

Juan Delgado Urdanibia\*

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

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

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

## 1. Introducción

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

En el último siglo se han desarrollado en todo el mundo sistemas de defensa de la competencia (SDC) consistentes en legislación, instituciones y políticas

que persiguen mejorar el funcionamiento de los mercados con el fin de incrementar el bienestar de los consumidores. Desde la promulgación a finales del Siglo XIX de la *Sherman Act* en EE UU, el número de países con SDC ha aumentado considerablemente. Hoy en día, todas las grandes economías del mundo tienen su propio SDC.

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

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

---

\* Director de Global Economics Group.

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

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

El origen de los SDC se remonta a EE UU a finales del Siglo XIX<sup>1</sup>. En aquel entonces, diversas corporaciones adoptaron formas legales específicas (los llamados «trust») a través de los cuales podían ejercer control sobre varias corporaciones sin estar sujetos a las legislaciones estatales. Comenzó entonces un proceso de concentración horizontal que llevó a la formación de poderosas corporaciones como Standard Oil y otras corporaciones en importantes sectores como el ferroviario, textil, alimentación<sup>2</sup>, etc. El funcionamiento de los trust era similar: con el objeto de reducir la producción y subir los precios, concentraban la producción en unas pocas

plantas y cerraban el resto<sup>3</sup>. Como respuesta a esta estrategia, varios estados aprobaron sus propias leyes antitrust que culminaron con la aprobación de la *Sherman Act* en 1890.

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

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

<sup>1</sup> Véase COLLINS (2013) para un análisis detallado de los orígenes de la legislación de competencia.

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

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

promover la creación de grandes empresas europeas que contribuyesen a la creación de un mercado único<sup>4</sup>.

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

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

El desarrollo internacional de los SDC ha sido significativo en las últimas décadas. Actualmente, más de 120 países disponen de normativas de defensa de la competencia y de instituciones responsables de su aplicación. Grandes economías como China e India han introducido SDC en su legislación y su actividad sancionadora y de control de concentraciones ha ido aumentando año tras año. El ámbito competencial,

el grado de actividad y la independencia difieren según la jurisdicción, pero los principios subyacentes en todos los SDC son comunes. Además de autoridades nacionales existen organismos supranacionales con más o menos competencias sobre la aplicación de la normativa de competencia en varios países como la Comisión Europea<sup>6</sup>, la EFTA Surveillance Authority<sup>7</sup>, la Comunidad Andina<sup>8</sup> y COMESA<sup>9</sup>. Por último, existen varios organismos de coordinación como la OCDE<sup>10</sup>, la International Competition Network (ICN)<sup>11</sup>, la European Competition Network (ECN)<sup>12</sup> y el Foro Latinoamericano de Competencia<sup>13</sup> que establecen mejores prácticas, promueven la cooperación en la aplicación de la normativa de competencia y garantizan la aplicación coherente de la normativa de defensa de la competencia en un mundo cada vez más globalizado.

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

#### Objetivos

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

<sup>4</sup> THATCHER (2014) analiza el proceso de creación, el desarrollo y los objetivos del control de concentraciones en Europa.

<sup>5</sup> Ver SÁNCHEZ (2018) para una descripción detallada del SDC español.

<sup>6</sup> [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)

<sup>7</sup> <http://www.eftasurv.int/>

<sup>8</sup> <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=322&tipo=TE&title=competencia-y-defensa-comercial>

<sup>9</sup> <http://www.comesa.int/comesa-members-states/>

<sup>10</sup> <http://www.oecd.org/competition/>

<sup>11</sup> <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

<sup>12</sup> <http://ec.europa.eu/competition/ecn/>

<sup>13</sup> <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/>

<sup>14</sup> ICN (2011) ofrece un análisis detallado del papel del bienestar del consumidor en distintos SDC del mundo.

## Funciones

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

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

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

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

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

## Instrumentos de los sistemas de defensa de la competencia

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

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

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

---

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

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

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

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

<sup>16</sup> En Finlandia, por ejemplo, la autoridad de competencia participa en grupos de trabajo de los ministerios para proponer cambios normativos.

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

#### 4. Retos de los sistemas de defensa de la competencia

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

##### Los objetivos de la defensa de la competencia

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

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

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

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

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

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

La crítica más reciente hacia el estándar de bienestar del consumidor proviene de los llamados «neobrandesianos», en honor al juez Louis Brandeis, que promovió la reforma del sistema estadounidense de defensa de la competencia como un instrumento de distribución democrática del poder<sup>19</sup>. Los defensores de esta corriente, surgida en paralelo con el desarrollo de las grandes empresas tecnológicas como Amazon

o Google, critican que el estándar del bienestar del consumidor no capture los efectos de la creciente concentración empresarial en el medio y largo plazo<sup>20</sup>. De acuerdo con esta crítica, el estándar del bienestar del consumidor se centra en los efectos a corto plazo de determinadas conductas sobre los precios finales, pero no promueve la competencia ni la apertura de los mercados. Además, no captura el impacto de la posible exclusión de competidores eficientes o el impacto sobre el bienestar social del ejercicio del posible poder «monopsonista» de estas grandes empresas sobre proveedores y trabajadores.

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

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

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

<sup>21</sup> WU (2018).

<sup>18</sup> WU (2018).

<sup>19</sup> KHAN (2018).

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

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

El impacto del poder de mercado sobre la desigualdad se canaliza vía precios: en ausencia de competencia, el poder de mercado hace aumentar los precios, lo que implica un mayor gasto para el consumidor y una transferencia de rentas hacia los accionistas de las empresas, que en su mayoría forman parte de la

población de mayor renta. La ausencia de competencia tiene el doble efecto de aumentar la renta de los individuos más ricos y reducir el poder adquisitivo del resto de la población<sup>23</sup>. Lyons (2017) también destaca que el patrón de consumo de los individuos con menor renta se concentra en bienes con demanda inelástica por lo que estos se verán más afectados por la existencia de poder de mercado. Ennis *et al.* (2017) estiman que, en media, la existencia de poder de mercado sería responsable de un aumento del 17 por 100 de la riqueza del 10 por 100 más rico.

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

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

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

<sup>22</sup> ENNIS *et al.* (2017), LYONS (2017) y DIERX *et al.* (2017).

<sup>23</sup> ENNIS *et al.* (2017).

<sup>24</sup> LESLIE (2014), BAKER y SHAPIRO (2008) y RUBINFELD (2008).

<sup>25</sup> BORK (1978).

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

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

### La defensa de la competencia en la economía digital

Parte del debate sobre los objetivos del derecho de la competencia ha estado motivado por el auge de los gigantes de Internet (Alphabet —matriz de Google—, Amazon, Apple, Facebook y Microsoft) y por la percepción del elevado poder político y económico de las grandes

corporaciones. En palabras de *The Economist*<sup>26</sup>: «las viejas formas de pensar sobre la competencia, articuladas en la era del petróleo, resultan arcaicas en la llamada ‘economía de los datos’... Se necesita un nuevo enfoque».

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

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

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

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

<sup>27</sup> EVANS y SCHMALENSSEE (2016) revisan de forma exhaustiva el funcionamiento de los mercados de plataformas y los factores que determinan su dinámica competitiva.

<sup>28</sup> EVANS y SCHMALENSSEE (2014) analizan los distintos factores que determinan el grado de concentración en los mercados multilaterales.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Las posibilidades de incurrir en incoherencias se multiplican en los mercados digitales, debido a su naturaleza global y al carácter universal de los productos y las conductas. Las conductas por las que ha sido sancionada Google no son exclusivas del Espacio

Económico Europeo, sino que se repiten en todos los países en los que opera. Se da la paradoja de que las conductas declaradas ilegales en Europa no han sido sancionadas en otros territorios, por lo que Google se vería obligada a adaptar su estrategia comercial a los distintos territorios donde opera.

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

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

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

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

---

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

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

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

## 5. Conclusiones

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

— Una aplicación más estricta del estándar de bienestar del consumidor introduciendo elementos de carácter dinámico en su análisis permitiría alcanzar

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

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

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

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

<sup>31</sup> DG COMPETITION - *Strategic Plan 2016-2020*, pp. 40-45. Disponible en [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/comp\\_sp\\_2016\\_2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/comp_sp_2016_2020_en.pdf)

la aplicación de la política de la competencia a nivel global<sup>32</sup>.

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

## Referencias bibliográficas

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

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

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

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

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

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

[7] EVANS, D. S. y SCHMALENSEE, R. (2014). «The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses». En BLAIR, R.

y SOKOL, D. (eds.), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, vol.1, Oxford University Press.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>32</sup> «Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century». [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hearings-competition-consumer-protection-21st-century/hearings-announcement\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hearings-competition-consumer-protection-21st-century/hearings-announcement_0.pdf)