificar que la CNMC ha desplegado sus funciones de manera eficaz y eficiente, teniendo como parámetro su plan de actuaciones. No es un control de legalidad. Es un control de medios, no de fines. Desde la perspectiva del control de la autoridad, es un control menor porque no se fiscaliza el cómo se cumple desde la perspectiva de la legalidad sino de la relación medios/fines, según el parámetro de los compromisos previamente establecidos en los planes y memorias de la CNMC. Se podría solapar con el control económico y financiero. Sin embargo, se ajusta más a las auditorías de cumplimiento. Dados unos medios y asumidos unos objetivos, cómo ha operado la CNMC. Este análisis pondría de manifiesto incumplimientos, ineficiencias y posibilidades de mejora. Sin embargo, también podría ser un indicio, incluso, fuerte, del mal funcionamiento de la CNMC en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.

Y, por otro lado, de un control de la imparcialidad, objetividad e independencia con la que ha actuado la CNMC. En efecto, el artículo 31 encarga al Departamento de Control Interno que verifique "todas" las actuaciones con la finalidad de asegurar, además, "que se ejercen sus funciones y competencias de acuerdo con los principios de imparcialidad, objetividad e independencia". Un control interno para asegurar la imparcialidad, objetividad e independencia en el ejercicio de las funciones. Puede significar todo o nada. Habrá de elaborar unos informes. Deberán comprender también este aspecto tan importante pero tan evanescente como la independencia de sus miembros.

En definitiva, los controles que rodean a la CNMC, de distinta naturaleza e intensidades, van ofreciendo, aisladamente, una imagen parcial estructural y

funcional de la CNMC, pero, en su conjunto, como una red, ofrece indicios de cómo se opera y cómo se disfruta de la independencia en el ejercicio de las funciones. Todos contribuyen a transparentarla; a tensionar a la autoridad y a sus consejeros para que los poderes-poderosos con los que cuentan, se ejerzan al servicio de los fines definidos por la ley. Cada uno de los controles puede significar y representar poco, todos, mucho.

7. CONTROL JURÍDICO. POTESTADES FRENTE A LA LEY

La CNMC disfruta, como autoridad de regulación y de defensa de la competencia, de independencia en los ámbitos organizativo, funcional y personal. Sin embargo, como dispone el artículo 2.1 de la Ley 3/2013, "está sometida al control parlamentario y judicial", así como, a la legislación que la ley enumera, comenzando por la legislación específica (Ley 3/2013, Ley 15/2007 y el resto de las leyes reguladoras de los distintos sectores de actividad en los que despliega sus funciones), y terminando por el resto de las leyes administrativas que se le aplica supletoriamente[89]. Es la gran paradoja de la CNMC y, en general, las "autoridades administrativas independientes": disfrutan de independencia, pero están sometidas al Derecho y al control judicial, además, del parlamentario. El Derecho es el principal hacedor/garante de la independencia. No puede haberla al margen del Derecho. Todas las Administraciones están sometidas a la ley y al Derecho, como dispone la Constitución (art. 103). El principio de legalidad es un elemento estructural del estatuto jurídico de las Administraciones (art. 9.1).

No es extraño, al Estado de Derecho, que se predique la independencia de ciertos órganos y su sujeción a la ley. Así sucede, por ejemplo, con el Poder Judicial. El artículo 117 CE proclama que "Jueces y Magistrados integrantes

---

[89] El artículo 2.2 de la Ley 3/2013 dispone: "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se regirá por lo dispuesto en esta ley, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en la legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión a que hacen referencia los artículos 6 a 11 de esta ley y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su Disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico".

del poder judicial, [son] independientes, inamovibles, responsables y [están] sometidos únicamente al imperio de la ley". La independencia es un atributo del estatuto jurídico de las personas, de los titulares de ciertos cargos, que es compatible con el sometimiento, incluso, pleno a la ley. No puede existir al margen del Derecho; debe serlo, pero dentro de la ley, en caso contrario, sería un sujeto soberano, al margen del Estado, inadmisible en un Estado de Derecho. La consecuencia de esta sujeción no es otra que la plenitud del control judicial.

No hay ley, sin juez. No hay obligación jurídica, sin consecuencia, también jurídica que, en última instancia, administre un juez, que disfrute de las cualidades anteriormente expuestas: integración en el poder judicial, independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento único al imperio de la ley.

En este apartado me voy a interesar por cómo la ley somete a la CNMC, en el ejercicio de sus funciones de defensa de la competencia. En el siguiente apartado abordaré cómo los tribunales actualizan ese sometimiento dispensando un control que, además, la Constitución exige que favorezca una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos.

La primera cuestión nos conducirá a analizar el complejo asunto de la discrecionalidad; y su control judicial nos conducirá a la segunda. Si el parámetro del control es la ley, y la ley ha querido entregar a la autoridad un margen para que decida, el control judicial se ha de acomodar a esta directriz, sin embargo, también los jueces deben salvaguardar la prohibición constitucional de la arbitrariedad. Esta es la tensión que atenaza al poder judicial. Por un lado, debe respetar la decisión del legislador de entregar la elección discrecional de la Administración, en particular, de la autoridad regulatoria y de defensa de la competencia, pero, por otro, debe impedir el ejercicio arbitrario del poder. Debe respetar la discrecionalidad, pero, también, debe sancionar la arbitrariedad. Mientras que aquella se mantenga dentro de las fronteras que la ley ha querido deslindar para que decida con libertad, el Tribunal deberá respetar la elección. Si sobrepasa esa frontera, entramos en el terreno de la arbitrariedad, que el Tribunal deberá perseguir anulando las decisiones que tienen en ella su fundamento.

La segunda, a su vez, íntimamente relacionada con la primera, nos conduce al alcance del control judicial. Los jueces deben controlar a la Administración, pero no deben sustituirla. Este debate se plantea, con particular intensidad, cuando se trata del control de la discrecionalidad, como he indicado.

7.1. Potestades discrecionales. Los límites de las potestades con amplio margen de decisión

La primera cuestión con la que nos enfrentamos, cuando hablamos de las potestades discrecionales, es la relativa a su delimitación. ¿Qué es una potestad discrecional? En el fondo, es una cuestión dogmática que tiene, sin embargo, unas importantes repercusiones prácticas. Cuando se habla de discrecionalidad se quiere afirmar que la Administración, al ejercer dicha potestad, tiene un margen para decidir; y tal decisión, dentro de dicho margen, es "irrelevante", desde el punto de vista jurídico, de modo que no es susceptible de control judicial. En otros términos, lo discrecional es cuando la Administración disfruta de un poder para elegir entre distintas opciones y el resultado de la elección, al producirse dentro del margen de la elección, es "fútil" jurídicamente por lo que un juez no puede ni anularlo y aún menos sustituir a la Administración. Lo discrecional es aquello entregado a la libertad de elección de la Administración porque la ley así lo ha querido.

En el plano dogmático es clara la diferencia entre lo discrecional y lo reglado. Lo discrecional se confunde con todo aquello que supone una elección que, al producirse dentro del margen de elección reconocido y querido por la ley, será entre irrelevantes jurídicos. En cambio, lo reglado, es todo lo contrario. No hay margen de elección. Solo hay una única decisión/elección posible, en términos jurídicos.

En cambio, si estudiamos todas las potestades podemos reconocer que siempre la Administración tiene elección. El Derecho tiene, como lo definiera Hart, una textura abierta. El intérprete y el aplicador de la norma siempre tiene un margen para decidir, para elegir entre distintos caminos. Que el margen sea mayor o menor no lo puede cualificar en el plano dogmático; el margen siempre existirá. En unos casos, el margen es muy estrecho, en otros será más amplio, pero siempre habrá margen. Por lo tanto, siempre hay elección. La cuestión pasa a ser la irrelevancia jurídica de las distintas opciones. La clave es que la elección forme parte del margen o del ámbito que tiene el intérprete/aplicador para elegir; esté incluida dentro de lo interpretable.

El interrogante jurídico pasa de la elección, a la razonabilidad de la elección. La clave es la razonabilidad, y su opuesto, la arbitrariedad. La Administración podrá tener un margen mayor o menor, más o menos amplio. Sin

embargo, sea cual fuese la elección, esta no podrá ser arbitraria o irrazonable. Se podría seguir sosteniendo que la razonabilidad no produce un único resultado; puede haber, al menos en teoría, varias opciones igualmente razonables. En todo caso, la elección de la Administración, dentro del margen, solo podrá ser la razonable.

Hemos pasado del margen de elección (mayor o menor) y la irrelevancia jurídica de las opciones, a la trascendencia de estas opciones por la vía de la razonabilidad porque la Constitución prohíbe la arbitrariedad (art. 9.3). Los intérpretes se podrán enfrascar en debates dogmáticos más o menos profundos sobre discrecional/reglado, pero en la práctica, lo único relevante, es la razonabilidad de la elección. Y esta cuestión se podrá plantear, incluso, respecto de la producida cuando se habla de lo reglado; porque también hay elección.

De lo discrecional hemos pasado a la razonabilidad de la elección. Hemos pasado, como he dicho, porque la Constitución prohíbe la arbitrariedad. Hemos pasado, en consecuencia, de lo discrecional a lo arbitrario. Este es el interrogante que el intérprete y, en particular, la Administración ha de atender: ¿la elección que he producido es razonable? Esta es la cuestión que debemos considerar cuando se trata de las autoridades de regulación.

En relación con la naturaleza de este trabajo, me voy a centrar en tres potestades a las que la ley reconoce a la Administración un margen, mayor o menor, de elección. En estos casos, se plantean, por un lado, los límites legales que han de iluminar la elección y, por otro, lo que analizaremos a continuación, el control judicial. Las potestades son: 1) La de requerimiento de información; 2) La de inspección; y 3) La sancionadora. Las dos primeras forman parte de las potestades de investigación.

7.2. Límites generales de las potestades de intervención, en particular, de las de investigación

Los límites son los requisitos que la Administración ha de cumplir cuando ejerce sus potestades, en particular, aquellas que tienen un efecto restrictivo sobre la esfera de derechos e intereses de un ciudadano. Son requisitos generales que, en lo que ahora nos interesa, también ha de cumplir la CNMC. Los requisitos se mueven en distintos planos en relación con la potestad y su estructura institucional:

1) La *necesidad* se refiere a cuándo ha de desencadenarse el ejercicio: cuando hay una necesidad asociada a un objetivo de interés público que ha de satisfacerse.
2) La *adecuación*, íntimamente asociada a la necesidad, alude a que la restricción derivada del ejercicio de la potestad es un medio apropiado para la satisfacción del interés general perseguido.
3) La *proporcionalidad* establece que entre la exigencia del interés general y la restricción impuesta hay correspondencia, esto es, que no va más allá de lo necesario e, incluso, conveniente, para dar satisfacción al interés general.
4) Por último, una suerte de cláusula que opera como de cierre que fija un patrón que ha de resolver todas las dudas o incertidumbres: siempre se deberá elegir la medida *menos restrictiva*. Así se habrá de operar, cuando la Administración puede elegir entre varias.

Todos estos requisitos, en definitiva, son los que deberán justificarse, su cumplimiento, en la *motivación* que, como exigencia general, de índole formal, pero de relevancia material, ha de cumplir cualquier decisión que tenga, en particular, una incidencia negativa sobre los derechos de los interesados.

7.2.1. Motivación

Con carácter general, la Ley 39/2015 relaciona, en el artículo 35, los actos que deberán ser motivados. Aquellos que, en términos genéricos, limitan derechos subjetivos o intereses legítimos, así como los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Ahora bien, la cuestión clave es la relativa a cómo se cumplimenta tal requisito. Según el precepto indicado, basta una "sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho". No parece suficiente. En el ámbito del Derecho de la Unión, el criterio no es tanto formal, en los términos expuestos, sino la finalidad que se pretende alcanzar: que el destinatario tenga conocimiento de las razones que han servido de fundamento de la decisión.

El artículo 296 del TFUE, que es el que sirve de fundamento jurídico a la exigencia de motivación de los actos jurídicos de las instituciones de la Unión,

no especifica, el cómo se cumple. En cambio, ha sido la jurisprudencia la que ha precisado el alcance de la exigencia[90], en los siguientes términos:

---

[90] El Tribunal General de la Unión, en la Sentencia de 13 de diciembre de 2016 (Printeos/Comisión, asunto T-95/15), apartados 44 a 49, expone el siguiente cuerpo doctrina sobre la motivación:
"44. Conforme a jurisprudencia reiterada, la obligación de motivación prevista en el artículo 296 del TFUE, párrafo segundo, constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues esta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo. Desde esta perspectiva, la motivación exigida debe **adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate** y debe **mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento** de la institución de la que emane el acto, de manera que **los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control**. En particular, respecto a la motivación de las decisiones individuales, el deber de motivarlas tiene la finalidad, además de **permitir el control jurisdiccional**, de proporcionar al interesado una **indicación suficiente sobre si la decisión adolece eventualmente de algún vicio que permita impugnar su validez** (véanse las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartados 146 a 148 y jurisprudencia citada; de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión, C-439/11 P, EU:C:2013:513, apartados 114 y 115 y jurisprudencia citada, y de 5 de diciembre de 2013, Solvay/Comisión, C-455/11 P, no publicada, EU:C:2013:796, apartados 89 y 90 y jurisprudencia citada).
45. Además, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 del TFUE debe apreciarse en relación no solo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 150; de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión, C-439/11 P, EU:C:2013:513, apartado 116, y de 5 de diciembre de 2013, Solvay/Comisión, C-455/11 P, no publicada, EU:C:2013:796, apartado 91).
46. La jurisprudencia ha precisado asimismo que, en principio, la motivación debe ser notificada al interesado al mismo tiempo que la decisión lesiva. La falta de motivación no puede quedar subsanada por el hecho de que el interesado descubra los motivos de la decisión en el procedimiento ante las instancias de la Unión (sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 149, y de 19 de julio de 2012, Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión, C-628/10 P y C-14/11 P, EU:C:2012:479, apartado 74).
47. Contrariamente a lo que alega la Comisión, habida cuenta de las exigencias derivadas del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación, por un lado, con el artículo 263 del TFUE y, por otro lado, con el artículo 31 del Reglamento n. 1/2003 (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartados 52 a 67), tal como se invocan en el apartado 41 de la Comunicación sobre la transacción, estos principios se aplican *mutatis mutandis* a la obligación de la Comisión,

1) La motivación exigida debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate.
2) Debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control.

---

en el sentido del artículo 296 del TFUE, párrafo segundo, de motivar la decisión que impone multas adoptadas por ella al término de un procedimiento de transacción en cuyo marco a la empresa interesada no le cabe sino aceptar el importe máximo de la multa propuesta. En efecto, el Tribunal de Justicia ha subrayado, en relación con las mencionadas disposiciones de Derecho primario y derivado, **la especial importancia del deber de la Comisión de motivar las decisiones por las que impone multas en materia de competencia y, en particular, de explicar la ponderación y la evaluación que ha realizado de los diferentes elementos considerados a efectos de la determinación del importe de las multas**, así como **del deber del juez de comprobar de oficio que la decisión presente esa motivación** (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartado 61).

48. Cuando la Comisión decide apartarse de la metodología general expuesta en las Directrices, mediante las cuales dicha institución se ha autolimitado en el ejercicio de su facultad de apreciación respecto a la fijación del importe de las multas, basándose, como en el presente caso, en el punto 37 de las citadas Directrices, esas exigencias de motivación son aún más necesarias. A este respecto, procede recordar la reiterada jurisprudencia que ha declarado que las Directrices establecen una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Comisión no puede apartarse, en un determinado caso, sin manifestar razones que sean compatibles, en particular, con el principio de igualdad de trato (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Quinn Barlo y otros/Comisión, C-70/12 P, no publicada, EU:C:2013:351, apartado 53, y de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión, C-439/11 P, EU:C:2013:513, apartado 60 y jurisprudencia citada). Esta motivación ha de ser tanto más precisa cuanto que el punto 37 de las Directrices se limita a una vaga referencia a «las características específicas de un determinado asunto» y, por tanto, deja un amplio margen de apreciación a la Comisión para proceder, como en el presente caso, a una adaptación excepcional de los importes de base de las multas de las empresas afectadas. En efecto, en tal caso, el respeto por parte de la Comisión de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos, entre ellas la obligación de motivación, reviste una importancia tanto más fundamental (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, apartado 14).

49. De ello resulta que, en el presente caso, la Comisión estaba obligada a explicar de manera suficientemente clara y precisa de qué modo pretendía hacer uso de su facultad de apreciación, incluidos los diferentes elementos de hecho y de Derecho que había tomado en consideración a tal efecto. En particular, habida cuenta de su obligación de respetar el principio de igualdad de trato al fijar los importes de las multas, que las demandantes le reprochan haber infringido en perjuicio de ellas (tal como aducen mediante su segundo motivo), ese deber de motivación engloba el conjunto de elementos pertinentes necesarios para poder apreciar si las empresas afectadas, a las que se aplicó una adaptación de los importes de base de sus multas, se hallaban en situaciones comparables o no, si dichas situaciones fueron tratadas de manera igual o desigual y si un eventual trato igual o desigual de tales situaciones estaba objetivamente justificado (véase la sentencia de 12 de noviembre de 2014, Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartados 51 y 62 y jurisprudencia citada)".

3) Tiene la finalidad, además de permitir el control jurisdiccional, de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión adolece eventualmente de algún vicio que permita impugnar su validez.
4) La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente puedan tener en recibir explicaciones.
5) El cumplimiento de la exigencia debe apreciarse en relación no solo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate.
6) La motivación debe ser notificada al interesado al mismo tiempo que la decisión lesiva. La falta de motivación no puede quedar subsanada por el hecho de que el interesado descubra los motivos de la decisión en el procedimiento ante las instancias de la Unión.
7) Reviste una especial importancia el deber de la Comisión de motivar las decisiones por las que impone multas en materia de competencia y, en particular, de explicar la ponderación y la evaluación que ha realizado de los diferentes elementos considerados a efectos de la determinación de su importe, así como del deber del juez de comprobar de oficio que la decisión presente esa motivación.
8) Cuanto mayor sea el margen de apreciación, más importancia tiene la exigencia de motivación.
9) Por lo tanto, la Comisión está obligada a explicar de manera suficientemente clara y precisa de qué modo pretendía hacer uso de su facultad de apreciación, incluidos los diferentes elementos de hecho y de Derecho que había tomado en consideración; ese deber de motivación engloba el conjunto de elementos pertinentes necesarios para poder apreciar si las empresas afectadas, a las que se aplicó una adaptación de los importes de base de sus multas, se hallaban en situaciones comparables o no, si dichas situaciones fueron tratadas de manera igual o desigual y si un eventual trato igual o desigual de tales situaciones estaba objetivamente justificado.

La motivación es un requisito formal pero fundamental en tanto que exteriorización de las razones que han servido de fundamento de la decisión. El conocimiento permitirá el ejercicio por los interesados de su derecho a la tutela judicial efectiva, y a los jueces, desplegar la función de control que se le asigna.

Esta exigencia general se cualifica en relación con aquellas circunstancias en las que la Administración disfruta de un relevante margen de apreciación (discrecionalidad, incluida). Y aún más, cuando la decisión en cuestión tiene una incidencia destacada sobre principios o reglas constitucionales esenciales o sustantivas como la de igualdad de trato. En estos casos, se reduplica la importancia de facilitar tanto el derecho a la tutela como la tutela judicial misma. Cuanto más poderoso sea el poder, en términos de margen de apreciación y de incidencia sobre derechos fundamentales, mayor ha de ser la exigencia de la motivación, tanto en su imposición (resoluciones que han de motivarse) como en la forma y modo de su cumplimiento (contenido de la motivación). Así pues, la exigencia de la motivación sirve a un principio institucional básico del Estado de Derecho: la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

7.2.2. Necesidad. Adecuación

Tanto los requerimientos de información como las inspecciones están delimitadas por un criterio expreso: el de la necesidad. Así lo establece la Ley 3/2013, tanto en relación con los requerimientos (art. 28.1: "toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para el desarrollo de las funciones de dicha Comisión"), como las inspecciones (art. 27.1: "podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta ley")[91].

La necesidad es, por lo tanto, uno de los principios que delimita la potestad. Una delimitación bastante amplia. Lo que necesite, lo que sea necesario, será la pauta, que permitirá a la CNMC requerir informaciones e inspeccionar instalaciones.

---

[91] La Directiva 2019/1 se sirve, también, del criterio de la necesidad para delimitar el alcance de las potestades de las autoridades de defensa de la competencia para: 1) realizar inspecciones de empresas y de asociaciones de empresas: "Los Estados miembros velarán por que las autoridades administrativas nacionales de competencia estén capacitadas para *realizar todas las inspecciones necesarias* sin previo aviso en las empresas y asociaciones de empresas para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE" (art. 6.1). 2). Requerir u ordenar información: "Los Estados miembros velarán porque las autoridades administrativas nacionales de competencia puedan ordenar a las empresas y asociaciones de empresas que faciliten *toda la información necesaria* para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en un plazo determinado y razonable" (art. 8).

Con el criterio expuesto, nos encontramos con una potestad que se podrá considerar discrecional o no; es irrelevante, como he expuesto, por cuanto a la Administración se le está habilitando un margen muy considerable para elegir si se requiere o no información o si se inspecciona o no unas instalaciones. Un margen excesivo y tendencialmente abierto a la arbitrariedad. Cuando la habilitación de la potestad reconoce tan amplio margen para elegir, la Administración puede caer, con la misma generosidad, en la arbitrariedad.

¿Cuándo hay necesidad de requerir información o de realizar inspecciones? El Derecho no ofrece criterio alguno que permita ayudar a responder. Es la muestra de la amplitud de la potestad habilitada. Será la Administración la que, caso a caso, deberá decidir si tiene o no necesidad de su ejercicio.

Demasiada amplitud, como digo, es el caldo de cultivo de la arbitrariedad. En *primer* lugar, si la información a obtener, vía requerimiento o inspección, es necesaria, o debe ser necesaria, quiere decir que es una información relevante, valiosa, pero también, oportuna, en orden al ejercicio de las funciones encomendadas. Debe existir, por lo tanto, una relación, clara, palpable, o, al menos, notable, entre la información y la función; no cualquier función, sino la específica que se pretende desarrollar. No vale, por lo tanto, ni una relación genérica e imprecisa, ni, tampoco, la referencia indeterminada a la función general que la propia ley ha establecido.

No solo la información es necesaria, sino que lo es porque es la adecuada para satisfacer las exigencias de la función correspondiente. La "adecuación", a la que también se refiere la legislación general cuando enumera los requisitos de las medidas de restricción, es, en puridad, una exigencia previa a cualquier otra. La adecuación es un requisito implícito en la necesidad, así como, a la proporcionalidad, que analizaré a continuación. Se refiere a que la restricción que se pretende imponer a los derechos es apta para satisfacer el objetivo de la función. Sin adecuación no hay ni necesidad ni proporcionalidad. La adecuación se refiere a que la restricción cumple todos los requisitos (imprescindibles) para alcanzar el objetivo perseguido. Si no la hay, sería imposible esta satisfacción. Adecuar, es precisamente, según el Diccionario de la Lengua Española, "adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa". Esa correspondencia entre la medida y la necesidad que hace que aquella, precisamente por su adaptación a esta, pueda satisfacerla. Necesidad para atender y adecuación para que la necesidad sea efectivamente atendida.

En *segundo* lugar, esa conexión debe ser objeto de comunicación; debe ser indicada al afectado, al obligado a atender tanto el requerimiento como la inspección. Aunque la Ley 3/2013 lo expone respecto del requerimiento, es razonable su exigencia para todas las potestades de investigación. El artículo 28.1 lo dispone en los siguientes términos: "En los requerimientos que dicte al efecto, se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma".

En *tercer* lugar, la necesidad está relacionada con cierta información concreta o específica. No hay, ni es posible, una necesidad genérica e indeterminada de información. La Administración, en este caso la CNMC, necesita cierta información concreta que es la que pretende obtener[92]. No se puede colocar al obligado

---

[92] La Directiva 2019/1 utiliza el criterio de la relevancia en relación con la información. Así la utiliza para las potestades de: 1) Inspeccionar: "Los Estados miembros se asegurarán de que, cuando exista una sospecha razonable de que los libros u otros documentos relativos a la actividad empresarial y al asunto de la inspección, que puedan ser *relevantes* para probar una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, se guardan en dependencias, terrenos o medios de transporte, distintos de los contemplados en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la presente Directiva [los locales de las empresas], *incluidos los domicilios particulares de los directivos, gestores y otros miembros del personal* de las empresas o asociaciones de empresas, las autoridades administrativas nacionales de competencia puedan realizar inspecciones sin previo aviso en dichas dependencias, terrenos y medios de transporte" (art. 7).
Y 2) Para requerir información: "Las autoridades nacionales de competencia también estarán facultadas para exigir a cualquier otra persona física o jurídica que facilite información que pueda resultar relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en un plazo determinado y razonable" (art. 8).
A las empresas y asociaciones de empresas, las autoridades pueden requerir la información "necesaria", a los demás sujetos, la "relevante". Hay una diferencia, de matiz, pero significativa, entre lo que es necesario para llevar a cabo una tarea y aquello otro que es sobresaliente, importante o destacado para dicha tarea. La información no solo ha de ser necesaria para la función, sino importante, imprescindible. La intensidad de las potestades en relación con los "ajenos" debe ser menor que con las empresas. En el fondo, se trata de una suerte de cautela frente a las personas físicas y sus derechos. Es el caso de la práctica de entrevistas. La Directiva vuelve a utilizar el adjetivo "relevante": "Los Estados miembros velarán por que las autoridades administrativas nacionales de competencia estén facultadas como mínimo para convocar a una entrevista a cualquier representante de una empresa o asociación de empresas, o a cualquier representante de otras personas jurídicas, y a cualquier persona física, cuando dicho representante o persona pueda estar en posesión de información relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE" (art. 9).
La hipótesis de que la relevancia opera como un criterio de restricción del alcance de las potestades de investigación cuando se trata de personas físicas se vería confirmada en el Cdo. 34 cuando

en una situación igualmente genérica e indeterminada de sujeción, incompatible, con la libertad de la que disfruta, en particular, la de la libertad de empresa. No puede estar entregada a la libre decisión de la Administración de, en función de una inespecífica necesidad, constreñirla en relación con un elemento tan esencial para su desempeño como es la información.

Y, en *cuarto* lugar, la información, en tanto que datos estructurados, es la plasmación y la consecuencia del ejercicio de la libertad. Sin libertad, no habría datos. La libertad no es solo capacidad para hacer o no hacer; lo es, también, para plasmarla en datos. La libertad se materializa en información. Sin esta, la libertad no podría producirse. Es inimaginable una libertad sin datos o sin producir datos. Una libertad sin datos es una libertad muerta. Si se controlan los datos, se está controlando la libertad. Un acceso a los mismos en virtud de la mera apreciación de su necesidad por la Administración le entrega a esta una "libertad" para controlar la libertad. Sin embargo, aquella "libertad" no es un derecho fundamental, lo que sí sucede con esta.

La necesidad que sirve de base para el ejercicio de las potestades ha de estar fundamentada; no solo manifestada o exteriorizada, sino que se ha de acreditar que hay una relación estrecha entre la información y las potestades, así la información "necesitada" es imprescindible para el ejercicio de una función igualmente concreta, no genérica o indeterminada.

7.2.3. Proporcionalidad

La necesidad es el requisito para ejercer las potestades. Es el desencadenante. Una vez desencadenada, las potestades se han de ajustar al requisito de la proporcionalidad. Es necesaria la información, pero tanto el requerimiento como la inspección se han de ajustar a lo estrictamente proporcionado para satisfacer aquella necesidad. El que la información sea necesaria no la convierte, toda ella, en propor-

---

se explica: "La experiencia demuestra que pueden conservarse documentos de índole profesional en los domicilios particulares de los directivos, gestores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas, especialmente debido al mayor uso de modalidades de trabajo más flexibles. A fin de garantizar que las inspecciones sean eficaces, las autoridades administrativas nacionales de competencia deben tener la facultad de acceder a todos los locales, incluidos los domicilios particulares, *si se puede demostrar que existe una sospecha razonable de que en esos locales se conservan documentos de índole profesional que pueden ser relevantes para demostrar una infracción* de los artículos 101 o 102 del TFUE".

cionada a la necesidad a satisfacer. La necesidad alude a la relación entre la información y la función concreta y específica a ejercer. En cambio, la proporcionalidad, se refiere a cierto tipo de relación entre la información y la misma función, en particular, las exigencias/objetivos perseguidos con la misma. Una información puede ser necesaria para la función (potestad/fin/objetivo interés general) pero la cantidad de información requerida puede ser proporcionada a la potestad/fin/objetivo perseguido o, por el contrario, ser desproporcionada o desmedida. Esto se refiere a que la información cuyo acceso (vía requerimiento o inspección) se pretende acceder no cumple con la exigencia de adecuarse a lo estrictamente perseguido en ejercicio de la función correspondiente. Que la información de los correos electrónicos de una empresa es necesaria para la función de defensa de la competencia, no quiere decir que todos los correos electrónicos sean necesarios; sería una pretensión desproporcionada. Tendría que existir una correlación razonable entre la información/correos electrónicos y la función, por ejemplo, los correos electrónicos con las empresas de la competencia, no así, con los empleados o con los clientes. La necesidad desencadena la potestad; la proporcionalidad la ajusta a lo razonable.

En la Ley 3/2013 la proporcionalidad solo aparece referida a los requerimientos de información que, según dispone el artículo 28.1, "habrán de estar motivados y ser proporcionados al fin perseguido"[93]. Una exigencia que es extensible, también, a la inspección. La información a obtener, una vez apreciada la necesidad desencadenante, ha de circunscribirse a lo proporcionado, a aquella que guarda la proporción adecuada con el fin perseguido.

---

[93] Es una exigencia compartida con la Directiva 2019/1 cuando, en relación con los requerimientos de información, establece que la información no solo ha de ser necesaria sino, además, proporcionada: "Los Estados miembros velarán por que las autoridades administrativas nacionales de competencia *puedan ordenar a las empresas y asociaciones de empresas que faciliten toda la información necesaria* para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en un plazo determinado y razonable. Tales *requerimientos de información serán proporcionados* y no obligarán a los destinatarios de las mismas a admitir la comisión de una infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE. La obligación de facilitar toda la información necesaria se referirá a información que sea accesible a esas empresas o asociaciones de empresas. Las autoridades nacionales de competencia también estarán facultadas para exigir a cualquier otra persona física o jurídica que facilite información que pueda resultar relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en un plazo determinado y razonable" (art. 8).
Un parámetro para calibrar la proporcionalidad de la información requerida es, precisamente, la accesibilidad de la información. No se puede, en consecuencia, requerir información que no sea accesible. Sería, digamos, el límite absoluto; porque no hay posibilidad de acceso, no sería proporcionado ordenar a las empresas que la información sea facilitada.

La proporcionalidad o la proporción está exigida a cualquier potestad de intervención. Así lo establece, con carácter general, el artículo 4 de la Ley 40/2015 que dispone: "las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, *deberán aplicar el principio de proporcionalidad* y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias".

¿Qué se entiende por proporcionalidad? Se refiere, aún cuando resulte redundante, a que hay una proporción razonable entre la exigencia derivada del interés general a perseguir por la función correspondiente y la restricción que sufre el interesado como consecuencia del ejercicio de la potestad/función. Entre la exigencia y la restricción hay una relación adecuada; lo que exige el interés general y lo que soporta el particular/interesado hay una relación razonable. No se le exige, no se le restringe más allá de lo que es necesario, conveniente, razonable para alcanzar la debida y conveniente satisfacción a aquel objetivo de interés general.

Según el Diccionario de la Lengua Española, proporción tiene, como primer significado, "disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí". Es, como digo, la relación entre la exigencia del interés general y la restricción que sufre el ciudadano en sus derechos. No cualquier relación: la debida. Ni más ni menos. ¿Cuál es la debida? Que debe haber relación quiere decir/exigir que entre la exigencia y la restricción hay una relación de necesidad: la restricción es necesaria para satisfacer la exigencia. Sin embargo, nos falta algo: el grado de la relación, que no es otra que el grado de la necesidad.

La proporcionalidad tiene distintas aplicaciones[94]. La proporción áurea, una de las más famosas "proporcionalidades" que se encuentra, incluso, en la Naturaleza, es, como la define el Diccionario, la "proporción en la que el segmento

[94] En Wikipedia encontramos relacionadas distintas vertientes de la proporcionalidad, en particular, en el ámbito de las matemáticas, la geometría y demás.

menor es al segmento mayor como este a la totalidad"[95]. Dos números a y b están en proporción áurea si se cumple:

$$\frac{a+b}{a} = \frac{a}{b}$$

Los dos números *a* y *b* no son iguales, pero están en una proporción áurea si se cumple la ecuación indicada. Esta es la clave. La proporción no quiere decir la exacta correspondencia (igualdad) entre los elementos que integran la relación, sino que la relación sea adecuada y razonable. Entre exigencia del interés general y sacrificio de derechos habrá proporción no solo cuando la relación sea adecuada, o sea, que la exigencia del interés general produzca el sacrificio de cierto derecho, sino que, además, el sacrificio es el razonable para alcanzar la satisfacción del interés general específicamente perseguido. Una derivada de la proporcionalidad es, precisamente, la consecuencia de su ruptura: la desproporcionalidad. Esta existiría cuando el sacrificio es mayor del exigido. Cuando se rompe la proporción áurea. Cuando entre los dos números a y b no cumplen con la ecuación indicada. Y no cumplen porque bien uno u otro, en nuestro caso, usualmente, "b", o sea, la restricción es mayor que la que el interés general exige ("a").

Así pues, la necesidad alude a la "necesidad" de establecer la relación entre exigencias del interés general y restricciones a los derechos, en relación, como estamos comentando, a la información a facilitar u obtener. En cambio, la proporcionalidad se refiere a la "cantidad" de la información a facilitar u obtener mediante la restricción de los derechos a los efectos de satisfacer las exigencias del interés general. Esta cantidad no puede ser mayor de la necesaria para el

---

[95] En la Wikipedia se explica en los siguientes términos: "El número áureo es el valor numérico de la proporción que guardan entre sí dos segmentos de recta a y b (a más largo que b), que cumplen la siguiente relación: La longitud total, suma de los dos segmentos a y b, es al segmento mayor a, lo que este segmento a es al menor b. Escrito como ecuación algebraica:

$$\frac{a+b}{a} = \frac{a}{b}$$

Siendo el valor del número áureo ϕ el cociente: φ = a / b. Surge al plantear el problema geométrico siguiente: partir un segmento en otros dos, de forma que, al dividir la longitud total entre la del segmento mayor, obtengamos el mismo resultado que al dividir la longitud del segmento mayor entre la del menor".

ejercicio de la función. Solo la estrictamente indispensable. Cualquier exceso, supondrá un exceso en la restricción y, por consiguiente, una desproporción. Una restricción injustificada, innecesaria, restrictiva, desproporcionada.

7.2.4. Corrección o cláusula de salvaguarda: la opción menos restrictiva

Aunque la legislación de la CNMC y la que ha de aplicar, nada dice, la legislación general sí que establece, como hemos comprobado a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 40/2015, que las Administraciones deberán "elegir la medida menos restrictiva"[96]. Es significativo que la ley aluda a la capacidad de elegir de la Administración al ejercer una potestad de intervención. Siempre habrá varias opciones posibles. En tal caso, se deberá elegir la menos restrictiva. Una vez superada la necesidad, la adecuación e, incluso, la proporcionalidad, la Administración, empujada a elegir entre varias opciones, deberá elegir la menos restrictiva.

La menos restrictiva se proyecta no solo sobre las potestades a elegir sino también con respecto a las medidas, e, incluso, a las condiciones de las medidas. Será menos restrictivo el requerimiento de información que la inspección y, a su vez, el requerimiento será menos invasivo si es una única vez que varias veces de manera reiterada a lo largo del tiempo. Por último, lo será menos si el requerimiento se refiere, en la única vez que la autoridad solicita la información, a una información determinada producida durante un plazo temporal aquilatado que no largo y respecto de un amplio elenco de sujetos, por ejemplo, con los que el investigado se ha comunicado.

7.2.5. La eficacia de los límites

Las potestades de intervención, en particular, las que ahora nos interesan, las de investigación, han de ajustarse, en cuanto a su ejercicio, por la Administra-

---

[96] La Directiva 2019/1 sí que hace uso del criterio de la opción menos restrictiva pero solo en relación con la elección de las medidas correctoras. El artículo 10 dispone que "los Estados miembros velarán porque, cuando las autoridades nacionales de competencia constaten una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, puedan, mediante decisión, *ordenar a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada*. A tal efecto, *podrán imponer medidas correctoras estructurales o de comportamiento que sean proporcionadas a la infracción cometida y necesaria para producir el cese efectivo de la misma. A la hora de elegir entre dos soluciones igualmente eficaces, las autoridades nacionales de competencia elegirán la medida correctora que sea menos onerosa para la empresa, de conformidad con el principio de proporcionalidad*".

ción, a los principios/exigencias indicadas: necesidad, adecuación, proporcionalidad y elección de la medida de intervención menos restrictiva, en el caso de que se pudiera elegir entre varias. Son parámetros que también deberá utilizar el Juzgador en orden a valorar la legalidad del ejercicio. Ahora bien, el carácter abierto de las normas jurídicas, cuando se tratan de principios como los indicados, se ve reduplicado. Solo en casos realmente extremos, un Tribunal podría considerar que el ejercicio de la potestad no es adecuada a las exigencias expuestas. Al menos, sirven de delimitadores del ámbito de lo razonable. Fuera de ese ámbito, solo queda la arbitrariedad. Ciertamente, el campo de juego de lo razonable es muy amplio, pero no ilimitado. Hay fronteras que delimitan lo razonable de lo irrazonable. Siendo así que, además, la interpretación que hace la Administración disfruta de una presunción de legalidad, demostrar la arbitrariedad recae sobre aquel que la sostiene. Su acreditación es doblemente compleja. No solo por la extensión de lo razonable, sino por las lógicas dificultades de la prueba de la ilicitud de la Administración cuando se trata de la irrazonabilidad o arbitrariedad. Las ventajas con los límites formales son considerables. En estos casos, el control es meramente de comprobación. En cambio, el depurado a partir de los principios/exigencias indicados tiene que superar la dificultad de acreditar que el ejercicio ha sido irrazonable. Y no cualquier grado de arbitrariedad vale: tiene que ser la notable, la palmaria. Aquella que pueda refulgir sin necesidad de particulares consideraciones o pruebas. No basta, por ejemplo, el dictamen o el peritaje. Se necesita algo más. Es la dificultad de los límites generales de las potestades de intervención. Son razonables; son la expresión de la razonabilidad, tanto que aquel que sostiene que no se han cumplido debe demostrar que se ha actuado de manera arbitraria. Y esta no es, en términos de práctica procesal, lo mismo que lo irrazonable. Es algo muchísimo más grave: es lo irrazonable que se puede observar de manera palmaria, sin necesidad de particulares consideraciones técnicas o fácticas. La duda, servirá de sostén a la legalidad de la decisión de la Administración.

7.2.6. El respeto a los derechos fundamentales

En el ámbito de las potestades de intervención de la CNMC que ahora nos interesan, el de las potestades de investigación, se cruzan importantes derechos fundamentales que operan, también, como límites.

En *primer* lugar, la *inviolabilidad del domicilio*. Está protegido por la Constitución (art. 18). Es el ámbito primario de la intimidad personal y familiar. Para violentar ese ámbito, solo es posible hacerlo en virtud de una decisión (autorización) judicial, en su condición de garante último de los derechos y libertades. El artículo 18 CE prescribe que solo es posible violentar ese ámbito de privacidad o por consentimiento o por autorización judicial. La Ley 3/2013 contempla la autorización judicial. Ahora bien, la impone como un requisito ya no solo de protección de la intimidad domiciliaria sino, en general, de cualquier actuación que implique restricción de derechos fundamentales, como dispone el artículo 27.4. Se podría criticar por su desmesura.

La autorización judicial viene exigida por la ley cuando la CNMC, a través de sus funcionarios investidos de la condición de autoridad pública, pretenda: 1) "Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo, podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar"; y 2) "Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección".

En tales casos, la autorización será requerida "en defecto" del previo consentimiento del afectado. Si este, por lo tanto, se resiste, niega o imposibilita a la autoridad cumplir con las facultades expresadas (acceder a instalaciones, controlar elementos o precintar bienes), la CNMC deberá solicitar y obtener la correspondiente autorización judicial.

Con carácter general, si cupiera alguna duda, se establece que: "si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección" (art. 27.4). Por lo tanto, basta la oposición, real o posible, para que se solicite la

autorización cuando la actuación a realizar "implique restricciones a derechos fundamentales".

Se puede comprobar que la inviolabilidad del domicilio no es el único derecho fundamental que obligaría a la Administración a requerir la previa autorización judicial: cualquier derecho fundamental. Lo relevante es que la actuación de la Administración pueda suponer una restricción a cualquiera de los derechos. Es irrelevante el ámbito físico sobre el que se proyecta el derecho: local, instalación, terreno y medio de transporte; elementos afectos a los servicios o actividades; locales, libros o documentos y demás bienes. Igualmente, es irrelevante que se trate de acceder a instalaciones de empresas, asociaciones de empresas o de domicilios particulares de empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. En todos los casos, la negativa del afectado provocará la exigencia de la autorización judicial, la única que podrá vencer la resistencia atrincherada tras cualquier derecho fundamental. Incluso, ante la previsión de que tal resistencia se va a producir, la autorización puede ser solicitada anticipadamente.

Uno de los problemas más recurrentes es el relativo a las condiciones que la autorización deberá consignar. No parece razonable que se pueda admitir una autorización general e indiscriminada. Si es desproporcionado el ámbito cubierto por la exigencia de la autorización judicial, no es sensato que se pretenda compensar reduciendo, en la misma proporción, la intensidad del control que el juez ha de dispensar antes de dictar la autorización. En la autorización se deberán especificar la finalidad y el ámbito de las actuaciones que la Administración pretende emprender y que pueden suponer una restricción a los derechos fundamentales, en los términos del artículo 27.4 de la Ley 3/2013.

En *segundo* lugar, la *confidencialidad* de ciertos datos: los protegidos por el secreto comercial o industrial. Son datos a los que la CNMC puede tener acceso pero que debe proteger del acceso por parte de terceros. Están cubiertos por la obligación de confidencialidad. Esto quiere decir que aquel que tenga conocimiento de estos datos, deberá guardar sigilo. La cesión de estos solo se podrá producir a otra Administración y a los Tribunales en el contexto, en este caso, de los procesos judiciales correspondientes.

El secreto comercial o industrial es un conocimiento que una empresa pretende salvaguardar para evitar que se pueda beneficiar la competencia, perjudi-

cando sus derechos e intereses[97]. Es la vertiente informacional de la libertad de empresa. La empresa es un agente de mercado que gana cuanto más y mejor compita. A tal fin, va generando un conocimiento que es el que utiliza para competir. Si ese conocimiento/información estuviera al alcance de todos, su posición se vería resentida o, incluso, sería expulsada del mercado. El secreto es un medio o una vía para asegurar la posición competitiva de una empresa en el seno del mercado. La difusión lesiona a la libertad de empresa en su vertiente de competir en libertad e igualdad en el mercado aprovechando al máximo las oportunidades, las habilidades y los conocimientos.

Los datos obtenidos por la CNMC que puedan ser considerados como secretos comerciales quedan protegidos por la garantía de la prohibición de su difusión: "garantía de la confidencialidad"[98]. En consecuencia, no pueden ser

---

[97] En la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, se recoge la siguiente definición de secreto comercial: "la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) Ser *secreta* en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) Tener un *valor comercial* por su carácter secreto; [y] c) Haber sido objeto de *medidas razonables*, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control". El valor comercial viene asociado a la ventaja que supone en el contexto del mercado. Como se afirma en el Considerando primero: "Las empresas, así como los organismos de investigación de carácter no comercial, invierten en la obtención, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos (know how) e información, que son la moneda de cambio de la economía del conocimiento y proporcionan una ventaja competitiva. Esta inversión en la generación y aplicación de capital intelectual es *un factor determinante para su competitividad y su rendimiento asociado a la innovación en el mercado y, por tanto, para la rentabilidad de sus inversiones, que constituye la motivación subyacente a la investigación y el desarrollo en las empresas*. Las empresas utilizan diferentes medios para hacer suyos los resultados de sus actividades asociadas a la innovación cuando optar por la apertura no permite la plena explotación de sus inversiones en investigación e innovación. Uno de esos medios es recurrir a los derechos de propiedad intelectual, como las patentes, los derechos sobre dibujos y modelos y los derechos de autor. Otro medio para apropiarse de los resultados de la innovación consiste en proteger el acceso a los conocimientos que son valiosos para la entidad y que no son ampliamente conocidos, y explotarlos. *Esos conocimientos técnicos y esa información empresarial de gran valor, que no se han divulgado y que se quieren mantener confidenciales, se conocen con el nombre de secretos comerciales*". Los Estados tienen un plazo de dos años, que vence en el año 2018, 9 de junio, para su incorporación a sus respectivos ordenamientos internos.

[98] La Directiva 2019/1 incluye un deber similar: "Los Estados miembros velarán porque ni las autoridades nacionales de competencia ni su personal, incluidos sus agentes y otras personas que trabajen bajo su supervisión, divulguen la información que se obtenga sobre la base de las competencias

cedidos, y los que los han conocido deben sigilo, con las salvedades lógicas indicadas. Un sigilo protegido por la eventualidad exigencia de las responsabilidades disciplinarias (falta disciplinaria muy grave), sin perjuicio de las civiles y penales (art. 28.2 de la Ley 3/2013).

En *tercer* lugar, los *datos personales*. La CNMC al obtener o recabar información se topará, de manera inevitable, con datos personales. Estos datos son definidos por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, como "toda información sobre una persona física identificada o identificable[99]". Está prohibido, por regla general, el tratamiento de tales datos[100], salvo que sea necesario, entre otros fines, para "el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento" (art. 6.1.e). A su vez, el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 3/2018 especifica que se considerará tratamiento fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, "cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley". La CNMC tiene, por consiguiente, cobertura para el tratamiento de los datos personales, pero deberá llevarlo a cabo en los términos y cumpliendo las obligaciones impuestas tanto en el Reglamento (UE) como en la Ley Orgánica 3/2018.

En *cuarto* lugar, el *secreto de las comunicaciones*. La Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones (art. 18.3). También forma parte del ámbito de la intimidad (domicilio, datos personales y comunicaciones) sagrado frente a la

---

de la presente Directiva y que esté cubierta por la obligación del secreto profesional, salvo en los casos en que dicha divulgación esté autorizada por el Derecho nacional" (art. 31.2).

[99] Se especifica que "se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona" (art. 4.1).

[100] El tratamiento es "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción" (art. 4.2).

inmisión del poder. También, como sucede con la administración/protección de otros elementos de este ámbito de intimidad, es clave el papel del juez. Las potestades de investigación no se pueden llevar a cabo, en el momento presente, sin intervenir las comunicaciones. En los últimos tiempos han resultado decisivos el acceso a los mensajes de WhatsApp entre distintas empresas para acreditar las conductas prohibidas. El artículo 18.3 CE habilita el papel del juez para autorizar la intervención. Sin dicha resolución, no sería posible. La legislación no contiene una autorización específica en el caso de la CNMC. Sin embargo, como ya nos consta, el artículo 27.4 de la Ley 3/2013 impone la obligación de la autorización judicial respecto de cualquier actuación que suponga una restricción de derechos fundamentales, sin mayor detalle. No parece razonable que se excluya el derecho fundamental que ahora nos importa. Si vale para violentar la inviolabilidad del domicilio, con la misma razón, debería servir para violentar el secreto de las comunicaciones.

Y, en *quinto* lugar, la tutela judicial efectiva y sus garantías instrumentales, en particular, la relación abogado y cliente. Es una pieza esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. No es posible esta tutela y, además, de manera efectiva, si el inculpado, el investigado o el presunto responsable, no cuenta con la defensa y la asistencia de letrado. Este le ha de prestar los servicios adecuados para alcanzar la tutela que la Constitución exige y protege. Una de las características esenciales de la Justicia es su carácter rogado. La asistencia letrada es esencial para rogar o impetrar la acción de la Justicia. Junto a esta garantía instrumental al derecho fundamental, el mismo artículo 24.2 consagra, otros que son particularmente pertinentes en relación con las potestades de investigación: "todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia". Me refiero, en particular, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Sin embargo, el secreto de la relación entre abogado y cliente se ha erigido como un potente freno a los poderes de la Administración. En este caso, no hay confidencialidad que permita el acceso, pero prohíba la difusión. La Administración no puede violentar, de ninguna manera, aquello que es esencial para que el letrado pueda prestar el servicio que la Constitución le encomienda al servicio

de la tutela judicial efectiva. Además, si pudiese violentarse, se estaría comprometiendo o, materialmente, impidiendo, que el acusado o presunto responsable pueda disfrutar de las otras garantías como la de la presunción de inocencia o no confesarse culpable.

Como se ha convertido en una barrera infranqueable a la investigación, los Tribunales han debido establecer cautelas para evitar que la mera mención de que los documentos afectaban a la relación cliente-abogado, enervase la acción administrativa. Los Tribunales vienen exigiendo que no basta la mera invocación. Se debe aportar pruebas, elementos de juicios de fortaleza adecuada que permitan sostener razonablemente que tales documentos forman parte de tan cualificada relación. En todo caso, es, como digo, una barrera asociada a un derecho fundamental esencial en el contexto del Estado democrático de Derecho.

7.3. Potestad sancionadora. Margen de apreciación. La libertad de elección y sus límites

La potestad sancionadora es el ejemplo quintaesencial de los límites de la dogmática de la discrecionalidad v. reglado. Según el planteamiento dogmático clásico, es una potestad que encaja en el tipo de lo reglado. Todo está reglado, desde la infracción, hasta la sanción; sin margen. Tan es así que, siguiendo tal planteamiento, solo hay una solución justa/legal. Solo una infracción, solo una sanción. Sin embargo, los tipos infractores son tan amplios que los hechos, las conductas pueden encajar en varios. Y las sanciones admiten un margen interno de elección que es muy difícil fijar cuál es la única solución.

La ley es la que ha querido que los tipos infractores y las sanciones tengan la holgura que estamos comentando. Por ejemplo, las infracciones graves o muy graves relativas a las conductas colusorias incluyen, en su tipificación, que las empresas que coluden pueden ser competidoras, no solo reales, sino también potenciales. ¿Qué se entienden por empresas potencialmente competidoras? ¿Qué se entiende por potencial? Es un ejemplo, otro más, del carácter abierto del Derecho, incluso, en un ámbito tan sensible como el sancionador.

Se podría considerar, siguiendo la dogmática clásica, que ese carácter abierto de la norma no impide, al contrario, que se decante una solución justa/legal, o sea, que, a la luz del caso concreto, podremos concluir que son o no competidoras potenciales. Siendo cierto, olvida que el problema no está tanto en la

proyección sobre un hecho concreto sino en la definición/concreción de cuál es el parámetro que proyectar.

En otros términos, el problema es definir qué es, por ejemplo, lo potencial. Una vez definido, siempre con un contorno difuso o muy difuso, su proyección podría decantar múltiples opciones. Lo difuso/abierto de la norma conduce a lo difuso/abierto de los conceptos que da lugar a una aplicación difusa/abierta. Al final, la única diferencia está en que, si la potestad es discrecional, la solución deberá ser aceptada, en cambio, si es la reglada solo cabe, según la dogmática tradicional, una única solución. Sin embargo, como podemos comprobar, en lo reglado, en lo tradicionalmente considerado reglado, también caben varias opciones. No hay una única solución.

En lo discrecional, el juez, al revisar la elección de la Administración, debe limitarse a comprobar que se mueve dentro del contorno de decisión delimitado por la ley. En el segundo caso, el de lo reglado, también. Al final, el único criterio, que es el que unifica las potestades y su control, es el de la razonabilidad de la elección. Será reglado o discrecional, pero la elección que haga la Administración ha de ser razonable. Cuando interpreta y aplica, por ejemplo, lo potencial en cierto caso, debe ser fruto de una elección racional y razonable, por lo tanto, que cumple con todos los criterios de razonabilidad que he expuesto; los de necesidad, adecuación, proporcionalidad y *favor libertatis*. Estos criterios, nacidos para controlar la discrecionalidad, al final, se han convertido en los de control de cualquier potestad. El único requisito es su incidencia invasiva sobre los derechos e intereses de los ciudadanos. Que sea reglada o discrecional es secundario. Lo único relevante es que tenga la proyección invasiva o incisiva.

La consecuencia tradicionalmente asociada a la diferencia de potestades era la del papel del juez al controlar su ejercicio. En el caso de la reglada, el juez, al decidir que solo había una decisión/elección justa, sustituye a la Administración, lo que no podía hacer en la discrecional. Sin embargo, cuando lo reglado, como lo sancionador, supone decisiones/elecciones complejas, como sucede en el ámbito de la defensa de la competencia, no cabe la sustitución. Así sucede, por ejemplo, con las multas, como se analizará.

Por lo tanto, la amplitud del margen habilitado por la ley y la utilización por esta de conceptos técnicos complejos, reconducen la clasificación de las potestades y el papel del juez: se unifican alrededor del control de la razonabilidad y la reserva a la Administración de la interpretación/aplicación de conceptos

técnicos complejos. Así sucede, incluso, en el sacrosanto ámbito de la potestad reglada como es la sancionadora. Las fronteras se rompen cuando la complejidad se impone por la vía de la ley. La Administración ha de gestionar la complejidad, pero los Jueces deben desplegar un control completo, pero, como afirmara el Tribunal de Justicia de la Unión, sin "sustituir la apreciación económica de la [Administración], que tiene la competencia institucional para ello" (Sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P; Groupement des cartes bancaires/Comisión).

A continuación, voy a exponer, en relación con la potestad sancionadora de la autoridad de defensa de la competencia, varios ejemplos de cómo se interpretan y aplican tanto los tipos infractores como las sanciones. Hay que tener presente que las conductas prohibidas lo están tanto bajo el Derecho nacional como el Derecho de la Unión. El criterio esencial para la diferenciación radica en la afectación o no al comercio entre los Estados miembros. Si hay tal afectación, el Derecho aplicable, así como la autoridad encargada de la persecución, será la Comisión Europea. En caso contrario, será el Derecho y las autoridades nacionales. No obstante, el cómo interpreta y aplica el Tribunal de Justicia de la Unión (integrado, en lo que a nosotros interesa, por el Tribunal de Justicia y el Tribunal General) el Derecho de la Unión, deberá ser tenido en cuenta por los Tribunales nacionales en virtud de la primacía que tiene dicho Derecho.

7.3.1. Interpretación de tipos infractores

El Derecho de la Unión y el Derecho nacional sancionan tanto las conductas colusorias como el abuso de la posición de dominio, en los artículos 101 y 102 del TFUE, y en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, respectivamente. Con algunos matices diferenciales que, en lo que ahora nos interesa, no son significativos. La idea esencial, a nuestros efectos, es la de la coincidencia en cuanto a la tipificación de las conductas prohibidas. Ahora bien, conductas prohibidas no quiere decir conductas sancionables. Se requiere algo más. No basta solo la prohibición, sino que dicha prohibición esté asociada a un castigo por la vía de la tipificación como infracción.

7.3.1.1. Prohibición e infracción

El Derecho de la competencia define cuáles son las conductas prohibidas; las que el legislador entiende que afectan al bien objeto de protección: el juego de

la competencia en el seno del mercado. Una competencia entre agentes, operadores u empresas en la que cada una utiliza las armas que considera adecuadas y eficaces para obtener la victoria en términos de mercado y, por consiguiente, de beneficios. En ningún caso, podrán utilizar las que alteren el juego de la competencia mediante engaños, abusos u otros actos. Si así fuese, se produciría un perjuicio, no solo a los más directamente implicados, sino a todos los ciudadanos. Un mercado ineficiente "exporta" su ineficiencia a todos los que directa o indirectamente están relacionados con el mismo, hasta proyectarse a toda la economía de la nación.

Tanto el Derecho de la Unión como el Derecho español definen las conductas prohibidas, además, en unos términos muy parecidos. Las diferencias no son significativas. Lo único relevante, es la coincidencia del bien a proteger. Como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007:

> "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 en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta *eficiencia productiva* se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del *bienestar del conjunto de la sociedad*. En este contexto, existe un acuerdo generalizado con 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. 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 del mercado*".

Tabla 6. Conductas prohibidas: conductas colusorias

TFUE	Ley 15/2007
Colusión	
Art. 101	***Art. 1***
1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:	1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:
a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.	a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.	b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.	c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva.	d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.	e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Tabla 7. Conductas prohibidas: abuso de posición de dominio

TFUE	Ley 15/2007
Abuso de posición de dominio	
Art. 102	*Art. 2*
Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.	1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:	2. El abuso podrá consistir, en particular, en:
a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativa.;	a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.	b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
	c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva.	d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.	e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho nacional (Ley 15/2007), el Derecho de la Unión tipifica las infracciones en otra norma distinta a la que enumera las conductas prohibidas, que, además, tiene rango de norma constitucional como es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La tipificación europea es obra del Reglamento (CE) 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 [en la actualidad, son los artículos 101 y 102 del TFUE]. La tipificación presenta mayores diferencias.

En el Derecho de la Unión, la tipificación es fruto, exclusivamente, de la definición de las conductas prohibidas: conductas prohibidas y sancionables coinciden. En el Reglamento 1/2003, la tipificación de la infracción se remite a la tipificación de la prohibición de los artículos 101 y 102 del TFUE. En el Derecho español, la técnica es más compleja. En sentido estricto, lo que es realmente importante cuando se trata del Derecho sancionador, la tipificación de infracción se construye sobre la base de los siguientes elementos: (1) tipificación de prohibición; y (2) un elemento de singularización ("cuando las mismas consistan..."; "que consistan..."; "cuando el mismo sea cometido..."). Esta singularización, añadida a la tipificación de prohibición, introduce un elemento de confusión que no existe en el Derecho de la Unión.

Tabla 8. Tipificación de las infracciones relativas a las conductas prohibidas

Reglamento 1/2003	Ley 15/2007
Tipificación infracciones	
Art. 23	***Arts. 62 y [63]***
1. La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas de hasta un 1 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior cuando, de forma deliberada o por negligencia:	2. Son infracciones ***leves:*** [a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa].
	a) Haber presentado a la Comisión Nacional de la Competencia la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en los artículos 9.3.a) y 9.5.
	b) No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Comisión Nacional de la Competencia según lo previsto en el artículo 9.5.
a) Proporcionen información inexacta o engañosa en respuesta a una solicitud formulada en aplicación del artículo 17 o del apartado 2 del artículo 18.	c) No haber suministrado a la Comisión Nacional de la Competencia la información requerida por esta o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa.
b) Proporcionen información inexacta, incompleta o engañosa en respuesta a una solicitud formulada mediante decisión adoptada conforme al artículo 17 o al apartado 3 del artículo 18, o no faciliten la información en el plazo fijado.	
	d) No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.

	e) La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:
c) Presenten de manera incompleta, durante las inspecciones efectuadas en virtud del artículo 20, los libros u otros documentos profesionales requeridos, o no se sometan a las inspecciones ordenadas mediante decisión adoptada en aplicación del apartado 4 del artículo 20.	1º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección.
d) En respuesta a una pregunta planteada con arreglo a la letra e) del apartado 2 del artículo 20: — Den una respuesta inexacta o engañosa. — No rectifiquen una respuesta incorrecta, incompleta o engañosa dada por un miembro de su personal dentro de un plazo máximo establecido por la Comisión, o bien — Omitan o se nieguen a dar una respuesta completa sobre hechos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección ordenada mediante decisión adoptada en virtud del apartado 4 del artículo 20.	2º No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.
e) Hayan roto los precintos colocados por los agentes o sus acompañantes habilitados por la Comisión en aplicación de la letra d) del apartado 2 del artículo 20.	3º Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia.
2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:	3. Son infracciones ***graves:*** [b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa].
a) Infrinjan las disposiciones del artículo 81 [art. 101] o del artículo 82 [art. 102] del Tratado.	a) El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales.
	b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 que no tenga la consideración de muy grave.

	4. Son infracciones ***muy graves:*** [c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa].
	a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.
	b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.
b) Contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento.	
c) No respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.	c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.
Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior. Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10% del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación.	

En nuestro Derecho se clasifican las infracciones en tres categorías. En cambio, en el Derecho de la Unión son dos. En el Derecho español existe la categoría de las infracciones graves, no en el Derecho de la Unión. Esto afecta, en particular, a la tipificación de las conductas prohibidas. En unos supuestos, cae en

el tipo de las infracciones graves, mientras que, en otros, en las muy graves. Los criterios para distinguirlos varían. En el caso de las conductas colusorias, si las empresas son o no competidoras entre sí. Si lo son, se considera como muy grave. En caso contrario, será grave. Y, en el abuso, la diferencia radica en si la empresa opera en un mercado recientemente liberalizado, tiene una cuota de mercado próxima al monopolio o disfruta de derechos especiales o exclusivos. El abuso se considera que constituye una infracción muy grave. En caso contrario, o sea, no se reúnen ninguno de los requisitos indicados, será grave. En cambio, cuando las conductas son colusorias, la diferencia radica en si se trata de acuerdos verticales (infracción grave) u horizontales (muy grave).

El importe de la sanción también varía. Las de las infracciones leves coincide con las establecidas por el Reglamento para las del tipo del apartado 1. En cambio, las de las infracciones muy graves, con las del apartado 2. A su vez, las de las infracciones graves, la ley define un importe que es del 5 por 100, ni el 1 por 100 de las leves, ni el 10 por 100 de las muy graves. Hay una consecuencia perniciosa a esta clasificación. Que, en el Derecho español, el abuso no puede ser castigado en los términos del Derecho de la Unión porque el supuesto de hecho, la tipificación es muy estricta, por lo que, en líneas generales, el abuso caerá en el ámbito de la tipificación grave con la rebaja de la sanción respecto del Derecho de la Unión. El agravamiento del tipo de las muy graves tiene la consecuencia indeseable de que la regla general será que el abuso sea considerado como grave y merezca la sanción del 5 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora. Igualmente, cuando los acuerdos son colusorios, tienen el mismo castigo que en el Derecho de la Unión, mientras que los verticales tienen un menor castigo en el Derecho español. Estas conductas quedan beneficiadas por una reducción de la sanción, en comparación con el Derecho de la Unión.

Por lo tanto, se pueden formular las siguientes conclusiones. En *primer* lugar, en cuanto a la *tipificación* de las infracciones, en el Derecho español, se distingue entre las conductas prohibidas y las conductas sancionadas (tipificadas). No coinciden necesariamente. No sucede lo mismo en el Derecho de la Unión, donde las conductas prohibidas son las sancionadas porque la tipificación de la infracción se construye por referencia exclusiva a la de las prohibiciones.

En *segundo* lugar, la diferencia principal en cuanto a la tipificación se refiere al ámbito de los *efectos*. En el caso de la tipificación de la Unión, los efectos de la colusión y los de los abusos deben producirse en el comercio entre los Estados.

Solo si las conductas prohibidas tienen tal efecto, caerán en el ámbito del Derecho de la Unión y, por consiguiente, la autoridad de defensa de la competencia será la Comisión Europea.

En *tercer* lugar, al diferenciarse, en el Derecho español, entre la tipificación de la prohibición y la infracción, se crea un elemento de confusión, en contraste con lo que sucede en el Derecho de la Unión. Para incrementar aún más la confusión, el tipo infractor, en el Derecho español, al menos en los dos más importantes, el de colusión y el de abuso, se construye, sobre la base de la prohibición, al que se le añade un elemento de singularización, como si el tipo infractor fuese una singularización del de prohibición.

En *cuarto* lugar, la clasificación del Derecho español en tres grupos, a diferencia del Derecho de la Unión, tiene como consecuencia que las infracciones más graves, las que revisten mayor sanción según el Derecho de la Unión, son divididas en dos, las graves y las muy graves.

En *quinto* lugar, como he expuesto, la tipificación que hace la ley española de las muy graves en relación, en particular, al abuso de posición de dominio, aparece circunscrito a unos hechos tan limitados ("una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos") que, el eventual y probable desfallecimiento de cualquiera de tales elementos, conducirá a que los abusos más graves sean considerados como graves y no muy graves. En consecuencia, merecerán un castigo de menor importancia, respecto del impuesto en el Derecho de la Unión. Desde este punto de vista, el Derecho español es más benigno que el de la Unión.

Igualmente sucede respecto de los acuerdos colusorios verticales que se benefician de la tipificación como grave y la penalidad asociada, que es menor. El tratamiento unitario de las infracciones y del castigo de las conductas prohibidas por el Derecho de la Unión, permite aplicar penalidades más benignas a ciertas conductas colusorias (los acuerdos verticales) y los abusos que no reúnan ninguno de los requisitos de la ley. En el Derecho de la Unión no hay estas distinciones.

En *sexto* y último lugar, las sanciones se corresponden con la clasificación que he indicado. Mientras que el Derecho de la Unión contempla dos tipos de sanciones (1 por 100 y 10 por 100 del "importe global del volumen de negocios

total"), en el Derecho español son tres (1 por 100, 5 por 100 y 10 por 100 del "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa").

7.3.1.2. "Margen de apreciación" de los tipos infractores

Los tipos infractores ofrecen, como resulta de su mera lectura, un margen amplio para la interpretación y aplicación. Voy a ilustrar este problema con referencia a la jurisprudencia de los Tribunales españoles y, en su medida, del Tribunal de Justicia de la Unión.

7.3.1.2.1. Colusión

En cuanto a la colusión, los "huecos" de interpretación surgen en relación con: (1) qué se entiende por acuerdo o práctica colusoria; y (2) los efectos del acuerdo o práctica en relación con la competencia en el mercado. En términos generales, como ya nos consta, la tipificación de la prohibición suscita estos interrogantes.

Artículo 101 TFUE	Artículo 1 Ley 15/2007
1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:	1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

A título de ejemplo, bajo los términos "acuerdos, decisiones, prácticas concertadas" se "ocultan" tantas vías o formas de coordinación de conductas que la lista es interminable; no puede establecerse a priori y, además, es irrelevante. Cuál sea la forma de coordinación es intranscendente. El acuerdo consciente y el inconsciente; el no acuerdo, la práctica o la conducta; la vinculante o no vinculante (recomendación); el que produce efectos o el que podría producirlos; el real o el potencial; ... Se amplía tanto que, hay que reconocerlo, se siembra la inseguridad. Que una asociación informe sobre precios medios en un determinado sector podría ser considerado como una actividad potencialmente colusoria.

El desdibujamiento de los contornos extiende enormemente el margen de apreciación en manos de la Administración (autoridad de defensa de la competencia). Según la dogmática clásica, estamos, como ya he recordado, ante una potestad reglada; ante la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Ahora bien, que así puedan ser considerados los términos "acuerdo", "decisión", "recomendación" o "práctica", nos pone ante el espejo de la propia indeterminación del Derecho. Usualmente, cuando hablamos de tales conceptos, pensamos en otros como "ruina", "orden público", "razonabilidad",... Pensamos en conceptos, por lo tanto, con un grado considerable de imprecisión descriptiva. En cambio, en el ámbito que nos interesa, la defensa de la competencia, hasta lo más básico se convierte en reducto del margen de apreciación.

El desbordamiento de lo "indeterminado", supone el del margen de apreciación. Al final, lo único relevante es que la decisión/elección de la Administración sea "razonable". El primer parámetro de la razonabilidad es el de los efectos de la sediciente coordinación. El problema es cómo acreditar que la coordinación se ha producido. También aquí, lo central es el efecto; es el resultado: que varios sujetos han actuado, de facto o con la aptitud (potencia), para coordinarse y alcanzar un resultado que es el de la alteración de la lógica de funcionamiento del mercado.

El capítulo de los efectos es otro ámbito de la indeterminación. Se distingue entre los actos, fácticos o potenciales, que tienen por objeto alterar el funcionamiento ordinario del mercado y aquellos otros que, teniendo cualquier objeto, tiene dicho efecto. Los actos colusorios por objeto y por efecto. Aquellos son menos usuales porque las reglas de la defensa de la competencia ya se han asentado en la cultura jurídica, social y económica, que ningún operador es tan ingenuo como para celebrar acuerdos con objetos claros, terminantes y expresos como los enumerados en la ley, tales como pactar precios, repartos de mercados, reparto de clientes y demás. En cambio, sí es más común que se rehúya la formalización de acuerdos y se busquen otras fórmulas que tengan los mismos efectos. En estos casos, lo irrelevante es el objeto, incluso, el más neutro o intranscendente como una rueda de prensa, una nota informativa, ... podría tener o ser considerado como una conducta colusoria.

El problema de la determinación de los efectos es el del parámetro para calibrar que se trata de una conducta prohibida. El artículo 1 de la Ley 15/2007 y el artículo 101 del TFUE utilizan el criterio "que tenga por objeto, produzca o

pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional" o "tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior", respectivamente. El efecto es, como dispone el TFUE, "impedir, restringir o falsear el juego de la competencia". Estamos ante una sucesión de conceptos jurídicos indeterminados (impedir, restringir o falsear) que tiene una dificultad añadida: el parámetro de control. Si se impide, restringe o falsea la competencia quiere decirse que se ha visto alterada de modo que se aleja de lo que es o debería ser lo "normal". En otros términos: las conductas tienen un efecto real o potencial que impide que la competencia se desarrolle con normalidad en el contexto histórico (social, económico, político, cultural y demás) correspondiente. El problema pasa a ser, por lo tanto, qué es lo normal, cuál es la competencia normal, cuál es la reacción normal de los competidores dadas ciertas circunstancias y, además, no solo en términos reales sino potenciales.

Tenemos dos problemas; dos elementos de indeterminación: (1) la del efecto anticompetitivo; y (2) la medición/calibración de dicho efecto en relación con la competencia normal en unas circunstancias determinadas. Es más, este segundo es el que condiciona el primero. Es el que permitirá concretar: (1) qué efecto; (2) qué grado (si fue importante o no la alteración[101]); y (3) duración. Solo se puede calibrar el "daño" infligido a la competencia si se tiene presente cuál es la situación normal de la misma en el contexto histórico correspondiente.

¿Cuál es la competencia "normal"? ¿Cuál es o debería ser o debería haber sido la reacción "normal" entre competidores en las mismas circunstancias históricas en las que se produce la conducta sedicentemente prohibida? No solo se debe determinar si la conducta prohibida se produjo, sino que la prohibición será efectiva si aquella produce la alteración. Y para calibrar esta, habría que definir cuál es la competencia normal en la circunstancia correspondiente.

Como sucede cuando se trata de la interpretación/aplicación de conceptos jurídicos, siempre encontramos situaciones fácticas sobre las que la proyección de los mismos no plantea mayores problemas. Son los supuestos de certeza. Los supuestos fácticos en los que la proyección del concepto resulta evidente a cualquier

---

[101] Hay que tener presente que el artículo 5 de la Ley 15/2007 libera del alcance de las prohibiciones a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Las denominadas "conductas de menor importancia".

intérprete razonable y con el conocimiento medio adecuado. En cambio, hay otros supuestos en los que la aplicación encierra dudas; el terreno de lo discutible.

En el ámbito que nos interesa, la defensa de la competencia, podemos encontrarnos desde el acuerdo entre competidores para fijar el precio de ventas, hasta la rueda de prensa en la que el presidente de una asociación empresarial informa sobre los precios medios en el sector. O cuando un competidor anuncia los precios que va a aplicar; el proceloso mundo de las denominadas "conductas conscientemente paralelas".

En el primer caso, es evidente que la alteración se produce. En el segundo, habrá que evaluar cuál es la reacción posterior de los competidores tras ese anuncio o a las conductas anunciadas. En este caso, cómo acreditar no solo que se ha producido la alteración, respecto del parámetro de la normalidad, sino, además, cómo se puede producir la coordinación sin contacto entre los competidores. En definitiva, en estas situaciones confusas en orden a su calificación (encaje en el tipo infractor), es donde se construye el margen de apreciación de la Administración. El amplísimo margen de apreciación. La decisión/elección que adopte dentro de dicho margen, solo se podrá valorar en atención, como digo, al criterio de razonabilidad.

7.3.1.2.2. Abuso de posición dominante

En cuanto al abuso de posición de dominio, también los "huecos" en la tipificación que, paradójicamente, delimitan el margen de apreciación de la Administración, son considerables. Acudimos a la tipificación de prohibición de los artículos 102 del TFUE y 2 de la Ley 15/2007.

Artículo 102 TFUE	Artículo 2 Ley 15/2007
Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.	1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

Para abusar, en *primer* lugar, hay que dominar. Y para dominar, hay que tener un poder económico que permita, como se ha reiterado en numerosas ocasiones, actuar de manera independiente, en el seno del mercado correspondiente, respecto de competidores y de clientes, de manera que resulta, hasta cierto punto,

irrelevante, la reacción de unos y otros. A partir de aquí, se han intentado articular los indicios de dicho poder como la cuota de mercado, y su estabilidad[102] en el contexto de su evolución, la potencia económica de los competidores, las características de la empresa dominante (como la integración vertical y dominancia en mercados conexos, o las características, industriales, tecnológicas y de otro tipo), las barreras de entrada, etc.

No se aplica un único criterio; son varios con el objetivo de decantar el poder de la empresa: características del mercado y de la empresa (el denominado análisis estructural, en su doble vertiente); y lo más importante, la proyección de estas características sobre el mercado (el análisis conductual[103]). Una evaluación múltiple, con múltiples criterios. Y con múltiples posibilidades de valoración. Aunque, por razones más prácticas que de otro tipo, en orden a la acreditación del dominio, se ha considerado que es suficiente el primer análisis, el estructural. Ahora bien, que esto sea así, responde, como digo, a una cuestión práctica, de prueba. En puridad, también el análisis conductual sería relevante porque se trataría de calibrar el grado de "independencia" de la empresa dominante, respecto de competidores y consumidores, o sea, el mercado.

En *segundo* lugar, el dominio se ha de producir en un mercado determinado o *relevante*. No es imaginable, ni exigible, a efectos de determinar el ámbito objetivo de la prohibición, un dominio, digamos, universal, en todos los ámbitos, sectores o mercados. Se ha de producir en un mercado específico, el de referencia o relevante. Su determinación no es sencilla. Criterios como el de la sustituibilidad de la demanda o la de la oferta, en relación con un ámbito geográfico determinado.

Y, en *tercer* lugar, el *abuso*. Una vez identificado el dominio de una empresa en un mercado determinado, se ha de precisar el abuso. El punto de partida es, como resulta obvio, la legalidad del dominio. El problema jurídico es cuando de dicho domino, fruto del éxito en la lucha competitiva en el seno de un mercado, se convierte en abuso. Aquí vuelve a aparecer la "normalidad". Cuando el abusador pretende obtener u obtiene unas ventajas que no habría conseguido en condiciones

---

[102] Cuotas amplias en mercados dinámicos que arrojan, por lo tanto, cuotas volátiles, tiene poca capacidad para inducir un poder, más allá del momento en el que se hace la valoración o análisis.
[103] Aunque en el mundo académico, así como en el de las resoluciones de la autoridad de defensa de la competencia, se denomina, erróneamente, conductista. Confundiendo el estudio de la conducta con la escuela del pensamiento psicológico denominada conductista.

normales de competencia. Esto quiere decir que no las habría obtenido, precisamente, de no haber disfrutado de la posición de dominio. Son el fruto del dominio, no de la competencia. Una competencia "normal", en un mercado "normal", no le habría producido a una empresa "normal", una ventaja como la que se cuestiona. En consecuencia, si puede demostrarse la normalidad del comportamiento, esto es, la justificación objetiva y, sobre todo, razonable, el abuso queda descartado.

En lo que ahora nos interesa, lo expuesto arbitra un margen de apreciación de considerable amplitud. Tanto en la determinación de la dominación como la de su abuso. Al final, como sucedía con la apreciación de las conductas prohibidas, la decisión/elección de la Administración ha de ser razonable. Sin embargo, las condiciones dentro de las que ha de fijarse la razonabilidad (lo razonable) es el de la "normalidad" del dominio, de la normalidad del mercado y de la normalidad de la conducta del dominante en relación con las conductas que se suponen que obedecen al interés de obtener una ventaja de una forma abusiva.

7.3.2. Sanciones

El de las sanciones es otro ámbito tradicionalmente identificado como el de la potestad reglada. Toda la potestad sancionadora encaja en el tipo. Sin embargo, como hemos podido comprobar, esta adscripción dogmática no puede cerrar los ojos ante la amplitud del margen de apreciación en manos de la Administración. Tampoco que, dicho margen, habilita distintas decisiones/elecciones pero que solo una será válida en atención a un criterio de razonabilidad. Este criterio no lo es de certeza, que conduzca a que solo una es la razonable/legal. Es una pretensión excesiva. Además, de ficticia.

Es una pretensión falsa, desmedida, considerar que la Administración está abocada, con el margen que la ley le entrega en orden a apreciar la concurrencia de las circunstancias definidoras del tipo infractor, a una única decisión/elección en su proyección del tipo a una situación fáctica determinada. El grado de incertidumbre se reduplica.

No hay certeza, posible, ni cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora. No la hay porque la ley habilita muchos "huecos" a la elección. Decidir sobre las características de la conducta, el contexto en el que se produce (mercado), así como definir la "normalidad" de las conductas del operador y del resto de los competidores; definir las peculiaridades estructurales de empresa y de mercado, así como su conducta en el seno del mercado para determinar el

dominio para, a su vez, precisar cuándo hay abuso para lo que, otra vez más, se ha de fijar cuál ha de ser la normalidad, la del comportamiento normal de empresas normales en mercados normales para compararlo con el de la empresa dominante que pretende obtener una ventaja que, sin tal dominio, no la obtendría.

No acaba aquí el margen de apreciación. Se extiende al cálculo de la multa. Como ha de tener una finalidad aflictiva que tenga un efecto disuasorio, la legislación establece una regla que asocia el importe de la multa con el volumen de negocios de la empresa infractora. Sin embargo, el problema no está, ni principalmente, en lo indicado. Como la legislación (tanto el Derecho nacional como el Derecho de la Unión, el Reglamento 1/2003) se limita a fijar un tope, que se establece como un porcentaje del volumen de negocios, el cálculo exacto de la multa que ha de corresponderse con la infracción cometida habilita un amplio margen puesto que solo tiene como límite-suelo o bien la nada (1 euro al menos) o bien el porcentaje que resulta como límite máximo correspondiente al tipo inferior.

Art. 23 Reglamento (UE) 1/2003	Arts. 62 y [63] Ley 15/2007
1. La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas ***multas de hasta un 1 por ciento del volumen de negocios total*** realizado durante el ejercicio social anterior cuando, de forma deliberada o por negligencia:	2. Son infracciones leves: [a) Las infracciones leves con ***multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total*** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa].
2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, ***la multa no podrá superar el 10 por ciento del volumen de negocios total*** realizado durante el ejercicio social anterior. Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación.	3. Son infracciones graves: [b) Las infracciones graves con ***multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total*** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa].
	4. Son infracciones muy graves: [c) Las infracciones muy graves con ***multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total*** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa].

Si la ley se limita a fijar un tope máximo, la cantidad que la Administración ha de fijar lo ha de ser dentro de ese margen de máximos. El margen es, como resulta evidente, notable. También aquí nos volvemos a encontrar con el margen de apreciación que se convierte en un margen de elección que admite distintas

opciones/elecciones que, al final, la Administración y, sobre todo, los Tribunales al practicar la revisión deberá hacerlo conforme al criterio de la razonabilidad. La aplicación de este criterio ha suscitado, como es lógico, numerosos problemas prácticos.

Esta indeterminación legal deberá ser resuelta con la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2019/1 que, además, establece unas reglas comunes a toda la Unión, con la lógica consecuencia en orden a la debida protección de la competencia efectiva en todo el mercado interior.

En *primer* lugar, reconocimiento a los Estados para que las autoridades administrativas nacionales de competencia puedan imponer sanciones pecuniarias a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan los artículos 101 o 102 del TFUE[104].

En *segundo* lugar, los procedimientos sancionadores han de permitir imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias[105].

---

[104] Igualmente, cuando se den otras infracciones: "Los Estados miembros velarán como mínimo porque las autoridades administrativas nacionales de competencia puedan bien imponer, mediante decisión en el marco de su propio procedimiento de aplicación, o solicitar en procedimientos judiciales no penales la imposición de sanciones pecuniarias eficaces, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas. Las sanciones se determinarán en proporción al total de su volumen de negocios mundial, cuando, deliberadamente o por negligencia:
a) se nieguen a cumplir con la inspección contemplada en el artículo 6, apartado 2;
b) hayan roto los precintos colocados por los agentes o sus acompañantes acreditados o designados por las autoridades nacionales de competencia a que hace referencia el artículo 6, apartado 1, letra d);
c) en respuesta a una pregunta contemplada en el artículo 6, apartado 1, letra e), den una respuesta incorrecta, engañosa, omitan o se nieguen a dar una respuesta completa;
d) faciliten información incorrecta, incompleta o engañosa en respuesta a una solicitud mencionada en el artículo 8, o no faciliten la información en el plazo fijado;
e) no comparezcan en una entrevista contemplada en el artículo 9.
f) no respeten una decisión contemplada en los artículos 10, 11 y 12"

[105] Sobre esta cuestión, es relevante la explicación del Cdo. 47 de la Directiva:
"Con objeto de garantizar que las multas impuestas por infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE *reflejen la importancia económica de la infracción*, las ANC deben tener en cuenta la *gravedad* de la misma. Las ANC también deben poder fijar *multas que sean proporcionales a la duración de la infracción*. Estos factores deben evaluarse de acuerdo con la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de modo que *se garantice la disuasión*. *La evaluación de la gravedad se debe hacer caso por caso para todos los tipos de infracción, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso*. Entre los factores que se pueden tener en consideración se

En *tercer* lugar, el concepto de empresa infractora debería comprender a las sociedades matrices y a sucesores legales y económicos de empresas a efectos de imponer multas, desde el momento en que les resulta aplicable el concepto de empresa. Es relevante la posibilidad de imponer sanciones a las asociaciones de empresas que, en caso de insolvencia, la multa será abonada por sus miembros[106].

En *cuarto* lugar, en cuanto al cálculo del importe de las multas, correspondiente a la infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, se ha de tener en cuenta tanto la gravedad como la duración de la infracción.

En *quinto* y último lugar, en cuanto al importe máximo de la multa, en el caso de empresas o asociaciones de empresa en relación con infracciones de los

---

encuentran la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada. La reincidencia en las infracciones por parte del mismo infractor pone de manifiesto su propensión a cometer tales infracciones y es, por tanto, un indicio muy significativo de que el nivel de la sanción debe ser elevado para lograr un efecto disuasorio eficaz. Por ello, las ANC deben contar con la posibilidad de aumentar el importe de la multa que se imponga a una empresa o asociación de empresas, después de que la Comisión o una ANC haya adoptado previamente una decisión por la que se declare que dicha empresa o asociación de empresas ha infringido los artículos 101 o 102 del TFUE y que dicha empresa o asociación de empresas sigue cometiendo la misma infracción o infracciones similares. De conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (4), las ANC deben poder considerar el hecho de que se haya abonado una indemnización como resultado de una solución extrajudicial. Además, en circunstancias excepcionales, las ANC deben poder tener en cuenta la viabilidad económica de la empresa afectada".

[106] Cuando una infracción cometida por una asociación de empresas se refiera a las actividades de sus miembros, la cuantía máxima de la multa no será inferior al 10 % de la suma del volumen de negocios mundial de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación. No obstante, la responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no excederá de la cantidad máxima fijada del 10 por 100 del volumen de negocios total.

Si la asociación no es solvente, la asociación esté obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa. Las autoridades puedan exigir el pago de la multa directamente a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos decisorios de la asociación, incluso, podrán exigir el pago del importe pendiente de la multa a cualquiera de los miembros de la asociación que estuvieran activos en el mercado en el que se cometió la infracción. No obstante, el pago previsto por el presente apartado no se exigirá a aquellas empresas que demuestren que no aplicaron la decisión infractora de la asociación y que no tuvieron conocimiento de su existencia o bien se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciara la investigación.

artículos 101 y 102 del TFUE, no será inferior al 10% del total de su volumen de negocios mundial total de la empresa o la asociación de empresas realizado en el ejercicio social anterior al de la imposición de la multa.

8. CONTROL JUDICIAL. POTESTADES FRENTE AL JUEZ

El control judicial se ha debido enfrentar con el margen de apreciación en manos de la Administración habilitado por la ley. El resultado siempre será insatisfactorio. El margen es tan amplio, como he expuesto, que sea cual fuese el resultado, será objeto de polémica. Y lo será porque no es posible identificar una solución/elección que sea la única justa y legal. Es tan amplio el margen para decidir que, perfectamente, son admisibles varias soluciones justas y legales e, incluso, razonables. No olvidemos que, también, la razonabilidad, el criterio jurídico que se deduce a partir de la prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), es un concepto jurídico indeterminado. No deja de ser paradójico que el criterio que sirve para operar el control del margen de apreciación, incluso, en las sedicentes potestades regladas, esté formulado como un concepto jurídico indeterminado.

8.1. Investigación. Inspecciones

La investigación, la potestad que la sostiene, disfruta, como he acreditado, de un importante margen de apreciación. Qué se investiga, cuándo, dónde, cómo,... cuál es el grado de la información que se requiere, cuál es la información que se ha de obtener mediante la investigación. Esta decisión incide o afecta a las denuncias a atender; por qué una y no otras. Es un ámbito de la discrecionalidad, pero no de ausencia de reglas y de controles[107]. Las respuestas a estos interro-

---

[107] El Tribunal General de la Unión, en la Sentencia de 16 de mayo de 2017, Agria Polska/Comisión, asunto T480/15, apartados 34 a 39, formuló unas consideraciones generales en relación con la facultad discrecional de la Comisión para establecer el orden de prioridad en la investigación de las denuncias en el ámbito de la Competencia:
"34. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la Comisión, a la que el artículo 105 del TFUE, apartado 1, atribuye el cometido de velar por la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, es competente para definir y para ejecutar la política de competencia de la Unión y dispone a tal fin de una facultad discrecional en la tramitación de las denuncias (sentencias de 26 de enero de 2005, Piau/Comisión, T-193/02, EU:T:2005:22, apartado 80; de 12 de julio de 2007, AEPI/Comisión, T-229/05, no publicada, EU:T:2007:224, apartado 38, y de 15 de diciembre de 2010, CEAHR/Comisión, T-427/08, EU:T:2010:517, apartado 26). A fin de cumplir

eficazmente esta tarea, la Comisión está facultada para establecer un orden de prioridades entre las denuncias que se presenten ante ella (véase la sentencia de 4 de marzo de 1999, Ufex y otros/Comisión, C-119/97 P, EU:C:1999:116, apartado 88 y jurisprudencia citada).

35. Cuando, al ejercitar esta facultad discrecional, la Comisión decide conceder diferentes grados de prioridad a las denuncias que le son sometidas, puede no solo establecer el orden en el que se examinarán las denuncias, sino también desestimar una denuncia por inexistencia de un interés suficiente de la Unión para proseguir el examen del asunto (sentencias de 24 de enero de 1995, Tremblay y otros/Comisión, T-5/93, EU:T:1995:12, apartado 60, y de 14 de febrero de 2001, Sodima/Comisión, T-62/99, EU:T:2001:53, apartado 36). Dado que la apreciación del interés que reviste para la Unión una denuncia en materia de competencia depende de las circunstancias de hecho y de Derecho en cada caso concreto (sentencia de 12 de julio de 2007, AEPI/Comisión, T-229/05, no publicada, EU:T:2007:224, apartado 38), no es procedente limitar el número de criterios de apreciación a los que puede referirse la Comisión ni, a la inversa, obligar a dicha institución a recurrir de modo exclusivo a determinados criterios (Sentencias de 17 de mayo de 2001, IECC/Comisión, C-450/98 P, EU:C:2001:276, apartado 58, y de 16 de enero de 2008, Scippacercola y Terezakis/Comisión, T-306/05, no publicada, EU:T:2008:9, apartado 189).

36. Pero la facultad discrecional de que dispone la Comisión no está exenta de límites (sentencia de 4 de marzo de 1999, Ufex y otros/Comisión, C-119/97 P, EU:C:1999:116, apartado 89). En efecto, la Comisión debe tomar en consideración, examinándolos con atención, todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes que los denunciantes hayan puesto en su conocimiento para decidir el curso que ha de darse a una denuncia (véase la sentencia de 17 de mayo de 2001, IECC/Comisión, C-450/98 P, EU:C:2001:276, apartado 57 y jurisprudencia citada).

37. Cuando la Comisión decide, como en el caso de autos, no iniciar la investigación, no está obligada a demostrar la inexistencia de infracción para fundamentar su decisión (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de enero de 2008, Scippacercola y Terezakis/Comisión, T-306/05, no publicada, EU:T:2008:9, apartados 130 y 180 y jurisprudencia citada).

38. Por lo tanto, en una situación como esa, lo que debe comprobar el Tribunal no es si el denunciante, en su denuncia, aportaba suficientes datos que permitieran declarar la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, sino, en cambio, si se desprende de la Decisión impugnada que la Comisión ha sopesado la importancia del perjuicio que la supuesta infracción podría causar al funcionamiento del mercado interior, la probabilidad de poder probar su existencia y el alcance de las medidas de investigación necesarias a efectos de cumplir, en las mejores condiciones, su misión de velar por la observancia de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE (Sentencias de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, T-24/90, EU:T:1992:97, apartado 86; de 24 de enero de 1995, Tremblay y otros/Comisión, T-5/93, EU:T:1995:12, apartado 62, y de 12 de julio de 2007, AEPI/Comisión, T-229/05, no publicada, EU:T:2007:224, apartado 41). Por otra parte, el juez de la Unión no debe conducirle a imponer su apreciación de lo que es el interés de la Unión (véase la Sentencia de 16 de enero de 2008, Scippacercola y Terezakis/Comisión, T-306/05, no publicada, EU:T:2008:9, apartado 97 y jurisprudencia citada).

39. No obstante, para que el Tribunal pueda ejercer un control efectivo sobre el ejercicio por la Comisión de su facultad discrecional de definir prioridades, esa institución está sujeta al deber de motivación cuando decide no proseguir el examen de una denuncia, motivación que debe ser suficientemente precisa y detallada (Sentencias de 4 de marzo de 1999, Ufex y otros/Comisión,

gantes ofrecen varias opciones. El único criterio es el de la razonabilidad, construido, a su vez, alrededor de los principios de la proporcionalidad en sentido amplio (necesidad, adecuación, proporción y *favor libertatis*). Estas cuestiones están presentes en la jurisprudencia de los Tribunales.

8.1.1. Requerimiento de información

Las cuestiones planteadas giran alrededor de la "intensidad" de la información requerida. Si se trata de información a los efectos de la redacción por la autoridad reguladora de los informes sobre el sector, los Tribunales se muestran generosos en orden a la admisión de los requerimientos. Es información, como resulta evidente, agregada que no incide, salvo genéricamente, sobre la actividad y gestión empresarial. Estos requerimientos, no han suscitado reproche alguno[108]. En cambio, más polémicos han sido otros requerimientos asociados a procedimientos de investigación sobre cumplimiento de condiciones impuestas en operaciones de concentración o, eventualmente, sancionadoras.

En *primer* lugar, el requerimiento de información no es un acto de trámite que, en tanto que tal, según la legislación administrativa general, no puede ser impugnado separadamente, sino junto con la resolución que pone fin al procedimiento (art. 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción de lo contencioso-administrativa). Es un acto que, al margen de su consideración de trámite o no, puede tener efectos, incluso, relevantes, sobre los derechos de los recurrentes. En tal condición, derivada de los aludidos efectos,

C-119/97 P, EU:C:1999:116, apartados 90 y 91, y de 14 de febrero de 2001, Sodima/Comisión, T-62/99, EU:T:2001:53, apartado 42)".

[108] En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 8 de julio de 2015 (núm. Rec. 2457/2012; asunto: recurso de casación contra sanción impuesta en materia de requerimiento de información por la CMT), se cita, sobre esta cuestión, las sentencias producidas por el Tribunal Supremo: "En repetidas ocasiones esta Sala se ha pronunciado sobre los requerimientos de información dirigidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a diversas entidades sobre las actividades realizadas por aquellas en un determinado período de tiempo, requerimientos que hemos declarado ajustados a derecho en cuanto dirigidos a recabar datos para los informes que la referida Comisión debe obligatoriamente emitir de forma periódica sobre las actividades del sector. Pueden verse en este sentido nuestras Sentencias de 5 de diciembre de 2011 (Casación 1002/2009), 14 de diciembre de 2011 (dos sentencias con esa fecha dictadas en Recursos de Casación 4610/2009 y 4618/2009) 15 de diciembre de 2011 (Casación 2549/2009) y 16 de diciembre de 2011 (Casación 4910/2009), así como otros pronunciamientos anteriores que en ellas se citan".

ha de poder ser susceptible de recurso separado, sin esperar a la finalización del procedimiento, como así, igualmente, lo reconoce la legislación (art. 25 de la Ley 29/1998). Por lo tanto, los Tribunales reconocen la sustantividad propia de estos requerimientos, en atención, precisamente, a su incidencia sobre los derechos de los operadores a los que se les pide la información[109].

---

[109] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 2 de noviembre de 2015 (núm. Rec. 2354/2013; asunto: requerimiento de información de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en relación con los compromisos adquiridos en el seno de la autorización de una operación de concentración) expone lo siguiente, sobre esta cuestión:
"La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia regula el procedimiento de control de concentraciones económicas (artículos 55 y siguientes), disponiendo el artículo 59.1 que: "1. Cuando de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, las partes notificantes, por propia iniciativa o a instancia de la Comisión Nacional de la Competencia, podrán proponer compromisos para resolverlos". Y, en consecuencia, articula la posibilidad de ejercer un control sobre tales compromisos estableciéndose en el art. 41 que la "Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones", funciones que podían ser ejercidas por la Dirección de Investigación, pues el artículo 35.2.c) de la Ley 15/2007 , entonces vigente, prevé como funciones de la Dirección de Investigación, "vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones".
El requerimiento de la Dirección de Investigación, ahora impugnado, se enmarca dentro de estas funciones de vigilancia y cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el control de concentraciones de empresas. Ahora bien, ello no significa, como parece entender la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 28 de noviembre de 2011 y confirma la sentencia impugnada, que nos encontremos ante "actos de mero trámite" o "instrumental" carente de potencialidad para poder ocasionar alguno de los vicios a los que hace referencia el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia ("las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derecho o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión nacional de la Competencia en el plazo de diez días").
Los requerimientos de la Dirección de Investigación destinados a obtener información y verificar el exacto cumplimiento de los compromisos alcanzados con la Comisión de Defensa de la Competencia en las operaciones de concentración de empresas, deben tener una función meramente instrumental respecto de tales compromisos, ese es precisamente su ámbito de actuación y su límite intrínseco.
Pero ello no significa que todo requerimiento constituya un acto de mero trámite carente de sustantividad sobre los que no se pueda ejercer un control jurisdiccional. En primer lugar, porque, aunque partiéramos de su consideración como un acto de trámite, también estos son susceptibles de producir perjuicios irreparables exigiendo un control jurisdiccional sobre los mismos, los llamados "actos de trámite cualificados". Así lo destacó, con carácter general, este Tribunal en su Sentencia de 13 de febrero de 2008 (rec. 11414/2004) considerando que el requerimiento de

En *segundo* lugar, el espinoso asunto de la proporcionalidad. Los requerimientos pueden tener sustantividad propia en cuanto a su aptitud para su impugnabilidad directa al tener una eficacia relevante en relación con los derechos de las empresas interpeladas. Sin embargo, una cuestión esencial es la proporcionalidad del requerimiento. En este punto, los Tribunales tienden a reconocer el margen de apreciación de la Administración y, por consiguiente, no entrar a discernir si la información requerida es excesiva, tanto en cuanto a la naturaleza como al grado de detalle y metodología, lo que vendría a sobrepasar el deber de colaboración que la ley impone a las empresas.

El Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala tercera, de 2 de noviembre de 2015; rec. núm. 2354/2013) se inclina por reconocer dicho margen y el único control es el de que la información verse sobre el ámbito de la función de vigilancia que a la autoridad corresponde. Un criterio de control extraordinariamente laxo:

> "Las facultades de vigilancia e investigación que se le encomiendan a la Dirección de Investigación,... estaban destinadas a comprobar el exacto cumplimiento de los compromisos adquiridos. Para ejercer este cometido dispone de *un razonable margen de actuación que permita recabar toda la información que considere precisa para detectar incumplimientos*. No debe olvidarse que si bien corresponde al servicio de inspección indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que busca y los elementos sobre los que versa la verificación (así se ha señalado en la STJUE Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 83 y juris-

---

información puede producir perjuicios irreparables por lo que es susceptible de impugnación autónoma sin necesidad de esperar a que se dicte el acto definitivo en el procedimiento administrativo, pues en ese momento el perjuicio ya se habría consumado. Razón esta que resulta especialmente relevante respecto de los requerimientos dictados en ejecución de compromisos adoptados en defensa de la competencia, pues en tales casos no se trata de indagaciones previas dirigidas a obtener información que irán seguidas de un procedimiento posterior en el que poder cuestionarlos, sino ante actos de vigilancia y ejecución de compromisos previos que exigen el cumplimiento inmediato de ciertas obligaciones sin que exista un procedimiento administrativo posterior, por lo que ante los eventuales excesos es necesario poder ejercer un control sobre estos. Y en segundo lugar, porque su pretendido carácter instrumental desaparece cuando lo que se discute precisamente es si el requerimiento se aparta de su ámbito competencial propio, imponiendo obligaciones y compromisos ajenos a la función de vigilancia y ejecución de lo acordado, pues en el caso de incurrir en este exceso dejan de ser actos instrumentales pasando a tener sustantividad propia".

> prudencia citada en relación con la labor de investigación de la Comisión), una vez delimitados estos extremos, *el requerimiento puede ser lo suficientemente amplio, aunque relacionada con el objeto de su investigación, para permitirle disponer de toda la información relacionada con dichos compromisos o que pudiera tener incidencia en los mismos*, ya que la función de la inspección precisamente consiste en recabar los datos que le permitan detectar un posible incumplimiento".

Una vez admitido que la autoridad puede, en el marco y en el ámbito de la función de vigilancia que le compete, requerir "toda la información" (*"requerimiento puede ser lo suficientemente amplio"*) que precise a tal efecto, no puede haber reproche ni respecto de la naturaleza, ni la cantidad, ni el formato de la información: "el hecho de que la pida con un determinado formato, que aporte orden y claridad, *resulta razonable* para facilitar su función fiscalizadora, salvo que este puede ser considerado extravagante en atención a los usos comunes".

Es razonable; el requerimiento lo es. Y la razonabilidad se mide en atención al principio de proporcionalidad:

> "Las actuaciones inspectoras se encuentran sometidas al principio de proporcionalidad y adecuación para evitar excesos o desviaciones entre el fin perseguido y lo medios empleados para conseguirlo. Ninguna de estas objeciones se aprecia en el caso que nos ocupa, pues se solicitó información referida a los contratos y actuaciones relacionadas, o que podrían estarlo, con los compromisos adquiridos, y en un formato (tabla Excel, diferenciando los contratos por conceptos y pestañas) que no puede considerarse ni exagerada ni extravagante. Y aunque el plazo concedido no era muy amplio (15 días) debe tomarse en consideración que existieron diferentes requerimientos y numerosos contactos entre la empresa y la Dirección de Investigación por lo que la parte conocía la información que sería necesaria. Es cierto que ello supuso una carga adicional de trabajo para la empresa requerida, pero a tenor de la importancia de la empresa y de los recursos materiales y humanos con los que cuenta en relación con el volumen de información solicitado y el formato exigido no puede considerarse como una petición sorpresiva, excesiva ni desproporcionada".

La información (naturaleza) es adecuada a la función de vigilancia, el formato de remisión exigido no es exagerado ni extravagante y la carga de trabajo no es ex-

cesiva ni desproporcionada a la luz de la importancia de la empresa. Por lo tanto, el requerimiento será legal si la información pedida es adecuada a la función, la cantidad es proporcionada y la forma de remisión no es exagerada o extravagante. Como se puede comprobar, el margen de apreciación es tan considerable que solo tiene un ámbito que lo delimite: la función a desplegar. Si la información es coherente/adecuada a la función, cualquiera, de cualquier tipo y en cualquier formato, se podrá solicitar y exigir, con el riesgo de que, en caso de incumplimiento, cabe tanto la multa coercitiva como la sancionadora (un supuesto de infracción leve).

Y, en *tercer* lugar, un límite infranqueable: la auto-incriminación. La autoridad de defensa de la competencia puede requerir información y el requerido está obligado a facilitarla, salvo que se produjese una auto-incriminación[110].

8.1.2. Inspecciones

La cuestión controvertida es la relativa a la orden de inspección. Esta orden, como he explicado, constituye al receptor, la empresa inspeccionada, en la situación de colaborar, facilitando la inspección. En caso contrario, la autoridad podrá requerir la autorización judicial e, incluso, el auxilio de las fuerzas policiales. Ahora bien, como toda orden que tiene el efecto indicado, no puede ser genérica. No puede colocar al destinatario en una situación general de puesta en disposición de la Administración para lo que esta considere oportuno. Estaríamos ante una situación (general e indeterminada) incompatible con la libertad. La orden debe estar motivada de tal modo y con la intensidad (detalle) que permita al inspeccionado conocer qué es lo que la Administración busca, qué información y para qué la necesita. Al hilo de esta orden, el control judicial, para la autorización de entrada en los domicilios y locales, podrá ser pleno y no meramente rituario. La autorización judicial ha de posibilitar al juez dispensar un control para comprobar que la orden reúne los requisitos indicados, en relación con la motivación, para garantizar los derechos de los inspeccionados, en particular, la

---

[110] El Tribunal de Justicia de la Unión, Sentencia de 12 de enero de 2017, Timab Industries/Comisión, asunto C-411/15 P, apartado 83, ha recordado que "según reiterada jurisprudencia, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa a que le facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (véase la Sentencia de 14 de julio de 2005, ThyssenKrupp/Comisión, C-65/02 P y C-73/02 P, EU:C:2005:454, apartado 49 y jurisprudencia citada)".

intimidad que se protege tras la inviolabilidad domiciliaria. El domicilio no se protege en sí mismo, sino en tanto que ámbito en el que se despliega la intimidad que es la que la Constitución y las leyes protegen.

La orden y el control judicial delimitan el ámbito de la función de investigación y, en particular, la inspección. La doctrina jurisprudencial sobre una y otra es esencial para aquilatar el margen de apreciación en manos de la Administración, así como la intensidad y la naturaleza del control. Esta doctrina es, esencialmente, la elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación del Derecho de la Unión, en particular, el Reglamento CE 1/2003. Los Tribunales la siguen y aplican, aunque respetando las singularidades de nuestro Derecho.

8.1.2.1. Cinco garantías que delimitan el margen de apreciación/actuación

La doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido sistematizada, brillantemente, por cierto, por el Tribunal General en los apartados 74 a 100 de la Sentencia de 6 de septiembre de 2013 (asuntos acumulados T-289/11, T-290/11 y T-521/11; Deutsche Bahn y otros / Comisión)[111].

---

[111] Esta sistematización ha contado con el aval del Tribunal de Justicia, en la Sentencia 18 de junio de 2015 (asunto: C-583/13 P; Deutsche Bahn y otros / Comisión), al afirmar que "el examen detallado que realizó el Tribunal General se ajusta tanto a las exigencias del TEDH, según resulta del apartado anterior, como al tenor del Reglamento 1/2003 y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". Un resumen muy detallado e interesante porque, como digo, sistematiza las exigencias que deben cumplir la inspección:
"74. Sobre esta cuestión, es preciso poner de relieve la existencia de cinco clases de garantías, relativas, en primer lugar, a la motivación de las decisiones de inspección; en segundo lugar, a los límites impuestos a la Comisión durante el desarrollo de la inspección; en tercer lugar, a la imposibilidad de que la Comisión imponga la inspección por la fuerza; en cuarto lugar, a la intervención de los órganos nacionales y, en quinto lugar, a la existencia de vías de recurso *a posteriori.*
75. ***En primer lugar***, en cuanto a la ***motivación*** de una decisión de inspección, se desprende de la jurisprudencia que tal decisión tiene por *objeto* poner de manifiesto que la *intervención prevista en el interior de las empresas afectadas resulta justificada* (véase la sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 44 *supra,* apartado 57 y jurisprudencia que allí se cita). Además, esta decisión debe atenerse a las prescripciones que figuran en el artículo 20, apartado 4, del Reglamento 1/2003. La decisión debe *indicar* así *el objeto y la finalidad* de la inspección, fijar la *fecha* en que dará comienzo y hacer referencia a las *sanciones* previstas en el artículo 23 y en el artículo 24 de dicho Reglamento, así como al *derecho a recurrir* contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. Según la jurisprudencia, la motivación debe indicar igualmente cuáles son las hipótesis y presunciones que la Comisión pretende comprobar (Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2007, CB/Comisión, T-266/03, no publicada en la Recopilación, apartados 36 y 37).
76. Sin embargo, la Comisión no está obligada ni a efectuar una calificación jurídica precisa de las presuntas infracciones, ni a dar a conocer a la empresa todas las informaciones de que

dispone, ni a indicar el período en el que tuvo lugar, a su juicio, la presunta infracción (Sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 44 supra, apartado 58).
77. No obstante, para garantizar que la empresa pueda hacer uso de su derecho de oposición, la decisión de inspección debe contener, además de los requisitos formales enumerados en el artículo 20, apartado 4, del Reglamento 1/2003, una *descripción de las características de la infracción objeto de sospecha*, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las presuntas restricciones de competencia, así como los sectores afectados por la presunta infracción que se investiga, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los datos que deben ser verificados (véase la Sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 44 *supra,* apartado 59 y jurisprudencia que allí se cita).
78. El *control de la motivación* de la decisión permite que el juez vele por el respeto del *principio de protección* contra las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas y del *derecho de defensa* (Sentencia France Télécom/Comisión, citada en el apartado 44 *supra,* apartado 57), al tiempo que guarda en mente *la necesidad de preservar un cierto margen de maniobra de la Comisión*, sin el cual las disposiciones del Reglamento 1/2003 se verían privadas de todo efecto útil (auto del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2005, Minoan lines/Comisión, C-121/04 P, no publicado en la Recopilación, apartado 36).
79. **En segundo lugar**, la Comisión debe respetar determinados límites durante el desarrollo de una inspección.
80. En primer término, los documentos que *no sean de carácter profesional*, es decir, los que no estén relacionados con la actividad de la empresa en el mercado, están excluidos del ámbito de investigación de que dispone la Comisión (Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión, 155/79, Rec. p. 1575, apartado 16, y de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 45).
81. En segundo término, las empresas que son objeto de una inspección ordenada por una decisión de inspección pueden *disfrutar de asistencia jurídica*, o incluso *proteger la confidencialidad de la correspondencia entre abogados y clientes*, aunque esta última garantía queda excluida respecto a la información intercambiada entre un abogado unido a la empresa de que se trate por una relación laboral y esa empresa (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión, C-550/07 P, Rec. p. I-8301, apartados 40 a 44).
82. En tercer término, aunque el Reglamento 1/2003 impone a la empresa sometida a la inspección la obligación de cooperar activamente, la Comisión *no puede imponer a la empresa afectada la obligación de dar respuestas que la lleven a reconocer la existencia de la infracción cuya prueba incumbe a la Comisión* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283, apartado 35). Este principio, que se ha desarrollado en el marco de la aplicación del artículo 11 del Reglamento 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204), es igualmente *aplicable a las preguntas que los inspectores pueden plantear* en el marco de una inspección llevada a cabo con arreglo al artículo 20, apartado 4, del Reglamento 1/2003.
83. En cuarto término, es preciso mencionar la existencia de las notas explicativas notificadas a las empresas junto con las decisiones de inspección. En estas notas explicativas se especifica la metodología que la Comisión se ha comprometido a seguir al llevar a cabo una inspección. Por lo tanto, son útiles para precisar el contenido del principio de respeto del derecho de defensa y del principio de buena administración, tal como los concibe la Comisión.

84. Estas notas explicativas precisan el modo en que deben llevarse a cabo ciertas fases de la inspección. Los datos que figuran en dichas notas explicativas son la obligación de dar los nombres de los agentes habilitados por la Comisión o por la autoridad nacional de la competencia apropiada (punto 1), la obligación de notificar la decisión por la que se autoriza la inspección (punto 3), la delimitación de las prerrogativas de los agentes (punto 4), el derecho de recurrir a los servicios de un abogado (punto 6), el modo en que se deja constancia de las explicaciones orales facilitadas por el personal de la empresa (puntos 7 y 8), los métodos de consulta, búsqueda y copia de ciertos documentos informáticos (puntos 10 y 11), el sistema de gestión de la consulta en diferido de ciertos datos recogidos en soporte informático (puntos 11 y 12), la posibilidad de recibir un inventario firmado de los documentos copiados (punto 12) y el método de gestión confidencial de ciertas informaciones o secretos de negocios tras la investigación (puntos 13 y 14). Estos datos constituyen asimismo informaciones útiles para la empresa cuando sus representantes han de valorar hasta dónde llega su deber de cooperación.

85. ***En tercer lugar***, en contra de lo que afirman las demandantes, la Comisión ***no dispone de medios de coerción excesivos*** que hagan inviable en la práctica la posibilidad de oponerse a la inspección con arreglo al artículo 20, apartado 6, del Reglamento 1/2003.

86. En efecto, en primer término, se desprende, de la jurisprudencia que, durante una inspección, los agentes de la Comisión tienen, entre otras, la facultad de requerir la presentación de los documentos que indiquen, de entrar en los locales que designen y de pedir que les sea mostrado el contenido de los muebles que señalen. Por el contrario, *no pueden forzar el acceso a locales ni a muebles, ni compeler al personal de la empresa a facilitarles dicho acceso, ni tampoco emprender registros sin autorización de los responsables de la empresa* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859, apartado 31).

87. En segundo término, el conjunto de normas que regulan, por una parte, la motivación de las decisiones de inspección (véanse los apartados 75 a 78 *supra*) y, por otra, el desarrollo de las inspecciones (véanse los apartados 79 a 84 *supra*), permiten que las empresas utilicen efectivamente su *derecho de oposición*, con arreglo al artículo 20, apartado 6, del Reglamento 1/2003, cuando llegan los inspectores, en el momento de la notificación de la decisión de inspección o en cualquier otro momento durante el desarrollo de la inspección.

88. Sobre este punto, procede destacar la posibilidad de que los representantes de las empresas afectadas por las inspecciones *hagan constar en acta cualquier presunta irregularidad* que se haya producido durante el desarrollo de la inspección o *cualquier motivo de queja que pudieran tener*, sin oponerse por ello formalmente a la inspección, con arreglo al artículo 20, apartado 6, del Reglamento 1/2003, así como de que utilicen *cualquier medio a su disposición para conservar pruebas tangibles de dichas irregularidades*.

89. En tercer término, ha de recordarse que, cuando la Comisión llega a los locales de la empresa, debe conceder a esta un *plazo razonable, aunque breve, para examinar, con ayuda de sus abogados, la decisión de inspección*. Por otra parte, en lo que atañe a la alegación de las demandantes según la cual la violación de los derechos fundamentales se produce en el momento en que los agentes de la Comisión penetran en la empresa, el Tribunal coincide con la Comisión en que la inspección no empieza en ningún caso antes de la notificación de la decisión y que el simple hecho de penetrar en la empresa con el fin de proceder a la notificación no constituye ninguna violación de un derecho fundamental. Más tarde, en el transcurso de la inspección, la Comisión debe también conceder a la empresa un *breve plazo para que esta pueda consultar a sus abogados, antes de realizar copias, colocar precintos o solicitar explicaciones orales*.

90. En cuarto término, en este contexto, procede recordar que la Comisión solo puede utilizar el mecanismo *sancionador* establecido en el artículo 23 del Reglamento 1/2003 en caso de *obstrucción evidente o de una utilización abusiva del derecho de oposición*. Por lo tanto, la Comisión no puede amenazar con este mecanismo sancionador para lograr concesiones de parte de las empresas que rebasen los estrictos límites de su deber de colaboración. A este respecto, ha de recordarse que toda decisión adoptada sobre la base del artículo 23 del Reglamento 1/2003 puede ser objeto de control por parte del juez de la Unión.

91. ***En cuarto lugar***, por lo que respecta a las garantías ofrecidas por el procedimiento de ***oposición*** contemplado en el artículo 20, apartado 6, del Reglamento 1/2003, es preciso hacer constar que la Comisión se ve obligada a recurrir a la *asistencia de las autoridades nacionales* del Estado en cuyo territorio ha de llevarse a cabo la inspección. Este procedimiento *pone así en marcha los mecanismos de control, en su caso judicial, propios del Estado miembro afectado*.

92. Cuando se solicita el concurso de la autoridad nacional competente, el Estado miembro de que se trate debe *garantizar la eficacia de la acción de la Comisión* y *respetar los diferentes principios generales del Derecho de la Unión*, en particular la *protección de las personas físicas y jurídicas contra las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas de los poderes públicos en la esfera privada* (Sentencias Hoechst/Comisión, citada en el apartado 86 *supra,* apartado 33, y Roquette Frères, citada en el apartado 80 *supra,* apartado 35).

93. El órgano nacional competente, sea judicial o no, debe examinar si las medidas coercitivas contempladas son *arbitrarias o excesivas* en relación con el *objeto de la verificación*. La Comisión debe velar por que el órgano nacional de que se trate disponga de *todos los datos necesarios* para poder ejercer dicho control y asegurarse del respeto de las normas del Derecho nacional en la aplicación de las medidas coercitivas (Sentencias Hoechst/Comisión, citada en el apartado 86 *supra,* apartados 34 y 35, y Roquette Frères, citada en el apartado 80 *supra,* apartados 36 y 37).

94. Procede añadir que, como ha señalado acertadamente la Comisión, el órgano jurisdiccional competente para autorizar medidas coercitivas *puede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia*. Además, los artículos 95 y 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia permiten que el juez nacional plantee una cuestión prejudicial acelerada y anónima. Por último, el juez nacional puede, bajo ciertos requisitos, decidir *suspender* el procedimiento de concesión de mandamiento, en espera de la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros, C-465/93, Rec. p. I-3761, apartado 23).

95. En quinto lugar, la limitación de la injerencia que supone una inspección se basa también en el control a posteriori, por parte del juez de la Unión, de la legalidad de la decisión que ordena la inspección.

96. A este respecto, el artículo 20, apartado 8, última frase, del Reglamento 1/2003, dispone lo siguiente:

"Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión".

97. Como se desprende del apartado 66 *supra,* la existencia de un control jurisdiccional completo *a posteriori* es especialmente importante, ya que *puede compensar la falta de mandamiento judicial previo*. En el presente asunto, el juez de la Unión ejerce un *control completo, de hecho y de Derecho, de las decisiones de inspección* (véase igualmente, a este respecto, el apartado 112 *infra).*

98. Además, como subraya con razón la Comisión, las demandantes pueden obtener la suspensión de la aplicación de una decisión de inspección interponiendo, al mismo tiempo que un

La siguiente tabla sistematiza la doctrina expuesta sobre los cinco tipos de garantías de las que disfrutan los inspeccionados.

1. Decisión de inspección: contenido y motivación
• Debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, fijar la fecha en que dará comienzo y hacer referencia a las sanciones previstas en caso de obstrucción, así como al derecho a recurrir contra la decisión. • Debe poner de manifiesto la justificación de la inspección. • Debe indicar cuáles son las hipótesis y presunciones que la Comisión pretende comprobar. • No hay obligación ni a efectuar una calificación jurídica precisa de las presuntas infracciones, ni a dar a conocer a la empresa todas las informaciones de que dispone, ni a indicar el período en el que tuvo lugar la presunta infracción. • Debe incluir una descripción de la infracción objeto de sospecha, el supuesto mercado de referencia y las presuntas restricciones de competencia, así como los sectores afectados; la manera en la que se supone que la empresa está implicada, qué es lo que se busca y los datos que deben ser verificados.
2. Desarrollo de la inspección
• Están excluidos los documentos no relacionados con la actividad de la empresa en el mercado. • Empresa puede disfrutar de asistencia jurídica. • Protección de la confidencialidad de la correspondencia entre abogados y clientes, salvo que el abogado mantenga una relación laboral con la empresa. • No hay obligación de dar respuestas que lleven a la empresa a reconocer la existencia de la infracción; es igualmente aplicable a las preguntas que los inspectores pueden plantear. • Pertinencia de notas explicativas notificadas a la empresa sobre la metodología que la Comisión se ha comprometido a seguir al llevar a cabo una inspección.

recurso de anulación, una demanda de medidas provisionales con arreglo al artículo 278 del TFUE, unida, en su caso, a una demanda de las contempladas en el artículo 105, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento.

99. Por último, el artículo 340 del TFUE, párrafo segundo, sirve de base para una acción en la que se solicite que se declare la responsabilidad extracontractual de la Unión.

100. El Tribunal considera que en el presente asunto se han respetado los cinco tipos de garantías antes mencionados. En particular, las tres decisiones de inspección contienen los datos exigidos en el artículo 20, apartado 4, del Reglamento 1/2003. La Comisión tuvo buen cuidado de especificar el nombre de los destinatarios, las razones que la llevaban a sospechar la existencia de una práctica infractora, el tipo de prácticas de las que se sospechaba que podían resultar contrarias a la competencia, el mercado de bienes y de servicios afectado, el mercado geográfico en el que se suponía que se habían aplicado las prácticas alegadas, la relación entre esas presuntas prácticas y el comportamiento de la empresa destinataria de las Decisiones, los agentes habilitados para llevar a cabo la inspección, los medios a su disposición y las obligaciones que recaían en el personal competente de la empresa, la fecha y los lugares de la inspección, las sanciones previstas en caso de obstrucción, la posibilidad de interponer recurso y sus requisitos. Como resulta del examen del cuarto motivo, procede señalar que estos datos se incluyeron correctamente en las tres decisiones de inspección (véase el apartado 184 *infra)*".

3. Medios efectivos para oponerse a la inspección
• Agentes no pueden forzar el acceso a locales ni a muebles, ni compeler al personal de la empresa a facilitarles dicho acceso, ni tampoco emprender registros sin autorización de los responsables de la empresa. • Derecho de oposición cuando llegan los inspectores, en el momento de la notificación de la decisión de inspección o en cualquier otro momento durante el desarrollo de la inspección [lo que provocaría la acción de las autoridades nacionales y sus garantías]. • Pueden hacer constar en acta cualquier presunta irregularidad o cualquier motivo de queja, sin suponer oposición formal a la inspección, así como utilizar cualquier medio para conservar pruebas de dichas irregularidades. • Plazo razonable, aunque breve, para examinar, con ayuda de sus abogados, la decisión de inspección. • Inspección no empieza antes de la notificación de la decisión; el simple hecho de penetrar en la empresa con el fin de proceder a la notificación no constituye violación de un derecho fundamental. • Plazo breve para consultar a los abogados antes de que se proceda a realizar copias, colocar precintos o solicitar explicaciones orales. • Amenaza de sanción solo en caso de obstrucción evidente o de una utilización abusiva del derecho de oposición.
4. Asistencia de las autoridades nacionales
• Garantizar la eficacia de la acción de la Comisión y respetar los principios generales del Derecho de la Unión, en particular la protección de las personas contra las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas. • Órgano nacional competente, sea judicial o no, debe examinar si les medidas coercitivas contempladas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de la verificación. • Órgano nacional debe disponer de todos los datos necesarios para poder ejercer el control y asegurarse del respeto de las normas del Derecho nacional en la aplicación de las medidas coercitivas. • Órgano jurisdiccional competente para autorizar medidas coercitivas puede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. • Juez nacional puede, bajo ciertos requisitos, decidir suspender el procedimiento de concesión de mandamiento, en espera de la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial.
5. Control a posteriori por parte del juez de la Unión
• Control jurisdiccional completo a posteriori. • Demandantes pueden obtener la suspensión de la aplicación de una decisión de inspección interponiendo, al mismo tiempo que un recurso de anulación, una demanda de medidas provisionales. • Acción en la que se solicite que se declare la responsabilidad extracontractual de la Unión.

El Tribunal de Justicia ha recordado, en la Sentencia 18 de junio de 2015 (asunto: C-583/13 P; Deutsche Bahn y otros / Comisión), cuáles son las exigencias a cumplir en relación con las inspecciones:

> "30 En efecto, por un lado, del artículo 20, apartado 4, del Reglamento 1/2003 resulta que la *decisión de inspección debe mencionar el objeto y la*

finalidad de la inspección, las sanciones aplicables a la empresa afectada así como los recursos que esta última puede interponer ante el Tribunal de Justicia.

31 Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, las facultades de verificación que la Comisión tiene conferidas están perfectamente delimitadas, ya se trate de la *exclusión del ámbito de investigación de los documentos que no sean de carácter profesional, del derecho a asesoramiento jurídico, de la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente o incluso de la obligación de motivación de la decisión de inspección y de la posibilidad de interponer un recurso* ante los tribunales de la Unión (véase, en este sentido, la Sentencia Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, apartados 44 a 50).

32 Asimismo, como señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones y como se ha indicado en el apartado 26 de la presente sentencia, el TEDH consideró que la existencia de un *control judicial a posteriori* puede compensar la falta de mandato judicial previo y constituye así una garantía fundamental para asegurar la compatibilidad de la medida de inspección en cuestión con el artículo 8 del CEDH (véase, en particular, TEDH, Sentencia Delta Pekárny a.s. c. República Checa, no 97/11, § 83, 87 y 92, de 2 de octubre de 2014).

33 Así sucede en el marco del sistema establecido en la Unión Europea, el artículo 20, apartado 8, del Reglamento 1/2003 indica expresamente que el Tribunal de Justicia es competente para ejercer un *control de legalidad de la decisión de inspección* adoptada por la Comisión.

34 El control previsto por los Tratados implica que el juez de la Unión ejerce, basándose en los medios aportados por el recurrente en apoyo de los motivos aducidos, un *control completo*, es decir, tanto sobre las cuestiones de Derecho como sobre las cuestiones de hecho (véanse, en este sentido, las Sentencias Chalkor/Comisión, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartado 62, y CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 44)".

La doctrina de las cinco garantías son las que delimitan el margen de apreciación en manos de la autoridad que lleva a cabo la inspección. Una consecuencia, no menor, es la de la vinculación de la autoridad a los propios términos de la orden de inspección. Tiene un efecto: cualquier información obtenida fuera de los términos de la orden, provoca la anulación. Como ha concluido el Tribunal

de Justicia de la Unión en la sentencia citada, la inspección deviene nula porque los inspectores "procedieron a la incautación de documentos fuera del ámbito de inspección tal como lo delimitó la primera decisión controvertida".

El peso de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión condiciona, como no podía ser de otra manera, la de los Tribunales nacionales. El Tribunal Supremo en las Sentencias de la Sala Tercera de 10 de diciembre de 2014 (núm. Rec 4201/2011; asunto: actuación inspectora en UNESA) y la de 27 de febrero de 2015 (núm. Rec. 1292/2012; asunto: actuación inspectora en Transmediterránea, SA) ha venido a anular las órdenes de inspección precisamente por violentar los principios expuestos, en particular, los relativos al contenido.

8.1.2.2. Orden de inspección: contenido

La legislación reguladora es muy parca; excesivamente genérica, como ha sido detallado. Ante el silencio, en relación con la orden de inspección, se considera que son aplicables las exigencias que la Ley 3/2013 establece respecto de los requerimientos de información ("Los requerimientos de información habrán de estar motivados y ser proporcionados al fin perseguido. En los requerimientos que dicte al efecto, se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma": art. 28.1). Aún así, no se cumplen los parámetros del Derecho de la Unión. Los Tribunales nacionales compensan este desfallecimiento acudiendo al Derecho de la Unión y, en particular, a la interpretación del Tribunal de Justicia. En los dos casos expuestos, así lo hace el Tribunal Supremo. Uno de los principales impulsores es el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), que el Tribunal Constitucional ha considerado que también es extensible a las personas jurídicas. Ese ámbito solo puede ser violentado por obra de una autorización judicial que solo podrá ser expedida si el juez puede desplegar un control efectivo de los términos en que se pretende llevar a cabo el ingreso y las actuaciones a desarrollar. A tal fin, la orden debe cumplir los requisitos expuestos, en particular, como digo, respecto del contenido.

En la última de las Sentencias citada, la de 27 de febrero de 2015, el Tribunal, concluye, tras examinar, como digo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que la orden no cumple con las exigencias de protección:

"... las dos Órdenes de investigación se redactan de forma idéntica para la sede de Alcobendas y para la de Palma de Mallorca y se delimita el objeto de la misma en los siguientes términos: «verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» y continúan indicando «consistentes, en general, en acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales no equitativas y, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado» y en cuanto este último se define como «el mercado de transporte marítimo regular de pasaje de vehículos en régimen de pasaje y carga».

Las Órdenes de investigación que examinamos resultan *sumamente genéricas* e incurren en un *claro déficit en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación*, pues respecto a las conductas inspeccionadas se refiere a aquellas contrarias a los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, la imposición de precios, la imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga.

Tampoco se hace en las Órdenes impugnadas una mención al singular ámbito de la actuación de la investigación, pues se refieren de manera genérica y excesivamente amplia al mercado de «transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga», sin especificar el tipo o modalidad del mismo, ni se define ni precisa el ámbito territorial al que se refiere la investigación.

Es cierto que las Órdenes de investigación se dictaron en virtud de una información «reservada» según, se indica en las mismas, que señalan que la actuación se inicia por razón de «una denuncia» pero sin detallar a qué aspecto de la actividad mercantil de las recurrentes se refería. Pero esta materia «reservada» no permite obviar el cumplimiento de las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y de la jurispru-

dencia a la que hemos hecho mención, de los que deriva que *la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección*, lo que aquí no sucede.

En fin, los datos y elementos contenidos en las órdenes de investigación impugnadas *no delimitan*, como se exige en el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 13 del Reglamento CE 1/2003, *las conductas objeto de la investigación, ni tampoco acotan de forma adecuada su objeto*: el transporte marítimo al que se refiere, la modalidad, el régimen y, en fin, el ámbito territorial de la actividad en la que operan las compañías recurrentes, siendo así que esta información podía fácilmente ceñirse en la medida que la denuncia inicial que dió lugar a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia se constriñó exclusivamente al ámbito balear".

8.1.2.3. Autorización judicial: oportunidad para el control de la orden de inspección. Sus defectos no pueden ser salvados

La autorización judicial, fruto del correspondiente control dispensado por el Tribunal competente, es el que permite mancillar el ámbito sagrado de la intimidad que es el domicilio. A diferencia de lo que sucede en el Derecho de la Unión, el ingreso ilegítimo (sin consentimiento o sin autorización judicial), no puede ser salvado por el control judicial pleno, pero a posteriori. Es significativo que, en este ámbito y en este aspecto, el Derecho nacional es más garantista que el de la Unión. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 10 de diciembre de 2014 (núm. Rec. 4324/2011; asunto: orden de investigación acordada respecto del Grupo Campezo), anuló la inspección emprendida porque no se ajustó a los términos de la autorización judicial. Probablemente por un error, la autorización judicial delimitó el alcance de la investigación al "mercado de fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas", cuando la solicitud, basada en la orden de investigación, se refería a "mercados de contratación, suministro y ejecución de obras". La inspección se ajustó, en cambio, al objeto delimitado en la orden, no en la autorización. El Tribunal señala que: "la autorización de entrada y registro se hizo en unos términos mucho más restringidos que los contemplados en la orden de investigación dictada por la Directora de investigación. En consecuencia, la entrada y registro realizados, al acomodarse a la orden de investigación propiamente tal, no se atuvo a los términos específicos del Auto judicial, limita-

do al ámbito de los ascensores y las escaleras mecánicas, produciéndose así una actuación contraria a derecho. Debe pues estimarse el motivo y, por las propias razones, declarar nula a todos los efectos la inspección realizada sin el adecuado amparo judicial el 15 de octubre de 2009".

El posible control judicial a posteriori no salva una ilegalidad consistente en la violación de un derecho fundamental. Siendo así, la inspección, sus resultados y cualquier otra actuación administrativa posterior, están viciadas de nulidad de pleno Derecho.

8.1.2.4. Confidencialidad. Relación abogado y cliente

Otro límite infranqueable a la inspección es el de la información relativa a la relación entre abogado y cliente. En el Derecho de la Unión, se habla de confidencialidad. Sin embargo, es una confidencialidad que no solo la autoridad ha de proteger, sino que tampoco puede acceder. Están en juego los derechos de defensa del artículo 24 CE: a la defensa y a la asistencia de letrado, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La información surgida de la relación indicada es la plasmación de esos derechos. En consecuencia, son infranqueables a la investigación. Ahora bien, el abuso también es posible. Precisamente, su carácter de barrera de garantía, han sido utilizados en algunos casos para impedir la investigación.

El Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2012 (rec. Núm. 6552/2009; asunto: inspección realizada en STANPA) afirma, sobre esta cuestión que:

> "En el curso de esa actuación inspectora realizada en la sede de Madrid de STANPA, en presencia y con el asentimiento de su Responsable de Asesoría Legal, no se invocó, respecto de concretos documentos clara y debidamente individualizados e identificados, no se invocó (se repite) específicamente la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente que ampara el derecho de defensa y no se citó el artículo 24 CE a esos específicos efectos. Y, por último, tampoco se señalaron o sugirieron elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los elementos intervenidos presentaban rasgos que permitían reconocer en ellos ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de confidencialidad que debe llevar consigo

la debida tutela o reconocimiento del derecho de defensa. Por lo cual, STANPA *no cumplió con la carga* que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando. Debe subrayarse, en apoyo de lo que antecede, que el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio de eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia".

Sobre aquel que alegue la confidencialidad y, en particular, la protección de la información surgida en la relación abogado-cliente, pesa la carga de la prueba. Debe acreditar el fundamento que le permita disfrutar de la protección.

8.2. Conductas prohibidas: colusión

La tipificación de la prohibición y la de la infracción de la colusión y el abuso dejan amplio margen de apreciación en manos de la Administración. La revisión judicial suele respetar la elección/decisión dentro del margen.

La doctrina jurisprudencial distingue entre la colusión por *objeto* y la que lo es por *efecto*. La primera, el pacto, el acuerdo y demás es el que tiene un propósito dirigido a restringir, falsear o impedir la competencia. Es el supuesto más convencional. El que reviste una prueba más sencilla, en comparación con el otro. Se trata de acreditar cuál es el objeto del acuerdo, sin necesidad de reparar en los efectos. Incluso, basta la aptitud del acuerdo para producir el resultado restrictivo, para considerar que se ha producido la conducta prohibida. Es más, la doctrina jurisprudencial, coloca el análisis de los efectos como un análisis subordinado al del objeto.

En *primer* lugar, la colusión por objeto y la que lo es por efecto, son dos tipos de conductas prohibidas, pero el análisis de los efectos queda preterido al del objeto de las conductas. El Tribunal de Justicia de la Unión, en la Sentencia de 16 de julio de 2015 (asunto C-172/14; ING Pensii)[112], recordó, en relación con la prohibición del artículo 101 del TFUE que:

> "28. (...) un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada deben poder afectar al comercio entre los Estados miembros y tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.
>
> 29. En cuanto a la delimitación que procede establecer entre las *prácticas concertadas que tienen un «objeto» contrario a la competencia y las que tienen un «efecto» contrario a la competencia, es preciso recordar que se trata de requisitos no acumulativos, sino alternativos*.
>
> 30. En efecto, según jurisprudencia reiterada desde la sentencia LTM (56/65, EU:C:1966:38), el *carácter alternativo* de estos requisitos, como indica la conjunción «o», *lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto* mismo de la práctica concertada, *habida cuenta del contexto económico* en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada *no revele un grado suficiente de nocividad* respecto de la competencia, *es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo* y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véanse las Sentencias Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, apartado 15, y T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 28).
>
> 31. En cuanto al concepto de *«restricción por el objeto»,* procede señalar que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan, *por su propia naturaleza*, un *grado de nocividad* para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos (véase, en este sentido, la

[112] En términos parecidos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2016 (asunto C-373/14 P; Toshiba/Comisión), apartados 23 a 29. También analiza una restricción por objeto.

Sentencia CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartados 49 y 50, y jurisprudencia citada).

32. A este respecto, de la jurisprudencia se desprende que los acuerdos que, *por su misma naturaleza*, tienen por *objeto* conducir a un *reparto de la clientela* por determinados servicios constituyen *formas de colusión especialmente perjudiciales para el buen funcionamiento* del juego normal de la competencia. Así, los *acuerdos sobre el reparto de la clientela* forman parte *manifiestamente*, al igual que los *acuerdos sobre precios*, de la *categoría de las restricciones más graves de la competencia* (véase, en este sentido, la Sentencia Comisión/Stichting Administratiekantoor Portielje, C-440/11 P, EU:C:2013:514, apartados 95 y 111).

33. El Tribunal de Justicia también ha subrayado que, para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de una asociación de empresas presenta estas *características*, debe atenderse al *contenido* de sus disposiciones, a los *objetivos* que pretende alcanzar y al *contexto* económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, deben tenerse en cuenta la naturaleza de los *bienes o de los servicios afectados*, así como las *condiciones reales del funcionamiento* y de la *estructura del mercado o mercados pertinentes* (véase la Sentencia CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53 y jurisprudencia citada)".

La cuestión clave es la del "grado de nocividad" respecto del juego de la competencia. Ese grado de nocividad aparece, con certeza, en ciertos acuerdos o prácticas que son las más graves: las que suponen un reparto de la clientela, afectan a los precios o el reparto del mercado. En estos casos, con independencia de los efectos, o sea, si realmente se ha alcanzado el resultado querido, se entenderá que se incurre en el tipo prohibido y, también, sancionado. A medida que se produce un alejamiento de este ámbito de certeza, la capacidad para elegir y decidir crece.

¿Puede una empresa asesora ser considerada responsable de una conducta colusoria? Esta, usualmente, es desplegada por empresas productoras entre las que se establece un acuerdo o una práctica concertada, además, como he expuesto, con un objeto restrictivo. En el caso de una empresa que se limitó a asesorar a las productoras en relación con dicha práctica, la duda es razonable: ¿forma parte del margen que la ley, en este caso, el TFUE, establece en orden a dispensar la prohibición y la sanción correspondiente?

La empresa asesora no participa en un acuerdo para restringir la competencia. Contribuye a que las empresas productoras lleguen al acuerdo que tiene tal consecuencia o resultado. Su responsabilidad no es respecto de la restricción; su responsabilidad lo es respecto de otros que sí son responsables de dicho resultado. Es una suerte de responsabilidad indirecta, en relación, insisto, la restricción de la competencia.

A esta cuestión se enfrentó la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 (asunto C-194/14 P; AC-Treuhand AG/Comisión)[113]. Va-

---

[113] El razonamiento del Tribunal lo desarrolla en los siguientes apartados:
"26. En el presente asunto, debe determinarse si una empresa asesora puede considerarse responsable de la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa.
27. Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 81 CE, apartado 1, en virtud del cual serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan determinadas características, ha de señalarse, desde un principio, que no hay nada en la redacción de esta disposición que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por estos.
28. Asimismo, ha de recordarse, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un «acuerdo» se basa en la expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante per se la forma en que se manifiesta dicha concordancia (véase, en este sentido, la Sentencia Comisión/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, apartado 37).
29. Por lo que se refiere al concepto de «práctica concertada», de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 81 CE, apartado 1, distingue este concepto del de «acuerdo» y el de «decisión de asociación de empresas» con el único propósito de recoger distintas formas de colusión entre empresas que, desde un punto de vista subjetivo, comparten la misma naturaleza y solo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (véanse, en este sentido, las Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 112, y T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 23).
30. Cuando se trata, como en el caso de autos, de acuerdos y prácticas concertadas con un objetivo contrario a la competencia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la Comisión debe demostrar, para declarar la participación de una empresa en la infracción y su responsabilidad por los distintos aspectos que conlleva, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (véanse, en este sentido, las Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartados 86 y 87, y Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 83).

31. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase, en este sentido, la Sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada).
32. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha señalado, cuando ha tenido que apreciar la existencia de un «acuerdo» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, que se trataba de la manifestación de la voluntad concordante de las partes de comportarse en el mercado de una forma determinada (véase, en este sentido, en especial la Sentencia ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, EU:C:1970:71, apartado 112). Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una «práctica concertada» en el sentido de dicha disposición deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común (véase, en particular, la Sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 116).
33. Sin embargo, de estas consideraciones no se deriva que los conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» presupongan una limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes.
34. Por otra parte, no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 81 CE, apartado 1, se refiera únicamente bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada.
35. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 81 CE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que solo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate (véanse, en este sentido, las Sentencias LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 358; Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, EU:C:1966:41, pp. 492 y 493; Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartados 72 a 80; Binon, 243/83, EU:C:1985:284, apartados 39 a 47, y Javico, C-306/96, EU:C:1998:173, apartados 10 a 14).
36. Ha de señalarse también que el objetivo principal del artículo 81 CE, apartado 1, es garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada en el interior del mercado común. Ahora bien, la interpretación de esta disposición que AC-Treuhand propone podría reducir la plena eficacia de la prohibición que establece, ya que tal interpretación no permitiría impedir la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia por el mero hecho de que dicha contribución no se refiera a una actividad económica perteneciente al ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse.
37. En el presente asunto, según las apreciaciones de hecho realizadas por el Tribunal General en el apartado 10 de la sentencia recurrida, AC-Treuhand jugó un papel esencial y similar en las dos

rios argumentos utiliza el Tribunal: (1) la legislación no impide la extensión de la prohibición a empresas como las que se limitan a asesorar a las que efectivamente acuerdan la restricción a la competencia; (2) la empresa contribuyó a que los participantes alcanzaran el acuerdo para restringir la competencia; (3) son sancionables los "modos pasivos de participación en la infracción" como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron los acuerdos; (4) concepto de acuerdo o práctica concertada no se limita a las empresas activas en cierto mercado que deciden autolimitar su libertad; y (5) admitir la no extensión de las prohibiciones a las empresas de asesoramiento limitaría gravemente la eficacia de las normas de garantía de la libre competencia. Por lo tanto, se amplía el margen de apreciación en relación con los sujetos responsables: todos los que participan directamente en el acuerdo, tanto los que se benefician directamente como los que contribuyen decisivamente en su producción[114].

El problema jurídico más difícil de resolver es el relativo a las restricciones por *efectos*. Mientras que las que lo son por el objeto tiene una mayor facilidad de prueba, la de los efectos encierran considerables problemas. Se ha de acreditar que cierto acuerdo o práctica ha producido el resultado restrictivo. Una

---

infracciones en cuestión, organizando varias reuniones a las que asistió y en las que participó activamente, recogiendo y comunicando a los productores de estabilizadores térmicos datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre dichos productores y animándolos a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración. 38. De ello resulta que el comportamiento de AC-Treuhand se inscribe directamente en la actividad de los productores de estabilizadores térmicos dirigida a negociar y controlar el cumplimiento de las obligaciones que contrajeron en los acuerdos, de manera que el propio objetivo de los servicios prestados por AC-Treuhand sobre la base de los contratos de prestación de servicios celebrados con dichos productores era la realización, con total conocimiento de causa, de los objetivos contrarios a la competencia de que se trata, concretamente, como resulta del apartado 4 de la sentencia recurrida, la fijación de precios, el reparto de los mercados y clientes y el intercambio de información comercial sensible".

[114] Estas tesis han sido acogidas con posterioridad por Sentencias, como la del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2016 (asunto C-74/14; Eturas UAB y otros), apartado 28, bajo el concepto de "modos pasivos de participación" en relación con los acuerdos o prácticas concertadas de colusión. No son modos de participación en tales acuerdos o prácticas, por cuanto no participan directamente en ellos, sino que contribuyen decisivamente a su producción mediante el desarrollo de distintos comportamientos. No produce la restricción, pero sí contribuyen decisivamente a que se produzca.

interpretación extensa tiene un efecto indeseado: amplía considerablemente el margen de apreciación, al mismo tiempo que relaja la exigencia de la prueba.

El Tribunal de Justicia se enfrentó a esta cuestión en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-67/13 P; Groupement des cartes bancaires/Comisión)[115]. La cuestión controvertida es muy interesante porque nos muestra los límites de margen de apreciación y el margen de control.

---

[115] El razonamiento del Tribunal lo desarrolla en los siguientes apartados:
"48. Es oportuno recordar que para entrar en el ámbito de la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada debe tener *«por objeto o efecto»* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.
49. En ese sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sigue que *algunos* tipos de coordinación entre empresas revelan un *grado de nocividad* para la competencia suficiente para que pueda considerarse *innecesario el examen de sus efectos* (véanse, en ese sentido, en especial, las Sentencias Société Technique Minière, 56/65, EU:C:1966:38, apartados 359 y 360; BIDS, EU:C:2008:643, apartado 15, y Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apartado 34 y jurisprudencia citada).
50. Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, *por su propia naturaleza*, *perjudiciales* para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase, en ese sentido, en especial, la Sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, apartado 35 y jurisprudencia citada).
51. De esa manera, se ha determinado que *algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado* a efectos de aplicar el artículo 81 CE, apartado 1 (véase en ese sentido en especial, la Sentencia Clair, 123/83, EU:C:1985:33, apartado 22). En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores.
52. En el supuesto de que el *análisis de un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, es necesario en cambio examinar sus efectos* y, para aplicar la prohibición, *exigir que concurran los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible* (Sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, apartado 34 y jurisprudencia citada).
53. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en ese sentido, la Sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, apartado 36 y jurisprudencia citada).

54. Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta (véase la Sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, apartado 37 y jurisprudencia citada).

…

57. En efecto, por una parte, en el apartado 125 de la sentencia recurrida, el Tribunal General, al definir el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido de esa disposición, omitió referirse a la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia, sin considerar así que el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la constatación de que *esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia*.

58. Por otra parte, a la luz de esa jurisprudencia, el Tribunal General estimó erróneamente, en el apartado 124 de la sentencia recurrida, y después en el apartado 146 de la misma sentencia, que el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» no debe interpretarse «de manera restrictiva». En efecto, *so pena de dispensar a la Comisión de la obligación de probar los efectos concretos en el mercado de acuerdos de los que no se ha demostrado en absoluto que sean nocivos por su propia naturaleza para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos. La circunstancia de que los tipos de acuerdos previstos en el artículo 81 CE, apartado 1, no constituyan una lista exhaustiva de colusiones prohibidas carece de pertinencia en este sentido*.

…

65. Aunque resulta así de la sentencia recurrida que el Tribunal General *estimó que el objeto restrictivo de las medidas consideradas derivaba de sus propios términos, es preciso observar que en ningún momento justificó en cambio, en el ejercicio de su control de legalidad de la Decisión controvertida, por qué esos términos podían considerarse reveladores de la existencia de una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1*.

…

69. No obstante, aunque el Tribunal General expuso así los motivos por los que las medidas consideradas, atendiendo a sus fórmulas, podían restringir la competencia y por tanto entrar en el ámbito de la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 1, *en cambio no justificó en absoluto, en contra de las exigencias derivadas de la jurisprudencia recordada en los apartados 49 y 50 de esta sentencia, de qué modo esa restricción de la competencia tenía un grado de nocividad suficiente para poder ser calificada como restricción «por el objeto» en el sentido de esa disposición, toda vez que la sentencia recurrida no contiene ningún análisis de esa cuestión*.

70. Aunque es cierto, como el Tribunal General apreció fundadamente en los apartados 76 y 140 a 144 de la sentencia recurrida, que el hecho de que las medidas consideradas persigan *un objetivo legítimo de lucha contra el parasitismo no excluye la posibilidad de considerar que tienen un objeto restrictivo de la competencia, este debe acreditarse no obstante*.

71. De ello se sigue que al calificar las medidas consideradas el Tribunal General no solo vició la motivación de la sentencia recurrida sino que también interpretó y aplicó erróneamente el artículo 81 CE, apartado 1.

…

78. En efecto, *para apreciar si una coordinación entre empresas es por su naturaleza perjudicial para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia es preciso, según la jurisprudencia recordada en el apartado 53 de esta sentencia, tener en cuenta todos los factores pertinentes, atendiendo en especial a la naturaleza de los servicios afectados así como a las condiciones reales de funcionamiento y a la estructura de los mercados, en relación con el contexto económico o jurídico en el que esa coordinación se inserta, sin que importe que uno de esos factores corresponda o no al mercado pertinente*.
79. Así se debe proceder, en particular, cuando ese factor consiste precisamente en la consideración de la existencia de interacciones entre el mercado pertinente y un mercado conexo diferente (véanse, por analogía, las Sentencias Delimitis, C-234/89, EU:C:1991:91, apartados 17 a 23, y Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, apartado 42), y con mayor razón cuando existen interacciones entre las dos facetas de un sistema bifronte como en este caso.
80. No puede excluirse ciertamente, como el Tribunal General apreció en los apartados 198, 227 y 234 de la sentencia recurrida, que las medidas consideradas obstaculicen la competencia procedente de los nuevos operadores, dada la dificultad creada por esas medidas para incrementar la actividad de adquisición de esos nuevos operadores, o incluso lleven a la exclusión de estos del sistema, en función, como alegó BPCE en la vista, de la cuantía de los derechos exigidos en aplicación de dichas medidas.
81. No obstante, como señaló el Abogado General en el punto 131 de sus conclusiones, tal apreciación se integraría en el *examen de los efectos de esas medidas en la competencia, y no de su objeto*.
82. Así pues, debe apreciarse que el Tribunal General, bajo la apariencia de un examen de las «opciones» ofrecidas a los miembros del Groupement por las medidas consideradas en los apartados 161 a 193 de la sentencia recurrida, a cuyo término concluyó en el apartado 194 de esta que «el MERFA dejaba en la práctica dos opciones a los bancos sometidos a este, la del pago de un derecho o la limitación de la emisión de tarjetas CB*», apreció en realidad los efectos potenciales de esas medidas*, y analizó las dificultades de los bancos para desarrollar la actividad de adquisición, basándose en los datos del mercado, en las declaraciones de algunos bancos y en documentos obtenidos en las inspecciones, *y de esa manera el propio Tribunal puso de manifiesto que las medidas en cuestión no se pueden considerar, «por su misma naturaleza», perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.*
…
87. De ello se sigue que el Tribunal General *no podía calificar las medidas consideradas como restricciones de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y al hacerlo cometió un error de Derecho*.
88. Toda vez que, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 54 de esta sentencia, *las intenciones que animaban al Groupement no pueden bastar por sí solas para acreditar la existencia de un objeto anticompetitivo*, y dado que por lo demás el mismo Tribunal General indicó en los apartados 134, 136 y 267 de la sentencia recurrida que el análisis de esas intenciones se había realizado a título complementario y confirmativo, las apreciaciones expuestas por el Tribunal General en ese sentido en los apartados 251 a 266 de dicha sentencia tampoco pueden justificar esa calificación, sin que sea preciso examinar los argumentos aducidos por el recurrente sobre esa cuestión.
89. Considerados en conjunto, los errores cometidos por el Tribunal General acerca de los criterios jurídicos pertinentes para apreciar la existencia de una restricción de la competencia «por el objeto», la motivación de la sentencia recurrida y la calificación de las medidas consideradas

Groupement des cartes bancaires es una "agrupación de interés económico francesa creada en 1984 por los principales establecimientos bancarios franceses para llevar a cabo la interoperabilidad de los sistemas de pago y de retirada de efectivo por tarjetas bancarias (en lo sucesivo, "tarjetas CB") emitidas por sus miembros (en lo sucesivo, "sistema CB"). Esa interoperabilidad permite en la práctica que una tarjeta CB emitida por un miembro del Groupement sea utilizada para realizar pagos en todos los comercios afiliados al sistema CB a través de cualquier otro miembro del Groupement y/o retiradas de efectivo en los distribuidores automáticos de dinero (DAB) explotados por todos los otros miembros". Groupement notificó a la Comisión diversas reglas proyectadas para el sistema CB consistentes en particular en tres medidas tarifarias.

La Comisión entendió que Groupement había establecido acuerdos secretos anticompetitivos (medidas tarifarias). En consecuencia, le ordenó poner fin a la infracción. Interpuesto el consiguiente recurso, el Tribunal General lo desestimó. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, el Tribunal lo estima, anulando la sentencia del Tribunal General. La cuestión controvertida versa, en última instancia, en el grado de certeza sobre los efectos nocivos, para la competencia, del acuerdo. Mientras que el Tribunal General se limitó a analizar el objeto para deducir que se trataba de un acuerdo con efectos nocivos por su naturaleza, por lo que era innecesario el análisis de los efectos, el Tribunal de Justicia entiende que no. Que no se trataba de un acuerdo que, por su naturaleza, fuese objetivamente nocivo por lo que era imprescindible analizar los efectos, lo que no hizo el Tribunal General, lo que supuso el incumplimiento de lo dispuesto en el Derecho (art. 101 del TFUE) y una dejación de funciones en orden a dispensar el control que le corresponde, con el añadido de que dio por bueno el juicio de la Comisión, o sea, aplicó una

---

a la luz del artículo 81 CE, apartado 1, *revelan además una carencia general de análisis por parte del Tribunal General y muestran una falta de examen completo y profundo de los argumentos de los demandantes y de las partes que solicitaban la anulación de la Decisión controvertida*.
90. *Al limitarse en numerosas ocasiones, y en particular en los apartados 126 a 136 de la sentencia recurrida, a reproducir el contenido de la Decisión controvertida, el Tribunal General se abstuvo de controlar, aun estando obligado a hacerlo, si los factores apreciados por la Comisión en esa Decisión le permitían concluir válidamente que las medidas consideradas, por sus términos, sus objetivos y su contexto, tenían un grado de nocividad para la competencia suficiente para considerar que su objeto era restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y, por tanto, si esos factores constituían la totalidad de los datos pertinentes que debían considerarse a ese efecto*".

deferencia hacia la autoridad de defensa de la competencia, reproduciendo, sin más, sus consideraciones.

La doctrina de las restricciones por su objeto actúa como un espejismo. Basta localizar que se trata de una restricción objetiva, para renunciar a cualquier otra investigación/control añadido. Un acuerdo que tenía, en resumen, una suerte de ordenación/regulación del funcionamiento de las tarjetas de crédito entre entidades, fue retorcido para hacerlo encajar entre los acuerdos sobre precio, clientela o mercados que son aquellos manifiestamente, por su naturaleza, contrarios a la competencia. Sin más. Cuando el análisis del objeto revela que no encaja en dichas coordenadas, debe operar el análisis de los efectos. Cuando no se hace, por su dificultad, tanto la autoridad como el Tribunal, está renunciando al ejercicio de las funciones que tienen encomendadas.

8.3. Sanción

La imposición de la sanción es otro ámbito propicio para la dogmática de lo reglado. Según este planteamiento, una vez apreciada la infracción y determinada la responsabilidad, la Administración concreta la sanción. El Tribunal ejerce un control pleno, de hecho y de Derecho, que, incluso, se extiende hasta la posibilidad de la sustitución de la Administración en cuanto a la sanción impuesta[116]. El problema es cuando la ley, al fijar las sanciones, lo hace estable-

---

[116] El Tribunal de Justicia de la Unión de 26 de enero de 2017, Villeroy & Boch / Comisión, asunto C-644/13 P, apartados 67 a 69, ha recordado la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión en los siguientes términos:
"67. De reiterada jurisprudencia se desprende que el control de legalidad establecido en el artículo 263 del TFUE implica que el juez de la *Unión ejerza un control, tanto de hecho como de Derecho, de la decisión impugnada a la luz de las alegaciones formuladas por la demandante y que tenga la facultad de valorar las pruebas, de anular dicha decisión y de modificar el importe de las multas* (véase la Sentencia de 10 de julio de 2014, Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 53 y jurisprudencia citada).
68. El control de legalidad se completa con la competencia jurisdiccional plena que reconoce al juez de la Unión el artículo 31 del Reglamento 1/2003, conforme al artículo 261 del TFUE. *Esta competencia faculta al juez, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta* (véase la Sentencia de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartado 63 y jurisprudencia citada).
69. Para cumplir los requisitos del control de plena jurisdicción a los efectos del artículo 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea por lo que respecta a la multa, *el juez de la Unión está obligado, en el ejercicio de las competencias que establecen los artículos 261 y*

ciendo unos márgenes muy amplios. Es lo que sucede en el campo de la defensa de la competencia. Como he comentado, la ley se limita a fijar un tope. El 5, el 10 o el 15 por 100 del volumen de negocios total. Hasta llegar a ese tope, la Administración disfruta de un considerable margen. El problema se plantea cuando hay que determinar cuál es la multa justa/legal a la luz de la infracción y responsabilidades. Entender que hay, como digo, una única solución es una opinión voluntarista. La que fija la Administración es objeto de revisión por los Tribunales. Solo un voluntarismo atroz nos conduce a entender que esa única solución justa/legal es la que los Tribunales deciden en cada caso. Es tan discutible como la de la Administración. Tiene el beneficio de que su opinión es la última en pronunciarse. Tienen el poder de la última palabra. Es en virtud de ese poder que su elección es la justa y legal. No es el Derecho porque este ha querido que se ha de elegir/decir entre unos márgenes, además, muy considerables.

Es una materia muy controvertida el cómo se calculan las multas. No solo hay un tope muy genérico, sino, además, el cómo se calculan dentro del margen delimitado por tal tope.

Desde la Sentencia de 29 de enero de 2015 (Casación 2872/2013), fundamentos jurídicos quinto a séptimo, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores, las de 30 de enero de 2015 (Recurso 2793/2013), 30 de enero de 2015 (Recurso 1476/2014) y 2 de octubre de 2015 (Recurso 2858/2014), y la más reciente, Sentencia de 15 de febrero de 2016 (Recurso 3853/2013), se ha consolidado un cuerpo de doctrina jurisprudencial en relación a la interpretación a dar al artículo 63 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

El artículo 63 Ley 15/2007 fija el importe de las multas mediante la referencia a un porcentaje (1, 5 y 10 por 100) del "volumen de negocios total de la empresa infractora". La cifra que resulte sería el límite superior ("hasta") del importe. Se entiende que la multa, por consiguiente, no podría superar dicho importe. Por ejemplo, las infracciones muy graves se sancionan "con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".

---

263 del TFUE, a examinar toda imputación, de hecho o de Derecho, que tenga por objeto demostrar que el importe de la multa no está en consonancia con la gravedad y la duración de la infracción (véase la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apartado 75 y jurisprudencia citada)".

El precepto legal admite dos interpretaciones. La primera, la de la CNMC (en concreto, la extinta Comisión Nacional de la Competencia), que la había establecido en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. Según la interpretación habría una suerte de libertad al fijar la multa pero que, a posteriori, habría que ajustar el importe para que no superase el límite fijado en la ley. Sería este límite como un "límite extrínseco" que moderaría o modularía el importe efectivo de la multa. Esto supone que la CNMC tendría una potestad para fijar el importe, pero que luego, al procederse a la específica determinación de la multa, debería ajustarse, como digo, al límite extrínseco impuesto por la ley. El primero sería lo que la Comunicación de la CNMC denomina como "importe básico de la sanción", sin sujeción a escala alguna. Se le añade los coeficientes de ajuste según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien. Una vez establecido este monto, se le aplica el límite correspondiente. Este método produce un sesgo al alza del importe de las multas. Por ejemplo, si el "importe básico de la sanción" se fija en 1.000 millones y el 10 por 100 del volumen total de negocios es de 100 millones. La multa será de 100 millones.

En cambio, el Tribunal Supremo sostiene otra interpretación. Rechaza el importe básico y considera que la sanción se ha de fijar "directamente" sobre los límites de la ley. La sanción habrá de ser el porcentaje sobre el volumen de negocio que resulte aplicable a la infracción correspondiente. Esto quiere decir que, siguiendo con nuestro ejemplo, si el 10 por 100 del volumen de negocio es de 100 millones, la multa tendrá este tope por lo que, a partir de este tope deberá ajustarse, usualmente, a la baja.

Imaginemos una empresa con un volumen de negocios de 100 millones. El 10 por 100 son 10 millones. La multa habrá de tener este tope (hasta) por lo que se deberá ajustar, pero con el tope mínimo de las infracciones leves (5 por 100). O sea, la sanción estará entre los 10 y los 5 millones. Entre estos dos topes se deberá ajustar la sanción correspondiente de la CNMC en función del principio de proporcionalidad, o sea, teniendo en cuenta el grado de participación y responsabilidad en la producción de la infracción.

Si se aplicase el método de cálculo/fijación de la Comunicación de la CNMC, primero se fijaba el importe básico, por ejemplo, 1.000 millones. Y luego se ajus-

taba en atención al volumen de negocios, otros 100 millones. Siendo así que el tope es el de 10 por 100, de dicho volumen, la cifra que resulta es de 10 millones. Pero este no operaría como tope a partir del cual se lleva a cabo el posterior ajuste, sino que sería el importe final. Como se comprueba, hay un sesgo al alza.

El Tribunal Supremo rechaza, en las sentencias indicadas, este método de cálculo del importe de las sanciones. Las sanciones se calculan sobre el porcentaje del volumen de negocios. Se obtiene un límite que no podrá superarse. A partir de dicho límite, aplicando el principio de proporcionalidad, se deberá ajustar el importe concreto de la sanción a imponer.

Ahora bien, hay un segundo problema. Una vez fijado el tope, como establece el Tribunal, habrá que concretar, respetando dicho tope, cuál es la que efectivamente corresponde a la infracción y a la responsabilidad apreciada. En definitiva, el Tribunal ha establecido una metodología para la fijación, pero solo en lo que concierne al punto de partida (el tope respecto del volumen de negocio) pero, respetando tal tope, ¿cómo se fija? El margen de apreciación viene a ser considerable, máxime cuando deberá tener en cuenta los criterios para agravar y atenuar la responsabilidad.

CONCLUSIONES

El poder, el control del poder, es la gran cuestión, la eterna cuestión del Derecho administrativo. En todos los ámbitos. El de la regulación y el de la defensa de la competencia no podía ser menos. Sea considerado reglado o discrecional, el poder no puede quedar liberado del control. Si así fuese, incurriría, por una suerte de ley natural, en la arbitrariedad.

En el ámbito de la defensa de la competencia, donde una autoridad independiente disfruta de un inmenso poder, el control es imprescindible. Se le podrá y se le deberá reconocer un margen de apreciación, pero el control debe seguirse produciendo.

El Tribunal de Justicia ha recordado, en la Sentencia de 11 de septiembre de 2014 (asunto C-67/13 P; Groupement des cartes bancaires/Comisión), las grandes coordenadas de este debate:

> "42. (...) hay que recordar que, conforme a las reglas de los Tratados UE y FUE sobre el reparto de competencias entre la Comisión y los Tribunales de la Unión, corresponde a la Comisión velar por la apli-

cación de los principios enunciados en los artículos 81 CE y 82 CE, bajo el control del Tribunal General y del Tribunal de Justicia (véase, en ese sentido, en especial, la Sentencia Masterfoods y HB, C-344/98, EU:C:2000:689, apartado 46).

43. También conviene recordar que el *principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión, actualmente recogido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (véase, en ese sentido, en especial, la Sentencia Chalkor/Comisión, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartado 52 y jurisprudencia citada).

44. Así pues, de la jurisprudencia de la Unión resulta que cuando el Tribunal General conoce, conforme al artículo 263 del TFUE, de un recurso de anulación de una decisión de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, debe ejercer en general, basándose en los medios aportados por el recurrente en apoyo de los motivos aducidos, un ***control completo*** sobre la concurrencia de las ***condiciones de aplicación de esa disposición*** (véanse, en ese sentido, las Sentencias Remia/Comisión, 42/84, EU:C:1985:327, apartado 34; Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartados 54 y 62, y Otis y otros, C-199/11, EU:C:2012:684, apartado 59). El Tribunal General debe también comprobar si la Comisión ha ***motivado*** su decisión (véanse en ese sentido las Sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 61 y jurisprudencia citada, y Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 60).

45. Al ejercer dicho control, el Tribunal General no puede basarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión, en virtud de la función que le asignan en materia de política de la competencia los Tratados UE y FUE, para renunciar a ejercer un ***control en profundidad tanto de hecho como de Derecho*** (véanse, en ese sentido, las Sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 62, y Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 61).

46. En particular, si bien es cierto que la Comisión dispone de un margen de apreciación en materia económica, en especial en materia de apreciaciones económicas complejas, ello no implica, como resulta del anterior apartado de la presente sentencia, que el Tribunal General deba abstenerse de ***controlar la calificación jurídica de datos de carácter económico realizada por la Comisión***. En efecto, aunque no corresponde al Tribunal General sustituir la apreciación económi-

> ca de la Comisión, que tiene la competencia institucional para ello, por la suya propia (véanse, en particular, en ese sentido, las Sentencias Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartado 145, y Frucona Košice/Comisión, C-73/11 P, EU:C:2013:32, apartado 89 y jurisprudencia citada), de una jurisprudencia ya bien asentada se deduce que el juez de la Unión no solo debe ***verificar la exactitud material de los medios probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia***, sino también comprobar si tales medios constituyen el ***conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de ellos*** (véanse, en ese sentido, en especial, las Sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 54 y jurisprudencia citada, y Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 59)".

El margen de apreciación o de decisión se podrá constituir como considere oportuno la ley. Se podrá atrincherar tras conceptos económicos complejos o técnicos o de otro tipo. Pero el control no puede desaparecer. El reto es cómo articularlo para que sea efectivo. A la vista de lo expuesto, se pueden formular las siguientes conclusiones:

En *primer* lugar, la Administración (en este caso, la Comisión, y extensible a la CNMC) tiene un margen de apreciación en orden a la aplicación de las disposiciones correspondientes, en particular, en materia de política de la competencia, que le ha sido reconocido por la ley; margen que se concreta en lo que denomina "apreciaciones complejas".

En *segundo* lugar, conforme al principio de tutela judicial efectiva, principio general del Derecho de la Unión, actualmente recogido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los Tribunales deben dispensar un "control completo" sobre la "concurrencia de las ***condiciones de aplicación***" de la disposición correspondiente. Esto quiere decir que la interpretación/aplicación de la regla jurídica que haga la Administración estará sometida al control "completo" de los Tribunales.

En *tercer* lugar, el problema jurídico es el cómo llevar a cabo dicho control completo y, al mismo tiempo, respetar el margen de apreciación que la ley le atribuye a la Administración. Completud del control, pero, al mismo tiempo, res-

petando dicho margen; esto quiere decir, respeto a la decisión/elección que haga la Administración, pero, lógicamente, dentro del margen atribuido por la ley.

En *cuarto* lugar, la completud del control se proyecta tanto sobre el elemento fáctico de la regla como el elemento jurídico. El control de *hecho* se traduce en el control de cómo la Administración interpreta la descripción fáctica de la regla y su aplicación al supuesto de hecho correspondiente, lo que supone revisar: la apreciación de los hechos, los medios utilizados para la acreditación de los mismos, si la apreciación es la adecuada o correcta para deducir la consecuencia jurídica que la regla establece y en los términos en que la Administración la ha establecido. Por lo tanto, se trata de una revisión completa de la exactitud fáctica de la correspondencia entre los hechos de la regla y los hechos fácticos (Hr = Hf) que así lo ha establecido la Administración. Esto quiere decir que la relación o correspondencia es fruto de una decisión de la Administración.

Por ejemplo, si la regla es la prohibición de todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (art. 1 Ley 15/2007), una vez interpretado qué es lo que se entiende por "acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional", o sea, fijado Hr, la Administración procede a determinar cuáles son los Hf, o sea, apreciar si, efectivamente, dada cierta conducta, debidamente acreditada (Hf), encaja o no dentro de Hr. A tal fin, deberá servirse de todos los medios probatorios, todos los elementos que le permita establecer la correspondencia entre los hechos, el de la regla Hr y el del caso concreto Hf. Una vez establecida esta relación, es la regla la que deduce la consecuencia jurídica: la prohibición y, en su caso, la imposición de la sanción correspondiente.

La "igualación" o correspondencia entre Hr y Hf es la operación que en técnica jurídica se denomina calificación jurídica. A los Hf se les atribuye las condiciones o características institucionales que la regla atribuye a Hr. Los Hf quedan calificados como Hr.

En *quinto* lugar, también el Tribunal debe realizar una revisión de la cuestión de Derecho. No basta con apreciar y calificar los hechos. La consecuencia jurídica, la prevista por la regla, admite distintos grados e, incluso, tipologías.

La prohibición no conduce, necesariamente, ni a la sanción ni, incluso, a la cesación. Hay todo un elenco de decisiones a tomar que la Administración deberá administrar aplicando los principios o reglas generales a los que debe sujetarse cuando ejerce cualquier potestad que incide en la esfera de derechos, cualquier potestad de intervención. Los principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y *favor libertatis*. También, en este ámbito, el control ha de ser completo.

En *sexto* y último lugar, el Tribunal tanto en las cuestiones de hecho como de Derecho, debe efectuar un control de arbitrariedad, esto quiere decir que, sea cual fuese la decisión/elección de la Administración, en ningún caso puede ser irrazonable. Es el límite último. El que no puede ser superado en ningún caso.

Bibliografía

AA.VV. (2017): La lucha contra las restricciones de la competencia, Ed. Comares, Granada.

Betancor, A. (2019): Derecho administrativo. Libro electrónico (iBook & Kindle), Madrid, 2019, ISBN 978-84-617-3837-3, pp. 800.

Betancor, A. (2014): Derecho ambiental, Ed. La Ley, grupo Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid, 2014, pp. 1860.

Betancor, A. (2010): Regulación: mito y Derecho, Ed. Civitas, Cizur, 2010, pp. 700.

Betancor, A. (2009): Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios, Fundación Rafael del Pino & Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 373.

Cachafeiro García, F. (2017): "Terminación convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del Derecho de la competencia", en AA.VV. La lucha contra las restricciones de la competencia, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 185 y ss.

Carlón Ruíz, M. (2014): La Comisión nacional de los mercados y de la competencia, Carlón Ruiz (directora), Ed. Civitas, Cizur, 2014.

Costas Comesaña, J. (2017): "La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España", en AA.VV. La lucha contra las restricciones de la competencia, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 11 y ss.

García Ureta, A. (2008): La potestad inspectora en el Derecho comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites, Iustel, Madrid, 2008.

Guillén Caramés, J. (2015): "Régimen jurídico de los requerimientos de información efectuados por las autoridades de competencia", Revista de Administración Pública, núm. 197, pp. 41-89.

Guillén Caramés, J. (2010): Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

Laguna De Paz, J.C. (2009): "Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia"; Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 5, pp. 33-64.

Marcos Fernández, F. (2017): "Cese de la infracción, remoción de efectos e imposición de obligaciones estructurales y de conducta", en AA.VV. La lucha contra las restricciones de la competencia, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 123 y ss.

Massaguer, J. y otros (2012): Comentario a la Ley de defensa de la competencia, Ed. Civitas, Cizur, 2012.

Rebollo Puig, M. (2014): "Potestades inspectoras y sancionadoras", en Carlón Ruíz.

Rebollo Puig, M. (2013): "La actuación inspectora", en Función inspectora (Dir. J.J. Díez Sánchez), INAP, 2013.

Zurimendi Isla, A. (2017): "La indemnización de los daños y perjuicios" en AA.VV. La lucha contra las restricciones de la competencia, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 609 y ss.