Competencia, control jurisdiccional y análisis económico en clave institucional: un debate entre la visión jurídica y económica sobre la gobernanza de los mercados

Santiago Soldevila Fragoso
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y exjuez del Tribunal General de la Unión Europea.

Amadeo Petitbò Juan
Catedrático de Economía Aplicada y expresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Este artículo se divide en dos partes: una jurídica y otra económica. Aunque abordan aspectos diferentes, ambas persiguen el mismo objetivo: explicar el debate actual sobre las cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia ante los tribunales y las autoridades de defensa de la competencia (ADC), destacando los principales puntos de acuerdo y planteando una cuestión que sigue abierta al debate.

Palabras clave: autoridades de defensa de la competencia, Derecho de la competencia, Derecho administrativo, bienestar social, control jurisdiccional.

Competition, Judicial Review, and Economic Analysis from an Institutional Perspective: A Debate Between Legal and Economic Approaches to Market Governance

This article is divided into two parts: one legal and the other economic. Although they address different aspects, both pursue the same objective: to explain the current debate surrounding competition law enforcement before the courts and competition authorities (CAs), highlighting the main areas of agreement and raising a question that remains open to debate.

Keywords: competition authorities, competition law, administrative law, social welfare, judicial review.

El presente artículo se basa, en buena parte, en la ponencia presentada por sus autores en el 4.º Congrés d'Economia i Empresa de Catalunya, organizado por el Col·legi d'Economistes de Catalunya. Agradecemos la colaboración del profesor Joaquín Artés y los valiosos comentarios de un evaluador anónimo. El titular de la primera parte es Santiago Soldevila Fragoso y el de la segunda, Amadeo Petitbò Juan.

Versión de julio de 2026.
https://doi.org/10.32796/ice.2026.944.7993

Introducción[1]

En su manual de economía, Mankiw (2007, p. 7) define una economía de mercado como aquella «que asigna los recursos por medio de decisiones descentralizadas de muchas empresas y hogares cuando interactúan en los mercados de bienes y servicios». Es decir, se trata de un sistema de información y coordinación en el que las decisiones se toman de forma descentralizada, sin contemplar la planificación por una autoridad central; los compradores y vendedores actúan libremente en el mercado y los recursos se asignan mediante los precios que, a su vez, reflejan las condiciones de la oferta y la demanda, de acuerdo con las preferencias, los costes, la escasez y el grado de competencia. En este contexto, el libre mercado es aquel en que los intercambios son el resultado de la cooperación voluntaria entre las personas, los precios se determinan en condiciones competitivas y el Estado, pese a mantener funciones básicas, no interviene en los procesos productivos ni en la fijación de los precios.

De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución española (CE): «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». La CE también reconoce la garantía y protección de la libertad de empresa por los poderes públicos «de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación». Además, el artículo 128.2 CE introduce un matiz al principio general del artículo 38, al reconocer la iniciativa pública en la actividad económica y 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 exigiere el interés general». Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 131 CE: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución».

El conjunto de referencias anteriores podría conducir a suponer que todo es posible: desde la libertad de mercado total hasta la planificación de la actividad económica general cuando así interesare a los gobiernos. Todo ello, aderezado con conceptos sujetos a interpretación jurídica y económica y a las distintas lecturas que de ellos pueden hacerse: «necesidades colectivas», «equilibrar y armonizar» o «más justa distribución», por ejemplo. Pero tal interpretación, pese a haber sido sostenida por algunos autores, no sería correcta.

La articulación correcta y coherente de los mencionados artículos debe apoyarse en el principio de que el artículo 38 CE debe ser interpretado desde la perspectiva de que la economía de mercado supone una garantía constitucional y un respeto al ordenamiento de la Unión Europea que debe ser acatado por el conjunto de los Estados miembros. En consecuencia, cualquier intervención por parte del poder legislativo que suponga imponer límites o condiciones a la economía de mercado no debe alterar el fondo de dicha garantía constitucional. En otras palabras, con la CE como referencia, de forma similar al necesario

[1] Esta Introducción se ha beneficiado de las sugerencias del profesor Manuel Aragón.

respeto a los límites sobre los derechos fundamentales, la «imagen maestra»[2] de la garantía constitucional debe ser respetada y defendida, no habiendo lugar para su vulneración o alteración.

En el marco de la CE, las libertades económicas y las libertades políticas están íntimamente entrelazadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.1 CE. Esto supone que el poder legislativo, el poder judicial y, por supuesto, las autoridades de defensa de la competencia (ADC) deben acatar los principios incluidos en la «imagen maestra» de la CE y, en el caso de las ADC, proceder a su defensa de acuerdo con las normas que las regulan. Asimismo, el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica y de la capacidad de los poderes públicos para reservar la gestión de recursos o servicios esenciales —especialmente en el caso de un posible monopolio— (artículo 128.2 CE) debe respetar los principios de libertad de empresa y de iniciativa privada en la actividad económica. Del mismo modo, no puede anular el sometimiento de la iniciativa pública a las normas de defensa de la competencia, debidamente protegidas por la CE. Lo mismo puede decirse de la planificación económica que, de acuerdo con lo dicho, no admite la posibilidad de planificar el conjunto de la economía, pues ello sería contrario al debido acatamiento de los principios de la economía de mercado. El mismo criterio se extiende a las referencias a la iniciativa pública, a la capacidad de reservar recursos o servicios esenciales a la gestión pública o a los poderes públicos, pues también en este caso dicha reserva no puede ser contraria ni a la libertad de empresa ni a la iniciativa privada. En otros términos, como norma general, la iniciativa pública, al igual que la iniciativa privada, está sometida a las normas de la libre competencia como ingrediente fundamental de la economía de mercado protegida por la CE.

Caben excepciones a estos principios generales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 128.1 CE, en relación con el interés general, y el artículo 131, en relación con la planificación para atender a necesidades colectivas, armonizar el desarrollo regional o sectorial, estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza o proceder a una distribución más justa de las mismas. Pero, en cualquier caso, de acuerdo con el principio constitucional general, las excepciones deben establecerse mediante ley respetando la exigida razonabilidad y proporcionalidad.

Lo dicho se refleja perfectamente en el preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007), en cuyo primer párrafo se incluye una declaración de intenciones, apoyada en los principios de la teoría económica, que justifica la pertinencia de la defensa de la economía de mercado y de la libre y leal competencia contempladas en la CE: «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 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». No descarta dicho

[2] La expresión «imagen maestra» ha sido utilizada, por ejemplo, por Solozábal (1991, p. 105) o Aragón Reyes (2006, p. 78).

preámbulo la intervención excepcional de los poderes públicos, pero reconoce los límites de dicha intervención: «sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales» o siempre y cuando contribuya a «garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado». Es decir, ante la eventualidad de fallos del mercado o razones inequívocas de interés general, cabe la regulación eficiente cuando contribuya a mejorar el bienestar de los consumidores y de la sociedad en general.

Desde esta perspectiva, la competencia debe ser interpretada como un bien jurídico cuyo objetivo último es la protección de los consumidores y el fomento del bienestar de la sociedad sobre la base del progreso económico y de la libertad de quienes intervienen en el mercado libre y lealmente. La competencia, en consecuencia, debe ser defendida. Dicha defensa se encomienda a las ADC y a los órganos jurisdiccionales sobre la base de un conjunto de normas que pueden ser analizadas desde una perspectiva económica y jurídica.

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

En este contexto, junto a los razonamientos jurídicos en apoyo de las pretensiones de las partes, no es infrecuente que se aporten los oportunos informes de naturaleza económica. En general, los análisis incluidos en tales informes no son excesivamente complejos y se traducen en conclusiones cuantitativas y cualitativas, debidamente razonadas y de aceptación general. Pero, en otros casos, los análisis pueden ser particularmente complejos y se apoyan en las modernas técnicas estadísticas y econométricas, reforzadas actualmente mediante el uso de la inteligencia artificial. Lógicamente, las perspectivas jurídica y económica son complementarias y se retroalimentan y perfeccionan mutuamente. Adicionalmente, las discusiones entre las partes en un litigio alcanzan una dimensión relevante cuando se confrontan los principios jurídicos defendidos por los juristas con los análisis económicos aportados por los profesionales de la economía y expresados en los correspondientes informes periciales. Finalmente, en los debates en sede judicial, o ante las ADC, prevalece la interpretación y la decisión del órgano judicial o administrativo.

El presente artículo consta de dos partes: la primera, de contenido jurídico, y la segunda, de contenido económico. No obstante, ambas tienen el mismo objetivo: exponer cuanto sucede en el debate sobre asuntos relacionados con la defensa de la competencia ante los órganos jurisdiccionales y las ADC, subrayando los puntos de acuerdo y dejando abierta una cuestión para el debate.

Primera parte

Respuesta europea al control judicial de la discrecionalidad administrativa: especial atención al *test* de racionalidad y al control de plena jurisdicción en el Derecho de la competencia

1. Planteamiento

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

Tradicionalmente se ha centrado en su dimensión pública; esto es, en la protección del orden público económico. El Estado español encomienda esta función a un organismo público dotado de autonomía respecto de la Administración central, como es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Su marco normativo está presidido por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, modificada por las Leyes 39/2010, de 22 de diciembre; 2/2011, de 4 de marzo; 3/2013, de 4 de junio; y 22/2013, de 23 de diciembre, así como por los Reales Decretos-leyes 8/2023, de 27 de diciembre; 5/2023, de 28 de junio; y 7/2021, de 27 de abril. Su desarrollo reglamentario se produjo por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

A esta versión de la defensa de la libre competencia desde el Derecho público se une el Derecho privado de la competencia, destinado a resarcir a los perjudicados por las prácticas anticompetitivas. Su regulación legal dimana de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, transpuesta al ordenamiento interno español, fundamentalmente, por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo.

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

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

La interrelación entre Derecho y Economía, inicialmente poco relevante o directamente inexistente, ha venido cobrando especial fuerza en el marco de la Unión Europea, singularmente desde principios del siglo XXI, a raíz de una serie de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dieron un giro total a dicha interrelación y que se analizan en el apartado 5 de este comentario.

En esta contribución se examinará un aspecto de la relación entre Derecho y Economía: concretamente, la extensión del control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la actividad de la CNMC en materia sancionadora y de concentraciones, así como

la función que los economistas pueden desarrollar en este ámbito. Para ello, es necesario conocer los fundamentos de la jurisdicción contencioso-administrativa y proyectarlos sobre esta realidad económica.

2. Razón de ser de la jurisdicción contencioso-administrativa

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

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

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

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

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

Así, en el capítulo «Economía y Derecho» de su obra *Economía y Sociedad*[3], Weber ([1922] 2009) dedicó un riguroso y preciso comentario a la diferencia que puede advertirse entre la justicia racional, que sería la propia de nuestro sistema de jurisdicción contencioso-administrativa, y la puramente emocional que identifica con el concepto de la «Justicia del Cadí», que era la dictada por los jueces musulmanes (cadíes), instalados en las mezquitas y que gozaban de gran autoridad en el ejercicio de su función.

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

Como acertadamente dejó apuntado el sociólogo alemán, no basta con la existencia de un órgano judicial de resolución de conflictos, sino que es necesario que el mismo esté también sujeto a reglas de actuación objetivas, comúnmente aceptadas y completas, pues,

[3] Un comentario más detallado al respecto se encuentra en López Ayllon (1998).

en caso contrario, habríamos sustituido un poder absoluto y arbitrario, el del Príncipe, por otro de la misma naturaleza, personificado en el subjetivismo irracional del cadí; en definitiva, del juez.

3. La esencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

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

Su naturaleza es, pues, revisora de la actuación administrativa y limita su competencia a verificar que la Administración ha adoptado una resolución acorde con la legalidad, sin que el juez pueda, cuando este ejerce potestades discrecionales, sustituirla ni pronunciarse sobre la oportunidad política o la conveniencia de una determinada resolución.

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

En definitiva, como señalan García de Enterría y Fernández ([1974] 1999, pp. 446 y ss.), esta es la problemática específica de la jurisdicción administrativa y constituye toda su singularidad, sin que, por tanto, nos encontremos ante excepciones a los principios ordinarios de actuación de la justicia, sino ante una adaptación de estos a la materia sobre la que se aplican.

4. La extensión del control judicial en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)

4.1. La intensidad del control jurisdiccional y el estándar de prueba exigible para tener por acreditada una determinada conducta

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

El concepto «intensidad del control» se vincula justamente a los límites hasta los que puede llegar la intervención del juez administrativo, que, como ya hemos dicho, se contrae a realizar un control de legalidad sobre la actuación de la Administración, sin invadir las competencias que le son propias y que, por tanto, deben ser respetadas.

Sin embargo, cuando nos referimos al «estándar de prueba exigible», nos pronunciamos sobre el grado de convicción que la Administración debe producir ante el juez para que este considere acreditados los elementos de hecho que contiene la resolución administrativa.

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

4.2. Las dos manifestaciones de la intensidad del control: los controles limitado y completo

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

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

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

4.3. El mal llamado por la doctrina general y la jurisprudencia «control limitado»

De entrada, ya advertimos sobre la desafortunada denominación de este tipo de control, que ha provocado importantes niveles de confusión, pues la «limitación» del control no se refiere a su intensidad, sino al obligado respeto constitucional de los márgenes de actuación de la Administración y de sus competencias ejecutivas en el marco de la división de poderes, como ya anticipamos en el apartado 2.

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

En este supuesto, el juez ejerce su control sobre todos los elementos de hecho y de derecho de la actuación administrativa, con la siguiente particularidad: en relación con los hechos y el derecho aplicado, el control es integral, lo que significa que es competente para enjuiciar dichos elementos y declarar, si ello fuera necesario, su falta de acreditación o la incorrecta aplicación de la normativa invocada, lo que determinaría la nulidad de la resolución impugnada.

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

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

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

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

En definitiva, y en palabras de la capital sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, asunto C-12/03 P[4], apartado 39: «Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no solo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado».

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

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

Por tanto, constituye una estrategia equivocada que un perito economista trate de convencer al juez de que existe una interpretación alternativa a la empleada por la Administración, pues todo el esfuerzo impugnatorio, que debe cohonestar la argumentación jurídica y económica, debe concentrarse en demostrar la existencia de errores graves e incoherencias en la fundamentación de la resolución impugnada.

[4] Comisión de las Comunidades Europeas contra Tetra-Laval BV.

Es en este contexto en el que se invoca, de acuerdo con una jurisprudencia mayoritaria y plenamente consolidada, el denominado «control de racionalidad» de la actividad de la Administración (Valindas, 2017).

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

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

En primer lugar, la temprana sentencia del Tribunal de Justicia dictada el 13 de julio de 1966 en los asuntos 56 y 58/64, Costen-Grundig, contiene una expresión que ha perdurado en la jurisprudencia hasta nuestros días y que ha dado lugar a muchos equívocos.

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

En segundo lugar, sobre esta base, el Tribunal de Justicia adoptó una posición pasiva ante la Comisión, reconociéndole un amplio margen de discrecionalidad exento de un control jurisdiccional efectivo respecto de la valoración de lo que debía entenderse por «apreciaciones económicas complejas».

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

En tercer lugar, mediante la sentencia de 31 de marzo de 1998, asunto C-68/94, Kali und Salz, apartados 228 y siguientes, el Tribunal de Justicia anuló, por primera vez, una resolución de la Comisión en materia de concentración económica, lo que supuso una llamada de atención por parte de la jurisprudencia.

En cuarto lugar, un importante y ya definitivo cambio en la jurisprudencia se produce a iniciativa del Tribunal de Primera Instancia, con las importantes sentencias de 22 de marzo de 2000, asunto T-125/97, Coca-Cola/Comisión; de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99, Airtours/Comisión; de 22 de octubre de 2002, asunto T-310/01, Schneider Legrand/Comisión; y la de 25 de octubre de 2002, asunto T-5/02, Tetra Laval/Comisión.

En quinto lugar, esta última sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, antes citada, consolidando así el definitivo giro jurisprudencial

en materia de control jurisdiccional de operaciones de carácter económico, giro que se concreta en su apartado 39 en los términos antes expuestos.

En sexto lugar, a partir de este momento, se abandona la doctrina del control del error manifiesto de apreciación de la Comisión como margen de control de los Tribunales de la Unión y se impone al juez, de entrada, la obligación de verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados en la resolución, su fiabilidad y su coherencia.

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

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

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

En octavo lugar, si bien estas sentencias se refieren a operaciones de concentración económica, su doctrina se aplicó de manera expansiva a todos los supuestos de sanciones por infracción del Derecho de la competencia e, incluso, con carácter general, al control de todo tipo de resoluciones de la Administración dictadas en el ejercicio de facultades discrecionales.

En noveno lugar, debe añadirse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini Diagnostics, cuya doctrina ha tenido una influencia sustancial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, como ponen de manifiesto, entre otras, las sentencias de 8 de diciembre de 2011, Chalkor AE Epexergasias Metallon/Comisión (asunto C-386/10 P); de 18 de julio de 2013, Schindler Holding Ltd y otros/Comisión (asunto C-501/11 P); y de 10 de julio de 2014, Telefónica y Telefónica de España/Comisión (asunto C-295/12 P), especialmente en sus apartados 53 y siguientes.

En décimo lugar, esta jurisprudencia destaca la obligación del juez de garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, a ser enjuiciado por un tribunal imparcial y mediante un juicio justo.

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

Por último, en definitiva, el concepto «apreciaciones complejas» no puede asimilarse a la idea de que la comprensión de la resolución administrativa es de difícil entendimiento,

pues lo único que indica dicha expresión es que la Administración al tomar su decisión debe valorar un número significativo de parámetros de distinta naturaleza. Eso es precisamente lo que determina su complejidad, como sinónimo, en realidad, de la heterogeneidad de elementos considerados[5].

6. Conclusiones de la primera parte

En un Estado de derecho, el control jurisdiccional de la Administración es una premisa irrenunciable que, en el ámbito del Derecho de la competencia, se manifiesta de la siguiente manera:

Por una parte, su intensidad, que es plena y se contrae a verificar la legalidad de la actuación administrativa, sin invadir sus competencias discrecionales, que deben ser respetadas. Doctrinalmente, se le ha calificado como control limitado.

Por otra parte, el estándar de prueba exigible por el juez para que este considere acreditados los elementos de hecho que se contienen en la resolución administrativa. Doctrinalmente, se le ha calificado como control pleno.

Aunque la terminología empleada puede llevar fácilmente al equívoco, en ambos casos, el juez realiza un control total de la actividad de la Administración, aunque lo hace de manera distinta.

Segunda parte

La teoría económica y la econometría en el análisis de los asuntos relacionados con la defensa de la competencia sustanciados ante las autoridades de defensa de la competencia y los órganos jurisdiccionales[6]

1. Planteamiento

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

Los economistas han contribuido a completar el análisis jurídico aplicado en los asuntos relacionados con la defensa de la competencia, ayudando a definir los contornos difusos

[5] Pronunciamientos judiciales europeos relevantes y recientes. De la teoría a la práctica: sentencia de 6 de septiembre de 2017, asunto C-413/14 P, Intel/Comisión; sentencia de 21 de diciembre de 2023, asunto C-124/21 P, International Skating Union/Comisión; sentencia de 25 de enero de 2024, asunto C-438/22, Em akaunt BG; sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, asunto C-48/22 P, Google LLC y Alphabet Inc./Comisión; sentencia de 19 de septiembre de 2024, asunto C-264/23, Booking; sentencia de 4 de octubre de 2024, asunto C-581/22, ThyssenKrupp AG; y sentencia de 24 de octubre de 2024, asunto C-240/22, Comisión/República Federal de Alemania.

[6] Un antecedente de esta Segunda parte se encuentra en Artés y Petitbò (s. f.).

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

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

En este punto cabe preguntarse: ¿qué necesitan las ADC y los órganos jurisdiccionales para enjuiciar los debates sobre asuntos complejos relacionados con infracciones de las normas de defensa de la competencia en sede administrativa o judicial, protagonizados, en particular, por economistas[7] dotados de buenos conocimientos en el campo de la teoría económica y de la econometría? Como han subrayado Niels, Jenkins y Kavanagh, la econometría se ha convertido en un elemento influyente en el campo del Derecho de la competencia (Niels *et al.*, [2011] 2016, p. 5). Sensatamente, no podemos prescindir de esta realidad.

En el presente apartado nos referiremos exclusivamente a las siguientes cuestiones: a) la realidad histórica que desemboca en la defensa y regulación de la competencia; b) la CNMC y el papel de la teoría económica y la econometría; c) el trabajo de los economistas y otros profesionales que actúan ante las ADC y los órganos jurisdiccionales aplicando la teoría económica y la econometría; d) una referencia a la aplicación de la teoría microeconómica y la econometría; e) la regulación de los informes económicos por parte de las ADC; f) la Guía de la CNMC para la presentación de informes económicos; g) una síntesis comparativa de los modelos regulatorios analizados; y h) las conclusiones y propuestas.

2. La historia y la plataforma teórica

La historia de la humanidad puede interpretarse también como la historia del poder y la coacción, ejercidos por el sector público o el sector privado, y la correspondiente resistencia y reacción de los perjudicados ante el ejercicio abusivo del poder. Mill ([1859] 1931, p. 14), en su *Ensayo sobre la libertad*, señaló que la historia de Grecia, Roma e Inglaterra revela que la característica más destacada de sus respectivos períodos había sido el combate entre la libertad y la autoridad.

[7] Aunque en dichos debates también participan profesionales de otras disciplinas.

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

El daño causado por los monopolios y las acciones contra la competencia cuenta con una dilatada historia. Aristóteles ([hacia 330 a. C.] 1994) puso de relieve los efectos de los monopolios cuando se refirió a Tales de Mileto y a Dionisio de Siracusa. Moro ([1516] 1996), en el libro primero de *Utopía*, tras hacer referencia a los incrementos de los precios de los víveres y de la lana, describió con precisión los daños causados por las restricciones a la competencia.

En el siglo XIV, los acuerdos restrictivos de la competencia ya fueron objeto de análisis en los tribunales. De acuerdo con Mund (1933, p. 11)[8], en el año 1329 los quemadores de cal (*lime-burners*) de Londres, siguiendo las instrucciones de Hugh Hecham, se pusieron de acuerdo para fijar un precio mínimo a sus productos. Por esta razón fueron condenados por conspiración y el instigador del acuerdo fue encarcelado. En el año 1344, un contable londinense interpuso una demanda ante los tribunales de la ciudad porque uno de sus competidores le obligó, bajo juramento, a vender sus bienes por debajo de un cierto precio. Dicho juramento fue declarado ilegal. En el caso conocido como *Candlemakers of Norwich* de 1414, un acuerdo de no competencia también fue declarado ilegal. Estos casos son ejemplos de que la competencia era restringida por la acción humana, pero no eliminada totalmente merced a la actuación de la justicia.

Bajo el reinado de Jacobo I se elaboró el *Statute of Monopolies* (1623)[9] que tuvo el asentimiento real el día 25 de abril de 1624. El *Statute* prohibía a los soberanos ingleses la concesión de nuevos privilegios monopolistas, respetando, no obstante, los derechos previamente adquiridos. Por su parte, la libertad de empresa se instauró en Francia merced a la Ley Le Chapelier (14 de mayo de 1791)[10].

En el caso de España, la preocupación por los daños causados por los monopolios ya estaba recogida en el *Libro de las Leyes de Alfonso X* (Alfonso X el Sabio, [1265?] 1872). La Ley II del Título II se oponía a la fijación de precios. De acuerdo con la *Guía de Alcaldes y Ayuntamientos*, aquella ley se consideraba vigente y el monopolio era considerado un delito que atacaba, «aunque indirectamente», el orden público (Jorge, 1847).

Los teólogos de la Escuela de Salamanca también se ocuparon de los daños causados por la falta de competencia, fijando su atención en la colusión, los monopolios y los monopsonios. Como ejemplos pueden señalarse las aportaciones siguientes: de Vitoria

[8] Otro ejemplo puede verse en Handler ([1937] 1951, pp. 10 y ss).

[9] https://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3/contents

[10] https://hgsempai.fr/doc_clic/fra_nouvelle/data/loiChapelier.pdf

([1534-1536] 2006), Saravia de la Calle ([1544] 1949), de Azpilcueta (1556), de Mercado ([1571] 1977) o de Molina ([1593] 2021).

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

El Código Penal (1848) trataba de las maquinaciones para alterar los precios o las condiciones del mercado en relación con los precios «naturales», resultado del ejercicio de las fuerzas del mercado en un contexto de libre competencia. Con ligeras modificaciones, sigue vigente, pero no se aplica.

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

De esta forma, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX se contaba con una plataforma teórica en el campo de la economía, junto con otra plataforma jurídica que, conjuntamente, ofrecían un conocimiento económico riguroso y sistemático de la competencia perfecta. En el campo de la economía pueden destacarse, como referencias, las aportaciones de Cournot ([1838] 1974), Edgeworth ([1881] 2000), Walras ([1877] 1965), Clark ([1899] 1956) y Knight (1921).

Con la eficiencia como referencia, Mason (1939, pp. 61-74; 1949, pp. 1262-1285) diseñó un nuevo esquema interpretativo que partía de la consideración de que los resultados[11] de los operadores económicos en los mercados relevantes dependían de sus conductas[12] y estas de la estructura del mercado[13]. Otro paso relevante se dio en el marco de la Escuela de Chicago, con Aaron Director[14] y George J. Stigler (1971, pp. 3-21) como referencias, y su empeño en combinar la teoría económica con el correspondiente análisis empírico. Posteriormente, el denominado «paradigma» de la economía industrial se perfeccionó con la consideración

[11] Eficiencia, pleno empleo y equidad, por ejemplo.

[12] Precios, publicidad, I+D, inversiones, estrategias empresariales y publicidad, por ejemplo.

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

[14] Aaron Director tuvo una gran influencia como editor en *The Journal of Law and Economics;* en particular, en el impulso del Análisis económico del Derecho.

de las condiciones básicas del mercado[15] y de los posibles efectos de las políticas públicas[16] sobre la estructura del mercado y la conducta de los operadores económicos, así como con la posibilidad de retroalimentación entre la conducta y la estructura del mercado y de esta con las condiciones básicas del mismo (véase, por ejemplo, Scherer y Ross ([1980] 1990, pp. 2 y ss.). Al paradigma siguieron el uso de la teoría de juegos, los desarrollos de la nueva economía industrial, la utilización creciente de la econometría, así como de la economía financiera y la economía del comportamiento. Y ahora es el momento de la inteligencia artificial.

Delimitado el marco de referencia que dio origen al convencimiento de que la competencia perfecta ofrecía los mejores resultados económicos y sociales, así como el paradigma de la economía industrial y la plataforma jurídica original, cuyo desarrollo se tradujo en legislaciones sólidas y progresivamente mejoradas orientadas a la defensa de la competencia libre y leal, procede analizar la utilidad de la teoría económica y de la econometría en el análisis de la competencia en los mercados, así como el papel de los economistas en el debate ante las ADC y los tribunales de justicia.

En este contexto, la vigente LDC 2007 acude a los principios de la teoría económica que se encuentran en cualquier manual moderno de teoría microeconómica o de economía industrial para justificar la política de defensa de la competencia que, a su vez, se incluye en el conjunto de políticas económicas eficientes. En efecto, en la Exposición de Motivos de la LDC 2007 se hace referencia a las virtudes de la competencia efectiva y a sus efectos positivos sobre los consumidores y las empresas y técnicas eficientes. En definitiva, sobre el bienestar del conjunto de la sociedad. Asimismo, se añade que, como instrumento de política económica, la política de defensa de la competencia se enmarca en las políticas de oferta, complementando otras iniciativas de regulación, de forma que se convierte en «un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía».

Queda claro, pues, que los economistas tienen aptitud para desarrollar una función relevante en el marco del análisis de las conductas contempladas en la LDC 2007.

3. La CNMC y el análisis económico

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

[15] Condiciones de la oferta y la demanda.

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

Afortunadamente, los hechos están cambiando. La CNMC ha abordado algunos expedientes tomando como referencia la teoría económica y empleando técnicas econométricas[17]. Lo mismo están haciendo las partes interesadas en los expedientes sometidos al escrutinio de la CNMC. Pero todavía puede sostenerse que, pese a los avances, el problema real que se plantea es la poca —en ocasiones, nula— atención que la CNMC dedica a la argumentación que aportan los economistas en el análisis de los expedientes[18]. Esta actitud de la CNMC no contribuye a fomentar el contraste de ideas dirigidas a entender la verdadera naturaleza de las cuestiones examinadas. El problema se agrava cuando son los jueces los que, pese a su excelente formación jurídica, deben examinar los documentos elaborados por los economistas, pese su escaso conocimiento de la teoría económica y sus dificultades para interpretar con el debido conocimiento los resultados de los análisis econométricos aportados.

Las nuevas generaciones de economistas disponen de un buen conocimiento de la teoría económica y del análisis econométrico necesarios para examinar problemas económicos relacionados con el funcionamiento de los mercados. Tales conocimientos son fácilmente aplicables al estudio de los casos examinados por la CNMC. De hecho, debe subrayarse que, en muchos asuntos, no es necesario el uso de modelos matemáticos o econométricos complejos, pues bastan las referencias a la teoría económica contenida en los buenos manuales de Economía Industrial, la utilización de modelos econométricos sencillos y contrastados y la utilización de datos fácilmente asequibles. Tales instrumentos, de fácil utilización, bastarían para confirmar o refutar las cuestiones planteadas. Asimismo, en las cuestiones que revisten mayores dificultades, el sentido común aconseja reforzar la cooperación entre los técnicos de las partes interesadas, la CNMC y los magistrados, con el fin de alcanzar la interpretación óptima del asunto analizado[19].

Consciente de la relevancia del análisis económico, la CNMC publicó una Guía[20] para la presentación de informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC (DCCNMC).

En todo caso, el camino que queda por recorrer es largo y complejo. Se ha mejorado en bastantes aspectos, pero la consideración de las revisiones judiciales revela que queda mucho trabajo por hacer. En efecto, un indicador de la calidad de las resoluciones de la CNMC es el resultado de las revisiones judiciales. Marcos (2023) ha estudiado esta cuestión sobre la base de las resoluciones dictadas en el período comprendido entre mayo de 2004

[17] Pueden mencionarse como ejemplos: el expediente C/1470/24, BBVA/Banco de Sabadell o el expediente S/DC/0552/15, AGIC.

[18] Como perito he podido constatar este hecho. Un ejemplo de lo dicho puede verse en la discusión mantenida en el expediente S/DC/0614/17, Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias. En la propuesta de resolución no se atendió al análisis econométrico aportado ni a la consideración del posible poder de dominio del contratante, entre otras cuestiones, siendo ambas referencias relevantes.

[19] En el fondo, se trata de evitar la maldición invocada por el juez Brandeis, citando al profesor Henderson: «Difícilmente puede evitarse llegar a la conclusión de que un jurista que no haya estudiado economía y sociología es muy probable que se convierta en un enemigo público» (Mason, 1931, p. 693).

[20] Guía para la presentación de informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC de 30 de septiembre de 2018. No figura la fecha de aprobación por el Pleno de la CNMC. https://www.cnmc.es/node/372213

y finales de abril de 2021. Se trata de 274 decisiones que han supuesto 1390 sentencias. Tal volumen de información confiere representatividad a los resultados.

El resultado del análisis de Marcos revela que el 51 % de las decisiones de la ADC española examinadas fueron confirmadas, el 30 % fueron anuladas en parte y el 19 % fueron anuladas completamente. En relación con las multas impuestas en el período 2004-2015, el 38 % fueron confirmadas totalmente, el 26 % fueron totalmente anuladas y el 36 % fueron reducidas por los tribunales.

Los datos del estudio permiten a su autor (Marcos, 2023, p. 55) sostener que las sentencias de los tribunales españoles que anulan multas de la ADC «no se basan en cuestiones formales o procesales: más de la mitad de las anulaciones completas de las multas se apoyan en motivos sustantivos, aunque hay un número no despreciable de decisiones anuladas por motivos procesales, incluyendo una docena de casos en los que las autoridades no cumplieron los plazos». El incumplimiento de los plazos es un indicador del insuficiente cuidado en el seguimiento de los procedimientos; algo que nunca debería suceder. Adicionalmente, Marcos (2023, p. 55) subraya que no es raro que transcurra más de una década desde el inicio de un caso hasta que el resultado del procedimiento y el correspondiente recurso adquieran carácter definitivo.

Otra cuestión relevante remite a la litigiosidad. Se recurre el 95,5 % de las multas. En el 62 % de las sentencias los recurrentes ganan total o parcialmente, resultado que incentiva la presentación de recursos; en particular, si se tiene en cuenta que las multas realmente pagadas se redujeron en un 43 % (de 1.670 millones de euros a 738 millones de euros) (Marcos, 2023, p. 54).

4. El papel de los economistas en el contexto de las discusiones ante las autoridades de defensa de la competencia y los órganos jurisdiccionales. El informe de la OCDE

Indican Niels, Jenkins y Kavanagh que la realización del correspondiente balance entre los efectos restrictivos de la competencia y la estimación de las eficiencias exige cierto tiempo (Niels *et al.*, [2011] 2016, p. 3). Como dicho balance requiere llevar a cabo el correspondiente análisis económico, los economistas desempeñan un papel progresivamente relevante en las discusiones acerca de los procedimientos sustanciados ante las ADC. A ello ha contribuido, lógicamente, la creciente importancia concedida al análisis económico por la autoridad europea de defensa de la competencia (véase, por ejemplo, European Commission, DG Competition, 2011). Pero el análisis debe ser riguroso. Padilla ha afirmado, sobre la base de su experiencia, que los consultores económicos y/o académicos que trabajan para las partes que se fusionan no arriesgan su reputación alterando la información[21].

En España, todavía el debate sobre el fondo económico de los asuntos sustanciados ante la CNMC es insuficiente, a pesar del elevado número de economistas que trabajan en la Comisión, la pertinencia del análisis económico para esclarecer el fondo de los asuntos analizados y los

[21] Como máximo, pueden omitir aquella información que puede ser perjudicial para sus clientes (ver Padilla, 2023).

riesgos de no proceder a dicho análisis. Tan ineficaz es que las ADC no tomen en consideración el análisis económico como que las partes interesadas prescindan de él. En ambos casos, el análisis de los expedientes se resentirá negativamente. En otras palabras, pese a las dudas del Tribunal General, los economistas tenemos aptitud para desempeñar un papel relevante en el análisis de los casos analizados ante las ADC con la condición de que sus argumentos sean sólidos y bien argumentados y que, al mismo tiempo, los datos gocen de calidad y exactitud.

La relevancia del debate se pone de manifiesto cuando se toman como referencia los efectos de las conductas. El asunto cuenta con años de historia. En los años 70 del siglo pasado se publicaron trabajos relevantes al respecto por Demsetz[22], Posner[23] y Bork[24], entre otros.

El punto de inflexión relevante en relación con el Derecho europeo de defensa de la competencia tuvo lugar cuando se publicó la conferencia de V. Korah, pronunciada en el año académico 1985 en el University College de Londres (Korah, 1986, pp. 85-109). En la conferencia, Korah destacaba la relevancia de los efectos reales de las conductas frente a los análisis basados exclusivamente en formalismos legales. Este hecho se plasmaba en el absoluto desequilibrio entre la amplia prohibición del artículo 85.1 y las exenciones contempladas en el artículo 85.3. Dicho desequilibrio se ha mantenido, lo que ha supuesto relegar el análisis de las eficiencias en favor de la forma de las conductas. La aportación de Korah anticipó el giro hacia el *more economic approach* de la Comisión, reflejado en las Directrices sobre restricciones verticales y en la consideración del bienestar del consumidor.

En 2006, Marsden y Bishop (2006, p. 262) publicaron un artículo sobre un documento de la Comisión Europea[25] en el que concluían que: «la cuestión clave que afronta el Documento de Discusión consiste en establecer los instrumentos de política específicos que permiten aplicar el principio de "competencia, no competidores". En nuestra opinión, el Documento de Discusión no supera adecuadamente este criterio, ya que sigue poniendo un énfasis indebido en demostrar el perjuicio causado a los competidores y presta poca o ninguna atención a demostrar el perjuicio causado a la competencia».

Como han señalado Rey *et al.* (2006), dos conductas empresariales distintas pueden tener los mismos efectos; en consecuencia, deben tener un trato equivalente. Pero dos conductas empresariales idénticas pueden tener efectos distintos: por tanto, deben tener un trato distinto. El mismo razonamiento es utilizado por el profesor Jenny (2007, pp. 27-35)[26]: en ciertas circunstancias del mercado, una conducta determinada puede tener un efecto competitivo y, en otras circunstancias del mercado, puede tener un efecto anticompetitivo.

[22] Demsetz sostuvo que «Lamentablemente, nuestra legislación antimonopolio se ha utilizado para proteger a los competidores y penalizar la eficiencia» (Demsetz, 1974, p. 183).

[23] «Las condiciones de la oferta y la demanda en un mercado pueden dar como resultado que una empresa pueda ofrecer, con un coste variable medio menor que el correspondiente a dos o más empresas, el *output* demandado» (Posner, 1972, p. 220).

[24] «El único objetivo que debe guiar la interpretación de las leyes antimonopolio es el bienestar de los consumidores…» (Bork, [1978] 1993, p. 405).

[25] DG Competition Discussion Paper on the Application of Art. 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 19 December 2005.

[26] El profesor Jenny ha sido presidente del OECD Competition Committee entre los años 1994 y 2024.

Dilucidar estas cuestiones, en ocasiones complejas, es tarea de los economistas y su trabajo contribuye a la correcta aplicación del Derecho de la competencia por las ADC y los órganos jurisdiccionales.

Autores españoles también han destacado la importancia del análisis de los efectos. Al respecto, pueden señalarse, Cabrillo[27], Gutierrez y Padilla[28] o Cañizares y Domínguez[29]. Recientemente, Ibáñez Colomo ha subrayado que, tras el extenso debate sobre el enfoque basado en los efectos en el marco del Derecho de la competencia de la Unión Europea, «cabría pensar que el significado y el alcance de la noción de efectos anticompetitivos en el ordenamiento jurídico de la Unión son, y han sido desde hace tiempo, claros. Sin embargo, ocurre lo contrario. Algunos elementos de la noción no han sido plenamente desarrollados y una nube de incertidumbre rodea la evaluación de los efectos en los casos concretos» (Ibáñez Colomo, 2021, pp. 309-310). Asimismo, añade: «Es cierto que el Tribunal de Justicia ... ha realizado contribuciones fecundas a lo largo de los años. Por ejemplo, ha sostenido reiteradamente de forma constante que, como regla general, los efectos anticompetitivos no deben equipararse a un impacto negativo sobre el bienestar de los consumidores. Más allá de este punto, sin embargo, siguen abiertas muchas cuestiones. Si, como sugiere la jurisprudencia, los efectos son algo más que una mera desventaja competitiva, ¿qué son exactamente? ¿Cómo se miden los efectos potenciales? ¿Cómo se lleva a cabo el análisis cuando la conducta no está relacionada con los precios? ¿Cuál es el nivel de probabilidad exigido? Estas son tan solo algunas de las cuestiones —de gran importancia práctica— que desempeñan un papel destacado ante los tribunales y las autoridades» (Ibáñez Colomo, 2021, p. 310). Más recientemente, ha sostenido que «Los efectos reales o potenciales de una práctica potencialmente anticompetitiva son ... el principio más definitorio que sustenta el enfoque más basado en la economía» (Ibáñez Colomo, 2023, p. 59).

Padilla (2024, p. 24), refiriéndose al abuso explotador y a la necesidad de demostrar los efectos de las conductas —es decir, a la utilización del análisis económico—, ha concluido que «sigue siendo necesario demostrar un perjuicio para ellos [los socios comerciales de la empresa] o para los consumidores».

La OCDE también se ha referido al análisis económico. Su Comité de la Competencia ha publicado un estudio (OCDE, 2021)[30] para medir la competencia en los mercados que permite poner de relieve el papel de los economistas en el análisis de cuanto acontece en relación con la estructura, conducta y resultados en los mercados relevantes y en el conjunto de los mercados en el marco de los asuntos dilucidados por las ADC y la posterior revisión por los órganos jurisdiccionales. Del estudio cabe destacar las observaciones acerca de la diversidad

[27] Cabrillo alertaba del riesgo de que una política de defensa de la competencia «pueda llegar a ser utilizada para frenar el desarrollo de empresas eficientes con la excusa de que constituyen una amenaza para la competencia» (véase Cabrillo, 2005, p. 27).

[28] Gutiérrez y Padilla subrayan que siempre es conveniente «reflexionar sobre las implicaciones sobre el bienestar de los consumidores» (Gutiérrez y Padilla, 2006, p. 31).

[29] «...la prueba de colusión debería incluir evidencia robusta sobre efectos significativos de las conductas investigadas, en términos de incrementos de la rentabilidad o de los precios» (Cañizares y Domínguez, 2009, p. 43).

[30] Previamente, había publicado el documento para su discusión, por considerarlo interesante desde la perspectiva del análisis del control de las operaciones de concentración (OCDE, 2020).

de explicaciones que subyacen en las interpretaciones posibles de los indicadores utilizados. Dicha diversidad, junto al hecho de que entre las posibles interpretaciones solo una explica correctamente la realidad, da sentido al trabajo de los economistas. La determinación de la interpretación que mejor explica lo sucedido, así como su justificación con la ayuda de la teoría económica y la econometría, constituyen la plataforma sobre la que las ADC y los magistrados que intervienen en los procedimientos relacionados con la defensa de la competencia pueden edificar su argumentación jurídica, minimizando el riesgo de error en la aplicación del Derecho y sus conclusiones.

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

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

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

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

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

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

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

En relación con los resultados empresariales, el Informe hace referencia al estadístico H (modelo de Panzar-Rosse)[31] y a la elasticidad del beneficio (indicador de Boone)[32].

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

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

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

En relación con el uso de indicadores, el Informe sostiene que no existe un indicador único de la competencia que permita detectar de forma inequívoca los cambios en su intensidad. En consecuencia, sugiere la idoneidad de utilizar un conjunto de medidas y remite, como ejemplo, a un Informe de la *Competition and Markets Authority* (CMA, 2020).

Al referirse al nivel de agregación de los datos, el Informe hace referencia a la NACE[33] y a la SIC[34]. Menciona niveles de desagregación de hasta seis dígitos, aunque advierte que dentro de cada nivel de agregación pueden figurar varios mercados relevantes, destacando especialmente la homogeneidad y diversificación de las empresas dentro de cada grupo de actividad.

En cuanto a la consideración de los aspectos dinámicos de la actividad competitiva, la OCDE apoya su recomendación en la relevancia del proceso dinámico de rivalidad en los

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

[32] Relación entre el beneficio y los costes marginales de una empresa.

[33] Nomenclatura estadística de las actividades económicas en la Comunidad Europea (NACE, por sus siglas en francés).

[34] Clasificación Industrial Estándar (SIC, por sus siglas en inglés) fijada en los Estados Unidos en el pasado.

mercados subrayando que «el análisis de las medidas estáticas de la competencia puede dar una imagen engañosa de la actividad de la competencia». Por ejemplo, un incremento de los niveles de concentración y de las ganancias empresariales puede ser el resultado tanto de una reducción de la competencia como de una intensificación de esta, que expulsa del mercado a las empresas menos eficientes.

Por último, en relación con las importaciones, exportaciones y la presencia de empresas multinacionales remite su reflexión al hecho de que, por regla general, los mercados relevantes se definen como nacionales, aunque, en algunos casos, pueden ser regionales y, en otros, globales. Asimismo, se refiere a la posibilidad de que la intensificación de la competencia en los mercados internacionales coexista con incrementos de la concentración en los mercados nacionales, de forma que «la competencia global puede obligar a las empresas improductivas a salir y a las mejores empresas más eficientes a especializarse en sus mejores productos» (Mayer *et al.*, 2014, pp. 495-536).

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

5. Los economistas aplican la teoría microeconómica

Por regla general, el análisis económico requerido para analizar muchos de los casos sometidos al escrutinio de las ADC no es particularmente complejo y se basa en la plataforma intelectual que ofrece la teoría microeconómica, cuya expresión simplificada se recoge en la Figura 1, referida a un supuesto acuerdo de colaboración entre empresas[35].

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

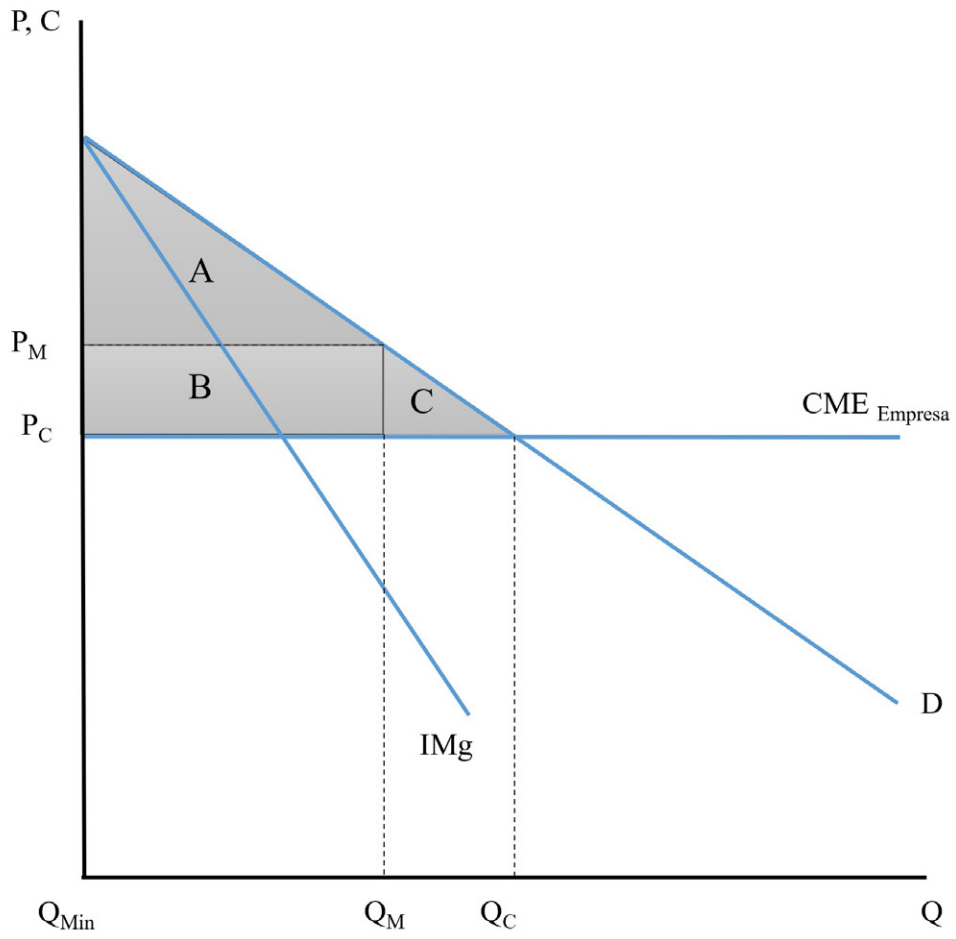
Las Figuras 1 y 2 reflejan el marco conceptual básico que permite determinar si una colaboración entre empresas produce efectos netos positivos o negativos sobre el bienestar social, cuestión de referencia de la política de defensa de la competencia.

El eje vertical representa los precios (P) y los costes (C), mientras que el eje horizontal refleja las cantidades (Q) de un determinado bien o servicio. También se representa la oferta (O) y la demanda (D) de dicho bien o servicio. La O es el reflejo del precio mínimo aceptable para el productor por cada unidad ofrecida del bien o servicio. La O coincide con la curva de costes medios de la empresa ($CME_{empresa}$). Dicha coincidencia se explica porque la producción de una unidad del bien o servicio solo resulta rentable para el

[35] Este argumento procede de varios informes elaborados por Artés y Petitbò (s. f.).

FIGURA 1

Efectos posibles de la colaboración empresarial. Ausencia de eficiencias



Fuente: Basado en Artés y Petitbò (s. f.).

empresario si el precio mínimo que paga el comprador cubre el coste[36] de producir dicha unidad. Dado que la curva de costes medios (*CME*) relevante es horizontal, coincide con la curva de costes marginales (*CMA*). Por su parte, la *D* refleja el precio que están dispuestos a pagar los consumidores por cada unidad del bien o servicio[37].

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

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

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

En un mercado competitivo, *P* y *Q* de equilibrio son el resultado de la coincidencia entre la *O* y la *D*. *O* refleja la coincidencia entre el precio que están dispuestos a pagar los consumidores por el bien o servicio y el precio que resulta aceptable para el oferente[38]. Cuando *O* y *D* coinciden, se maximiza el bienestar social, representado por el área sombreada de la Figura 1 (área A+B+C). Sin embargo, podría suceder que, como consecuencia del acuerdo, las empresas ejercieran un posible poder de mercado. En este caso, podrían fijar un *P* superior al correspondiente al *P* de equilibrio y, en este caso, la *Q* ofrecida sería inferior. En estas circunstancias se registraría una pérdida neta de bienestar para la sociedad, reflejada en el triángulo C.

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

En la Figura 1 se ha supuesto que un posible acuerdo horizontal no genera ganancias de eficiencia. En la Figura 2 se hace un supuesto más realista: un acuerdo hipotético —una Unión Temporal de Empresas (UTE), por ejemplo— genera ganancias de eficiencia que se traducen en una reducción de los *CME*. Lógicamente, las curvas de *CME* correspondientes a ambos casos son distintas, siendo inferiores tras el acuerdo (*CME* UTE). En este caso, el precio ofrecido sería *Pc* UTE, inferior al *P* correspondiente antes del acuerdo, mientras que la cantidad de equilibrio sería superior. En consecuencia, el impacto sobre el bienestar social sería positivo.

Sin embargo, podría suceder que el acuerdo entre empresas, además de generar eficiencias, se tradujera en un aumento del poder de mercado de las empresas participantes al reducirse el número de competidores. En estas circunstancias y en un supuesto extremo, el precio ofrecido por las empresas firmantes del acuerdo podría incluso situarse en el nivel *PM* UTE, correspondiente a un precio de monopolio.

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

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

El procedimiento explicado es sencillo y conlleva una elevada capacidad explicativa. Pese a ello, no es utilizado por la CNMC salvo en contadas ocasiones. El olvido de la teoría económica por las ADC y la falta de utilización del correspondiente análisis econométrico impiden, en muchos casos, conocer con la debida precisión la forma de las conductas

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

y sus efectos, cuestión crucial en el análisis de las presuntas conductas contrarias a la competencia. El empleo sistemático de esquemas de este tipo y junto con la correspondiente discusión entre las partes, las ADC y, en su caso, los órganos jurisdiccionales, conllevaría un mejor conocimiento de las conductas examinadas, el perfeccionamiento de las técnicas utilizadas y del análisis empírico, reforzando así la seguridad jurídica.

El procedimiento expuesto es coherente con lo dicho en la Exposición de Motivos de la LDC 2007: los asuntos deben ser analizados con objetividad utilizando los instrumentos que aporta la teoría económica y, en su caso, la econometría.

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

a) Definición del mercado relevante y análisis sobre el posible incremento del poder de mercado tras un eventual acuerdo. Análisis de la conducta de los precios para poner de manifiesto si, tras el acuerdo, estos han sido anticompetitivos dando lugar a beneficios extraordinarios durante un período de tiempo no transitorio. En este contexto deben tomarse en consideración la competencia potencial y las barreras de entrada.

b) El paso siguiente debe ser el análisis de la justificación económica del acuerdo y las eventuales ganancias de eficiencia[39] y del nivel de bienestar que pudiera compensar los efectos derivados del posible aumento del poder de mercado resultado del acuerdo. Esto supone contrastar el resultado del acuerdo sobre las ganancias de eficiencia y del nivel de bienestar con los eventuales daños a la competencia derivados del mismo (Figura 2).

c) El tercer paso se refiere al análisis del comportamiento de los precios fijados por las empresas que suscriben el acuerdo. Si el acuerdo es procompetitivo, los precios fijados tras el acuerdo deberían ser próximos a los precios competitivos. Este hecho sería el reflejo de la inexistencia de poder de mercado o la compensación de los efectos de dicho poder por las ganancias de eficiencia. En otros términos, de acuerdo con la Figura 2, en los acuerdos competitivos, los precios deberían alejarse de los niveles monopolísticos, situarse por debajo de los existentes antes del acuerdo y acercarse a los precios competitivos. Lógicamente, la presencia de economías de escala y la presión de los competidores presentes y potenciales contribuyen a reducir los precios.

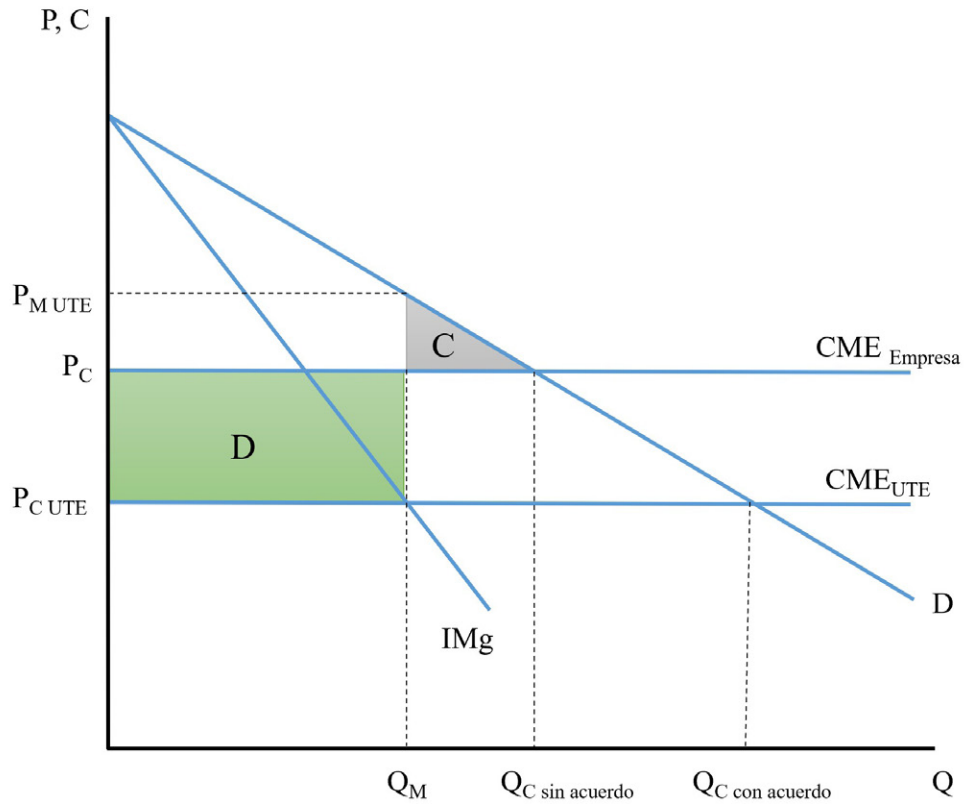
Todas estas cuestiones deben ir acompañadas del correspondiente análisis empírico. Pero, no menos importante, las ADC deberían determinar, en casi todos los casos, si el valor de los efectos positivos derivados de los acuerdos es mayor o menor que el valor de los efectos negativos resultado del impacto del aumento del poder de mercado sobre los precios.

Una muestra de la capacidad explicativa de dicho análisis y de la posibilidad de llevarlo a cabo la proporcionó Silos (2017) en relación con el mercado del taxi. El estudio llevado a cabo por Silos en la CNMC demuestra que el análisis basado en las figuras precedentes puede aplicarse

[39] Reducciones de costes, por ejemplo.

FIGURA 2

Efectos posibles de la colaboración empresarial. Eficiencias positivas



Fuente: Basado en Artés y Petitbò (s. f.).

sin excesivas dificultades con el fin de estimar las ganancias de eficiencia o los daños causados en el contexto de los expedientes tramitados ante las ADC[40]. Además, este tipo de análisis permitiría cualificar muchas conductas, insuficientemente analizadas por las ADC, sobre la base del principio de que se trata de conductas prohibidas *per se*. Con más análisis se ganaría en racionalidad y el procedimiento se alejaría del carácter inquisitorial que exhiben, en bastantes casos, las ADC. Adicionalmente, se reforzaría la seguridad jurídica de las partes interesadas.

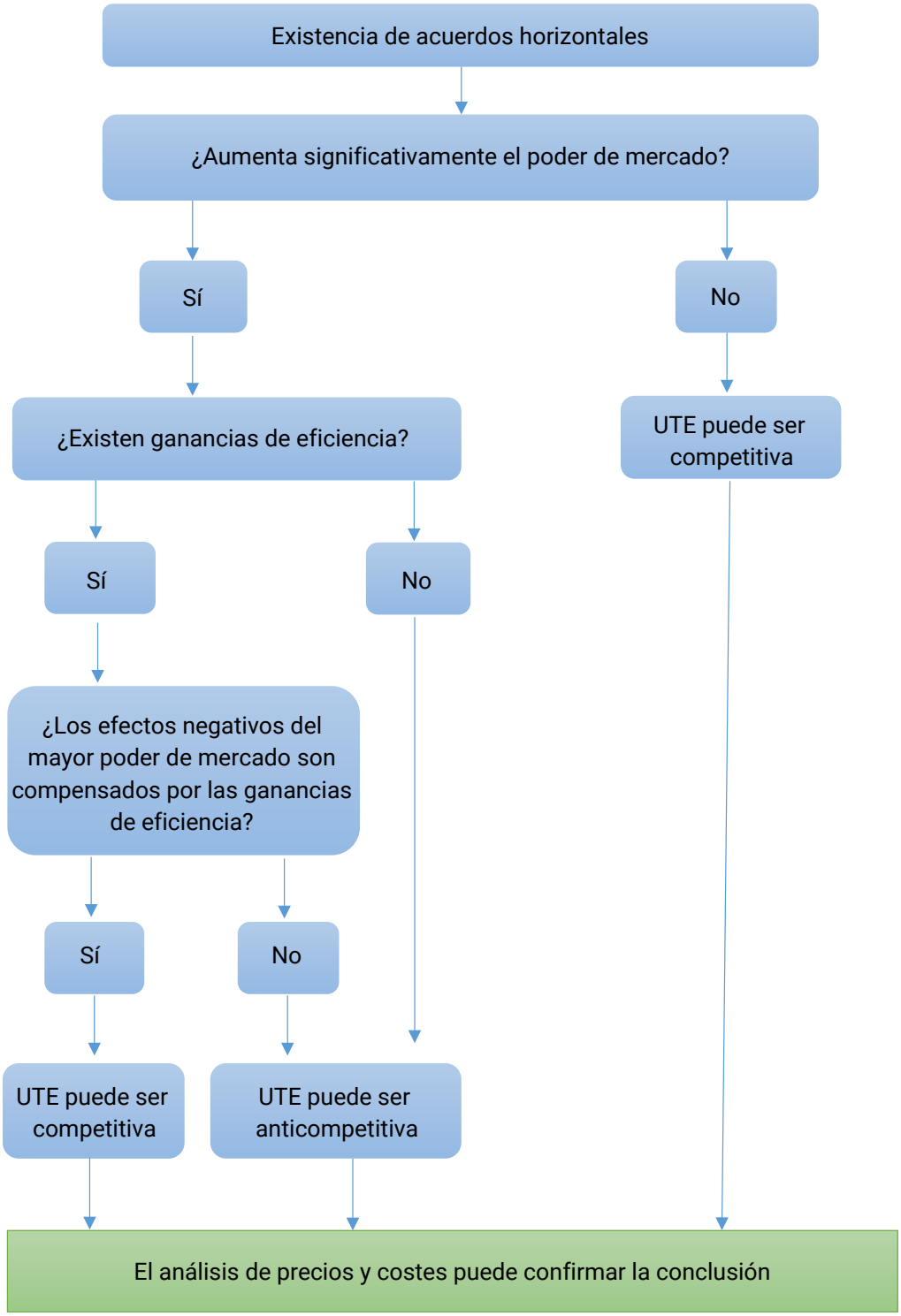
La Figura 3 resume las referencias y el tipo de razonamiento seguido ante las ADC para el análisis de los acuerdos entre empresas. Otro de los instrumentos de uso cada vez más frecuente por su fuerte capacidad explicativa es el análisis de diferencias en diferencias (DiD, por sus siglas en inglés)[41]. Un ejemplo facilitará la comprensión de su uso.

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

[41] El método DiD permite un mejor conocimiento de los problemas analizados, pero también incluye limitaciones que deben ser resueltas (véase, por ejemplo, Rubinfeld, 2010, pp. 62-77).

FIGURA 3

Procedimiento de análisis



Fuente: Basado en Artés y Petitbò (s. f.).

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

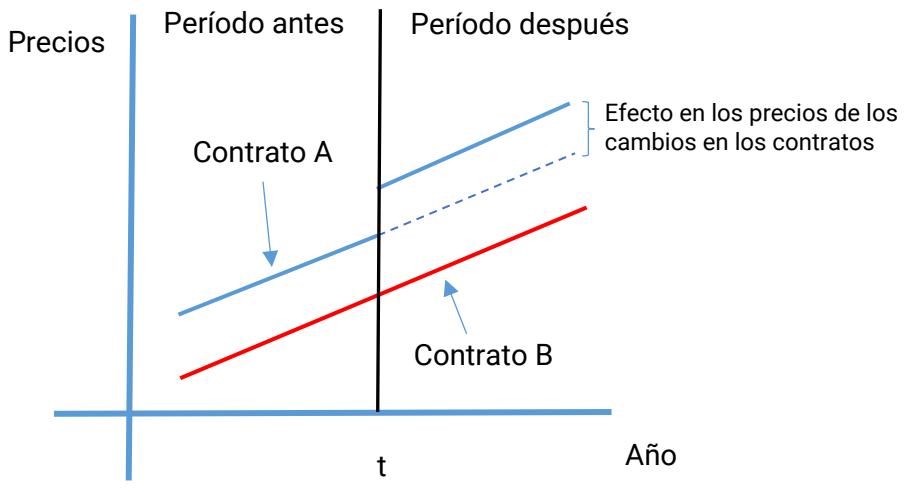
En síntesis, el método DiD permite estimar el efecto de un «tratamiento» sobre la población que recibe dicho «tratamiento» —paso de un tipo de contrato a otro tipo de contrato distinto— en comparación con un grupo de control que actúa como contrafactual porque no resulta afectado por el «tratamiento».

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

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

FIGURA 4

Representación gráfica del modelo DiD



Fuente: Basado en Artés y Petitbò (s. f.).

marco del grupo de contratos A en ausencia de cambios en las condiciones contractuales. La línea azul continua representa la evolución de los precios del grupo de contratos A debida a los cambios contractuales impuestos por la modificación del marco regulatorio.

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

Dado que en la aplicación del análisis DiD la pieza esencial es el control de las diferencias constantes a lo largo del período considerado entre el grupo de control y el grupo «tratado», así como la toma en consideración de los posibles *shocks* temporales de demanda u oferta que inciden en las pendientes de las curvas, el modelo DiD se estima mediante la utilización de un modelo de regresión. En dicho modelo, la variable dependiente son los precios y entre las variables independientes se incluyen aquellas que permiten controlar la evolución temporal del mercado, así como las diferencias entre operadores económicos cuya actividad no se ha visto afectada por las modificaciones contractuales. Dicha variable tiene un valor de 1 para el contrato A en los períodos posteriores a las modificaciones en las condiciones contractuales y un valor de 0 para el resto de las observaciones. El coeficiente asociado a dicha variable captura el efecto sobre los precios del cambio de contrato[42].

6. Las ADC y la regulación de los informes económicos

6.1. Planteamiento general

La regulación de los informes económicos aportados por las partes en los expedientes de defensa de la competencia tiene una larga trayectoria. El punto de partida del análisis es una constatación de fondo: las ADC, con mayor o menor justificación, tienden a imponer condiciones a las partes intervinientes en los procedimientos sometidos a su consideración. A continuación, se lleva a cabo un resumen de cómo distintas ADC han regulado la presentación de los informes de naturaleza económica elaborados por las partes intervinientes en los expedientes, y se propone una clasificación de los criterios adoptados en función del grado de cooperación que cada autoridad muestra y de su mayor o menor predilección por el ejercicio de la autoridad que la legislación les concede.

Desde esta óptica, el ejercicio de la autoridad por parte de las ADC puede agruparse en tres categorías. En un extremo se sitúan las directrices basadas en la cooperación, cuyo arquetipo es la *Federal Trade Commission* (FTC) estadounidense. En el extremo opuesto se encuentran las directrices basadas en el principio de autoridad, cuya referencia es la *Autorité de la concurrence* (AC) francesa. Entre ambos polos, se inserta un conjunto de modelos mixtos que combinan cooperación y autoridad. Como ejemplos se analizan

[42] La experiencia de los debates entre las partes y las ADC pone de manifiesto el uso de otros instrumentos de análisis que no son objeto del presente artículo, pues este solo pretende poner de relieve el papel relevante de los economistas en el esclarecimiento de la naturaleza de las conductas sometidas a escrutinio por las ADC y los órganos jurisdiccionales.

la Comisión Europea y el *Bundeskartellamt* alemán (BK). Posteriormente, se dedica un apartado específico al caso de la CNMC y se incluye un cuadro comparativo.

El hilo conductor que recorre todo el análisis es el papel de los economistas ante las ADC y el principio de que el contraste riguroso y dialéctico entre la teoría económica, la econometría y la información cuantitativa disponible es el camino que permite alcanzar conclusiones sólidas sobre el fondo de los asuntos. Cuanto más se aproxima una autoridad a este ideal cooperativo y científico, mejor sirve a la finalidad última del procedimiento; cuanto más prima la imposición formal de requisitos, mayor es el riesgo de que la regulación se convierta en un obstáculo para la defensa efectiva de las partes.

6.2. Directrices basadas en la cooperación: la Federal Trade Commission

La FTC (2019a) publicó un documento breve y conciso que pone el énfasis en la cooperación entre las partes y la autoridad como vía para conocer mejor el fondo de las cuestiones sometidas a escrutinio y alcanzar los mejores resultados de la forma más eficiente[43]. El documento traza el camino para llevar a cabo una investigación rigurosa y científicamente robusta en los expedientes de competencia analizados por la autoridad federal.

El argumento de la FTC se inicia con una consideración práctica: el tratamiento de la información tiene un coste en tiempo y dinero y, por ello, se aconseja que las partes presenten la información pertinente con la antelación suficiente y en la forma adecuada. El método de trabajo propuesto es claro: contactos continuos entre la FTC (y sus economistas) y las partes interesadas (y sus asesores) desde el inicio mismo de los procedimientos. La FTC pretende que las partes ofrezcan la información cuantitativa de modo que pueda utilizarse tomando como referencia los criterios empleados en la literatura científica. En consecuencia, el análisis empírico debe orientarse a verificar las teorías basadas en los efectos anticompetitivos o en las ganancias de eficiencia derivadas de las conductas analizadas.

Durante el proceso, la FTC revisa los análisis empíricos suministrados por los interesados —datos, programas utilizados y resultados— y les informa acerca de su valoración. Las referencias a la eficiencia se integran explícitamente en el análisis. En síntesis, el objetivo del método diseñado por la FTC es obtener conclusiones sólidas mediante la debida articulación de los principios de la teoría económica, la econometría y la información cuantitativa, a través de un procedimiento dialéctico en el que el papel de los economistas resulta fundamental.

6.3. Directrices basadas en la autoridad: la Autorité de la concurrence

El sistema cooperativo norteamericano no es la referencia principal de las ADC europeas. Al igual que la FTC, la AC publicó sus recomendaciones (AC, 2013) en un documento breve, pero, a diferencia de aquella, sin ninguna referencia que permita sostener que la eficiencia

[43] La FTC Premerger Notification Office también ha publicado un conjunto de Guías relacionadas con el control de concentraciones (véase, por ejemplo, FTC, 2019b).

es una referencia fundamental. El texto declara que su objetivo es «ayudar» a las partes y a sus asesores en la presentación de sus documentos. Sin embargo, lo que en realidad persigue la AC es imponer las condiciones a las que deben someterse los informes, de manera que se facilite su propio trabajo, pero no necesariamente el de las partes.

El tono del documento es marcadamente imperativo, hasta el punto de advertir que los informes que se aparten de las recomendaciones de la AC corren el riesgo de no ser tomados en consideración. Pese a ello, se subraya la relevancia de los informes presentados por las partes y, en cuanto a su contenido, se alude a los estudios econométricos y empíricos, las encuestas, la literatura y la modelización económica. Todo ello debe presentarse con claridad para que los órganos de instrucción y decisión puedan verificar la validez y la robustez de las conclusiones. Asimismo, se exige un resumen escrito en lenguaje no técnico comprensible por lectores no economistas.

La AC desciende al detalle: el texto, los anexos, los ficheros de datos y los programas deben suministrarse en formato electrónico y en PDF. Cuando se trate de estudios econométricos, empíricos o de modelización, los datos deben contribuir a comprender el caso, los resultados deben acompañarse de los *test* estándar y debe argumentarse la robustez de las conclusiones, de forma que los funcionarios puedan replicarlas con facilidad. En la modelización económica se exige justificar las hipótesis, discutir los resultados y jerarquizar los efectos de las conductas. Todo ello atendiendo al «estado del arte». En síntesis, se trata de cuestiones que conocen los expertos con experiencia en publicaciones científicas.

6.4. Modelos mixtos

6.4.1. La Comisión Europea

La Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (DGCCE) publicó unas recomendaciones (European Commission, DG Competition, 2011) con el objetivo de mejorar la información aportada por las partes y/o sus expertos. El documento se concibe como una guía de clara intención cooperativa que concede importancia al diálogo, aunque conserva obligaciones taxativas y un elevado grado de discrecionalidad. La cooperación, se reconoce, se traduce en ahorros de costes y tiempo, en una mayor eficiencia del proceso y en mayor seguridad jurídica. A ello se ha sumado recientemente la Comunicación sobre la definición del mercado de referencia (Comisión Europea, 2024)[44], que vuelve a poner de relieve la tarea de los economistas.

Para la DGCCE el análisis económico es el marco que permite interpretar la conducta de los mercados y, *en ciertos casos*, identificar la dirección y la magnitud de los efectos de las

[44] En el apartado 106, tras referirse a la relevancia de las cuotas de mercado, sostiene que estas no son el único indicador, pues «también pueden ser pertinentes otros factores, como los obstáculos a la entrada o la expansión, por ejemplo, los derivados de los efectos de escala o red, el acceso a activos e insumos específicos y la diferenciación de los productos y el grado de sustituibilidad…», remitiendo a las Directrices sobre concentraciones horizontales y a las Directrices para la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal. Resulta evidente la tarea de los economistas en este tipo de cuestiones.

conductas. Esta cuestión es especialmente relevante cuando el análisis jurídico no basta para determinar con precisión la naturaleza de una conducta y abre la puerta a varias interpretaciones. En estas circunstancias, la articulación de los análisis teórico y empírico suele iluminar la verdadera naturaleza de las conductas y sus efectos en los mercados afectados. Dicho análisis impone, además, un límite a la tendencia tan frecuente de calificar las conductas como prohibidas por su objeto sin aportar análisis alguno.

Para validar el análisis económico aportado es preciso evaluar su robustez. La elección de los criterios de contrastación debe motivarse exponiendo sus pros y sus contras, incluidos los posibles problemas de identificación. Cuando los informes se apoyen en datos cuantitativos, estos deberán aportarse junto a los códigos en formato adecuado. En los informes econométricos, la hipótesis nula y la alternativa deben formularse explícitamente. Los modelos deben acompañarse del correspondiente análisis empírico y de la justificación de su robustez, presentando los resultados en el formato estándar de los artículos académicos. La propia Comisión advierte[45], no obstante, que los modelos económicos o el análisis econométrico, como cualquier otra prueba, rara vez o nunca resultan concluyentes por sí mismos, pues deben ponderarse junto con otros elementos de prueba[46].

En el plano cooperativo, la DGCCE aconseja consultar de antemano qué tipos de análisis empíricos se consideran útiles para acreditar los posibles efectos anticompetitivos o de eficiencia y puede, a su vez, proponer los análisis que estime más adecuados. Cuando lo considere oportuno, enviará un borrador de solicitud de información cuantitativa para facilitar el formato y permitir verificaciones de coherencia, sobre el que las partes pueden sugerir modificaciones. La experiencia aconseja contactos previos a la recogida o análisis de datos y las consultas resultan más eficaces si las partes comparten los resultados preliminares antes de su presentación definitiva. Concedido el acceso al expediente, la Comisión podrá facilitar datos y códigos —incluso los aportados por terceros— respetando la confidencialidad. Asimismo, podrá discutir con antelación el formato y el alcance de los datos para mejorar la eficiencia del proceso.

6.4.2. El Bundeskartellamt

Ante el creciente número de informes económicos sometidos a su consideración, el BK publicó un documento (Bundeskartellamt, 2010) sobre la forma y el fondo de los informes elaborados por expertos de empresas de consultoría[47]. El documento, bien estructurado, refleja las reglas propias de las publicaciones científicas y se ocupa tanto de los principios que deben cumplir las opiniones de los expertos como de los procedimientos.

[45] Véase la nota correspondiente a las *Best Practices* de la FTC. https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-economics/best-practices

[46] Sorprende que nada se diga sobre la validez de los «otros elementos».

[47] Ello no debería excluir las aportaciones de economistas académicos.

En cuanto al procedimiento, el BK considera que el análisis de los informes exige esfuerzo y tiempo suficiente, por lo que en la fase previa a su entrega tiene lugar un intercambio de opiniones entre los expertos y la autoridad, sin que ello suponga compromiso alguno por su parte. El caso del BK ilustra la combinación entre una cooperación no excesivamente intensa y el ejercicio de la autoridad: la División de Decisión (DD)[48] adopta resoluciones, incluso sobre cuestiones de segundo orden. Por razones de eficacia y transparencia, el BK exige que los documentos se presenten con suficiente antelación[49] y que cumplan unos requisitos mínimos en relación con los datos, los programas y las explicaciones. Ante la posibilidad de que puedan surgir problemas de confidencialidad, se aconseja presentar dos versiones: una completa y otra que excluya los elementos confidenciales.

Las recomendaciones se extienden a la literatura y a los modelos. El BK concede más valor a la literatura aceptada como referencia, en especial a aquella que ha sido objeto de evaluación. En relación con los modelos[50], pide que su redacción no sea compleja y que los supuestos se expliquen y justifiquen con detalle, discutiéndose su robustez, de modo que, cuanto más sólidos sean los supuestos, mayor será la probabilidad de que se tomen en consideración. Los principios generales aplicables a los informes son la relevancia, la exhaustividad, la transparencia y la consistencia. Los supuestos deben ser fáciles de interpretar y tanto estos como las conclusiones deben estar exentos de contradicciones. Puesto que la resolución final depende del análisis de las opiniones de los expertos y del propio examen de la DD, el BK solicita un resumen no técnico que incluya objeto, metodología, especificación del modelo, resultados y robustez.

7. La CNMC

La CNMC ha publicado la Guía mencionada cuyo objetivo es la regulación de la presentación de informes económicos ante su Dirección de Competencia (DCCNMC). Pese a sus imperfecciones, la Guía debe ser bienvenida porque refleja un intento de ordenar la presentación de los informes económicos aportados por las partes. Se trata, además, de un documento novedoso en el ámbito español. En todo caso, debe señalarse que la propia DCCNMC no se caracteriza por aportar análisis econométricos propios y apenas ha tomado en consideración los presentados por las partes que, en ocasiones, ha llegado a olvidar de forma incomprensible, del mismo modo que solo excepcionalmente atiende las alegaciones de las partes[51]. Esta afirmación no excluye que la ADC haya dictado resoluciones cargadas de razón con impacto real positivo sobre la competencia y haya abogado en favor de la defensa de la competencia en España. Tan solo se señalan algunas cuestiones

[48] Formada por no economistas y por economistas.

[49] En particular, cuando se aportan análisis econométricos complejos.

[50] Susceptibles de ser explicados mediante palabras, gráfica o matemáticamente.

[51] Parece difícil sostener que, según la CNMC, las partes nunca, o casi nunca, tengan razón. Un ejemplo de la subestimación del análisis económico de las partes interesadas se pone de relieve en el Expediente S/DC/0614/17 – Seguridad y comunicaciones ferroviarias.

relacionadas con el trabajo de los economistas en los procedimientos, susceptibles de mejora y de mayores garantías para las partes interesadas[52].

El examen de las decisiones de la CNMC revela que el análisis económico desarrollado en los expedientes dista mucho, salvo excepciones, de cumplir los estándares que ella misma propone[53], y su preferencia por calificar las conductas como prohibidas *per se* resulta obsesivamente manifiesta. Si las partes y la propia CNMC adoptaran el nuevo estándar, el nivel del debate teórico y empírico de los expedientes se elevaría notablemente, dada la calidad de muchos de los técnicos de la DCCNMC.

La CNMC justifica la publicación de las directrices en la necesidad de «establecer unos estándares de referencia» con tres objetivos: *i)* aumentar la previsibilidad del procedimiento para las partes; *ii)* facilitar la valoración de los informes y comprobar la solidez de los resultados; y *iii)* explicitar la metodología empleada para que la CNMC pueda reproducir el análisis. Como en otras guías, en el horizonte están los principios del análisis científico y las exigencias de las publicaciones especializadas. Ahora bien, cabe advertir acerca de un riesgo: que la CNMC no aplique sistemáticamente su propio estándar, inacabado[54], lo que repercutiría negativamente sobre el derecho de defensa. Adicionalmente, el documento advierte que no valorará altamente los informes que no incluyan código y datos en forma electrónica reproducible[55].

La levedad de la cooperación entre la CNMC y las partes contrasta con la realidad de la FTC o del BK. Este recelo hacia el debate científico se aprecia también en una ambivalencia llamativa: la CNMC afirma, en línea con la DGCCE, que «el análisis económico es fundamental en el área de la competencia», pero acto seguido lo rebaja a «un elemento más»[56], restando fuerza a la primera afirmación.

En cuanto al contenido, la DCCNMC exige que el análisis económico se fundamente en una pregunta que se quiere resolver, de forma teórica o empírica, y establece cuatro requisitos mínimos, siguiendo a la DGCCE: *i)* relevancia[57]; *ii)* información completa[58];

[52] En relación con las revisiones judiciales, Marcos sostiene que «Lo relevante es que determinadas observaciones se repiten una y otra vez: problemas de motivación, de valoración de la prueba, de construcción de los expedientes o de cuantificación de las sanciones». En relación con estas cuestiones, es obvio que los espacios de mejora son evidentes (ver Marcos, 2026).

[53] La SAN 3599/2025 – ECLI:ES:AN:2025:3599, de 17 de julio de 2025, declara: «…es evidente que la CNMC ha llevado a cabo para fijar la nueva cuantía de la multa alguna "operación de apreciación", desconocida, por la que, a partir de las cifras señaladas, que se ignora también de dónde proceden pero que no han sido proporcionadas por la empresa afectada, determina el importe de la sanción … ni existen datos en el expediente que permitan conocer dicho valor». Y se imponen costas a la Administración.

[54] La CNMC sostiene que «el contenido de esta guía no es exhaustivo, por lo que puede ser desarrollado o adaptado cuando el caso lo requiera».

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

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

[57] Deben quedar claros la cuestión, los métodos y las conclusiones.

[58] Los informes deben incluir todo lo necesario para su evaluación y reproducción.

iii) transparencia[59]; y *iv)* consistencia[60]. Se recomienda, asimismo, que los informes incluyan «siempre» un resumen ejecutivo, una versión no confidencial y las referencias utilizadas[61]. En relación con los modelos econométricos, se solicita que se sigan un conjunto de estándares, similares a los exigidos por las revistas científicas.

El problema no reside tanto en las exigencias —habituales en la práctica académica— como en el tiempo disponible. Los plazos procesales concedidos a los autores son de obligado cumplimiento, pero muy inferiores a los que requiere una investigación publicable en revistas científicas y también a aquellos de los que dispone la propia CNMC. Imponer estándares no equivalentes, con una probabilidad elevada, reduce la capacidad de defensa de las partes. La desigualdad de armas podría atenuarse mediante un proceso cooperativo en el que los economistas de las defensas y los de la DCCNMC determinaran conjuntamente los modelos adecuados y la razonabilidad de los supuestos. Sin embargo, la conducta de la autoridad discurre por otra senda.

Tras el rigor que se impone a los autores de los informes, la Guía contiene elementos que facilitan a la CNMC rechazar, total o parcialmente, sus argumentos y conclusiones, en lugar de allanar el camino hacia la mejor evidencia científica posible mediante el intercambio de información. En definitiva, hay razones para sostener que se ha preferido el principio de autoridad al análisis científico de los casos, actitud que termina condicionando también el trabajo de los órganos jurisdiccionales.

8. Síntesis comparativa

El recorrido por las distintas recomendaciones de las ADC dibuja un panorama que discurre entre la cooperación y el principio de autoridad. La FTC representa el modelo cooperativo y científico, con un papel central de los economistas y atención explícita a la eficiencia. La AC ocupa el extremo opuesto, imponiendo condiciones formales sin mención a la eficiencia. La Comisión Europea y el BK ofrecen fórmulas intermedias que combinan diálogo y exigencia. La CNMC, formalmente situada en ese grupo intermedio, se aproxima en la práctica al modelo imperativo, combinando una cooperación testimonial —nula en muchos casos— y el hecho de no cumplir sus propias exigencias. La Tabla 1 resume las cuestiones fundamentales.

[59] Los supuestos deben explicarse y justificarse. Sorprendentemente, la CNMC añade que «la sensibilidad de los resultados a un cambio en los supuestos debe estar reflejada explícitamente».

[60] Los supuestos y los resultados no deben ser contradictorios. Causa sorpresa que el documento añada: «y en el caso de que lo fueran debería explicitarse cuál es el preponderante» y que «los resultados más robustos tendrán más peso a la hora de valorar los casos», sin explicitar los criterios utilizados para calibrar la robustez de los resultados.

[61] Cuando se trate de referencias no publicadas, estas deben remitirse a la CNMC.

TABLA 1

Resumen de los modelos de las ADC en relación con los informes de las partes

Autoridad	Modelo	Grado de cooperación	Eficiencia	Exigencias principales	Papel de los economistas
FTC	Basado en la cooperación	Alto: contactos continuos desde el inicio; revisión dialéctica de datos, programas y resultados	Sí, explícita	Información cuantitativa a tiempo y según criterios de la literatura científica; análisis empírico de efectos anticompetitivos y eficiencias	Central; método dialéctico orientado a conclusiones sólidas
Autorité de la concurrence	Basado en la autoridad	Bajo: impone condiciones; los informes que se aparten de las directrices pueden ser descartados	No	Econometría, encuestas, literatura y modelización; formato electrónico/PDF; replicabilidad; test estándar y robustez; resumen no técnico	Relevante, pero subordinado a requisitos formales; tono imperativo
Comisión Europea (DG COMP)	Mixta (cooperación + autoridad)	Medio-alto: valora el diálogo, con alta discrecionalidad y poder para pedir información	Sí, efectos y eficiencias	Validez técnica y consistencia; hipótesis nula/alternativas explícitas; datos y códigos; formato académico; ninguna prueba concluyente por sí sola	Marco para interpretar efectos; limita el abuso de la calificación «por objeto»
Bundeskartellamt	Mixta (cooperación + autoridad)	Medio-alto: intercambio previo sin compromiso; la División de Decisión decide hasta detalles menores	No destacada	Relevancia, exhaustividad, transparencia, consistencia; presentación anticipada; doble versión; literatura revisada; modelos sencillos y justificados; resumen no técnico	Reflejo de las reglas de las publicaciones científicas
CNMC	Formalmente mixta; en la práctica, imperativa	Testimonial y, con frecuencia, nula	«Un elemento más». Resta peso al análisis económico	Relevancia, información completa, transparencia, consistencia; econometría (especificación, estimación y contraste); datos y código reproducibles; significatividad, *test* y robustez; resumen ejecutivo y referencias	Estándar científico sobre el papel, pero no siempre cumplido por la propia CNMC → desigualdad de armas y riesgo de inversión de la carga de la prueba

Fuente: Elaboración propia.

9. Conclusiones de la segunda parte

De acuerdo con la jurisprudencia de la justicia europea en el campo de la defensa de la competencia, los argumentos de las ADC deben estar motivados de forma razonable y coherente. La propia jurisprudencia impone límites a la acción de las partes recurrentes; en particular, en relación con el análisis económico. El problema se plantea cuando las ADC omiten aspectos esenciales en sus resoluciones. Un ejemplo puede ser la no consideración de la posición de dominio de un monopsonio; en particular cuando dicho monopsonio pertenece a la esfera pública.

En los últimos años, las ADC han ido reconociendo la relevancia del análisis económico en el proceso de argumentación de sus decisiones. Esto supone que, en muchos casos, deben tomarse en consideración los efectos de las conductas y llevar a cabo el correspondiente análisis de las restricciones a la competencia y los efectos positivos sobre la eficiencia de las conductas examinadas. La CNMC, en línea con lo hecho previamente por algunas ADC, ha publicado un documento dirigido a regular la presentación de los informes económicos que acompañan a los documentos jurídicos en los expedientes sometidos a su consideración. En el presente artículo se han analizado las ventajas del análisis económico y una muestra de documentos que han precedido al desarrollado por la CNMC. El documento de la CNMC representa un avance en el tratamiento de los informes económicos en comparación con épocas anteriores y pone de manifiesto la importancia que estos están llamados a tener en el futuro próximo de los casos sustanciados ante la CNMC. Sin embargo, la CNMC se ha alejado de los modelos de cooperación y se ha refugiado en un conjunto de estándares más intervencionistas que conllevan el riesgo de crear cierta indefensión para las partes. Incluso puede sostenerse que la propia DCCNMC no ha cumplido los requisitos y exigencias que plantea en su documento metodológico. Y, no menos relevante, en una cuestión que conlleva dificultades y riesgos en la elaboración de los datos y en la interpretación de los resultados, la CNMC tiene la capacidad de interpretar hasta qué punto se cumplen en los informes de las defensas los nuevos requisitos exigidos.

De acuerdo con lo dicho y en relación con las reformas necesarias[62], pueden apuntarse las siguientes: exigir a las ADC los mismos criterios que se exigen a las partes en relación con el análisis económico de las conductas; aceptar que los poderes públicos pueden ser considerados como operadores económicos sometidos a la legislación de defensa de la competencia; aceptar la posible naturaleza monopsonística de las Administraciones públicas y de las empresas públicas cuando actúan como contratantes; y tomar en consideración los efectos reales en el proceso de determinación del daño y de las sanciones. Tales sugerencias reflejarían el mejor uso de la teoría económica y la econometría, redundando en una mayor calidad de los debates y las decisiones.

Se espera que el uso de las directrices, tanto propias como de terceros, evolucione hacia modelos más cooperativos y redunde en una mejora del uso de la ciencia económica en la resolución de los casos y no en un aumento de la indefensión.

[62] Para un mayor detalle, véase Canedo y Petitbò (2024).

Referencias bibliográficas

AC. (2013). *Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence*. Autorité de la concurrence. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/etudes_eco_juill13.pdf

Alfonso X el Sabio. ([1265?] 1872). *Las siete partidas*. Antonio de San Martín.

Aragón Reyes, M. (2006). La construcción del Estado autonómico. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (54-55), 75-95.

Aristóteles. ([hacia 330 a. C.] 1994). *Política*. Gredos.

Artés, J. y Petitbò, A. (s. f.). Defensa de la competencia e informes económicos. En L. Cases (Dir.), *Anuario de la competencia 2018* (pp. 61-78). Fundación ICO y Universitat Autònoma de Barcelona.

Bundeskartellamt. (2010, October 20). *Best practices for expert economic opinions*. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Bekanntmachungen/Notice%20-%20Standards%20for%20economic%20opinions.pdf?__blob=publicationFile&v=1

Bork, R. ([1978] 1993). *The antitrust paradox*. Basic Books.

Cabrillo, F. (2005). Objetivos de una política de defensa de la competencia. En S. Martínez-Lage y A. Petitbò Juan (Dirs.), *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea* (pp. 21-30). Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons.

Canedo, M. P. y Petitbò, A. (2024). Defensa de la competencia: propuestas de reforma. En A. Betancor (Coord.), *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones* (pp. 295-304). Fundación Rafael del Pino y Boletín Oficial del Estado.

Cañizares, E. y Domínguez, D. (2009). Perspectiva económica de la colusión. En S. Martínez-Lage y A. Petitbò Juan (Dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas* (pp. 23-45). Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons.

Clark, J. B. ([1899] 1956). *The distribution of wealth. A theory of wages, interest and profits*. Kelley & Millman.

CMA. (2020). *The State of competition report 2020*. Final report. Competition and Markets Authority.

Comisión Europea. (2024). Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (2024/C 1645). *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º 1645, de 22 de febrero de 2024, pp. 1 a 35. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202401645

Cournot, A. ([1838] 1974). *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*. Calmann-Lévy.

de Azpilcueta, M. (1556). *Manual de confessores y penitentes: Que clara y brevemente contiene la universal y particular decisión de quasi todas las dudas que en las confesiones suelen ocurrir de los pecados, absoluciones, restituciones, censuras e irregularidades*. Andrea de Portonariis.

de Jovellanos, G. M. ([1785] 1845). Informe sobre la Ley Agraria. En *Obras* (Vol. I). F. de P. Mellado.

de Mercado, T. ([1571] 1977). *Suma de tratos y contratos*. Instituto de Estudios Fiscales.

de Molina, L. ([1593] 2021). *La teoría del justo precio*. Fundación Civismo.

de Vitoria, F. ([1534-1536] 2006). *Contratos y usura*. Eunsa.

Demsetz, H. (1974). Two systems of belief about monopoly. In H. J. Goldschmid, H. Demsetz, H. M. Mann, & J. F. Weston (Eds.), *Industrial concentration: The new learning* (pp. 164-184). Little, Brown.

Edgeworth, F. Y. ([1881] 2000). *Psicología matemática*. Pirámide.

European Commission, DG Competition. (2011). Commission Staff Working Paper, SEC(2011) 1216 final. *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=swd:SEC_2011_1216

FTC. (2019a). *Best practices for economic analysis and data submission during antitrust and consumer protection investigations*. Federal Trade Commission. https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-economics/best-practices

FTC. (2019b). *Hart-scott-rodino premerger notification program: Introductory guide III: Model request for additional information and documentary material (second request)*. Federal Trade Commission. https://www.ftc.gov/system/files/attachments/merger-review/may2019_model_second_request_final.pdf

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. ([1974] 1999). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I, 9.ª ed.). Civitas.

Gutiérrez, I. y Padilla, J. (2006). Una racionalización económica del concepto de posición de dominio. En S. Martínez-Lage y A. Petitbò Juan (Dirs.), *El abuso de posición de dominio* (pp. 15-31). Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons.

Handler, M. ([1937] 1951). *Cases and other material on trade regulation*. The Foundation Press.

Ibáñez Colomo, P. (2021). Anticompetitive effects in EU competition law. *Journal of Competition Law & Economics, 17*(2), 309-363.

Ibáñez Colomo, P. (2023). *The new EU competition law*. Hart Publishing.

Jenny, F. (2007). Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence. *Concurrences*, (4), 27-35.

Jorge, F. (1847). *Guía de alcaldes y ayuntamientos o 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.

Korah, V. (1986). EEC competition policy: Legal form or economic efficiency? *Current Legal Problems, 39*(1), 85-109.

Korah, V. ([1978] 1994). *An introductory guide to EEC competition law and practice*. Maxwell.

Knight, F. H. (1921). *Risk, uncertainty and profit*. Houghton Mifflin Co.

López Ayllon, S. (1998). *El juez en la sociología de Max Weber*. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). https://www.juridicas.unam.mx/

Mankiw, N. G. (2007). *Principios de economía* (4.ª ed.). Thomson.

Marcos, F. (2023). *Empirical study of judicial review of decisions by Spanish competition authority (2004-2021)* (IE Law School Working Paper No. AJ8-283-I).

Marcos, F. (2026, 12 de junio). *La renovación de la CNMC: más allá de los nombres*. Almacén de Derecho. https://almacendederecho.org/op-ed-la-renovacion-de-la-cnmc-mas-alla-de-los-nombres

Marsden, P., & Bishop, S. (2006). Article 82 review: What is your theory of harm? *European Competition Journal, 2*(2), 257-262.

Mason, A. T. (1931). Mr. Justice Brandeis: A student of social and economic science. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, 79*(6), 665-702.

Mason, E. S. (1939). Price and production policies of large-scale enterprise. *American Economic Review, 29*(1), 61-74.

Mason, E. S. (1949). The current state of the monopoly problem in the United States. *Harvard Law Review, 62*(8), 1262-1285.

Mayer, T., Melitz, M. J., & Ottaviano, G. I. P. (2014). Market size, competition, and the product mix of exporters. *American Economic Review, 104*(2), 495-536.

Mill, J. S. ([1859] 1931). *Ensayo sobre la libertad*. Mestas.

Moro, T. ([1516] 1996). *Utopía*. Alianza.

Mund, V. A. (1933). *Monopoly: A history and theory*. Princeton University Press.

Niels, G., Jenkins, H., & Kavanagh, J. ([2011] 2016). *Economics for competition lawyers* (2nd ed.). Oxford University Press.

OCDE. (2020). *Economic analysis in merger investigations* (OECD Global Forum on Competition Discussion Paper). Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2021/10/economic-analysis-in-merger-investigations_697b181f/f9cc5dc4-en.pdf

OCDE. (2021). *Methodologies to measure market competition* (OECD Competition Committee Issues Paper). Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. https://oe.cd/mmmc

Padilla, J. (2023). Expelling the economists from EU Merger Control. *Competition Policy International*. https://www.compasslexecon.com/insights/publications/expelling-the-economists-from-eu-merger-control

Padilla, J. (2024). What is an exploitative abuse? *Social Science Research Network-SSRN*. https://ssrn.com/abstract=5024309

Posner, R. A. (1972). *Economic analysis of law*. Little, Brown and Co.

Rey, P., Gual, J., Hellwig, M., Perrot, A., Polo, M., Schmidt, K. y Stenbacka, R. (2006). Un enfoque económico del artículo 82. En S. Martínez-Lage y A. Petitbò Juan (Dirs.), *El abuso de posición de dominio* (pp. 99-154). Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons.

Rubinfeld, D. L. (2010). Econometric issues in antitrust analysis. *Journal of Institutional and Theoretical Economics, 166*(1), 62-77.

Saravia de la Calle, L. ([1544] 1949). *Instrucción de mercaderes*. Joyas Bibliográficas.

Scherer, F. M., & Ross, D. ([1980] 1990). *Industrial market structure and economic performance*. Houghton Mifflin.

Silos, M. (2017). *Estimación del daño causado por el régimen de monopolio en los servicios de taxi en España* (CNMC Documento de Trabajo en Política de Competencia y Regulación n.º 001/2017). Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Solozábal, J. J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos,* (71), 87-110.

Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science, 2*(1), 3-21.

Valindas, G. (2017). *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*. Bruylant.

Walras, L. ([1877] 1965). *Elements of pure economics or the theory of social wealth*. George Allen and Unwin.

Weber, M. ([1922] 2009). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.