

Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Aspectos Económicos de la Regulación *Antitrust*

Presentado por:

Blanca Nieto Alba

Tutelado por:

Juan Carlos Gamazo Chillón

Valladolid, 20 de Marzo de 2018

RESUMEN:

El objetivo de este trabajo es entender el comportamiento de los agentes económicos en los mercados, la importancia de la existencia de una autoridad que garantice una competencia efectiva en dichos mercados y el desarrollo del libre comportamiento de los consumidores y vendedores tratando de no perjudicar los intereses de los demás. Esta investigación comienza analizando unas nociones básicas de economía relacionadas con el tema abordado en este estudio para posteriormente centrarse en la importancia de una regulación *Antitrust* que permita un funcionamiento equilibrado de los mercados y una mayor eficiencia económica. El trabajo también explica la diferencia entre las dos principales leyes existentes en el ordenamiento español que velan por una competencia justa, teniendo en cuenta los efectos y las consecuencias de las diferentes conductas de los agentes económicos en el mercado, así como diversas situaciones donde la aplicación de la regulación *Antitrust* cobra importancia.

Palabras claves:

Derecho a la libre competencia, Defensa de la Competencia, Derecho de la Competencia Desleal, eficiencia, poder de mercado, mercado relevante, agentes económicos.

ABSTRACT:

The target of this article is to understand the behavior of economic agents in the markets, the importance of the existence of an authority that guarantees effective competition in these markets and the development of the free behavior of consumers and sellers without detriment of others' interest. This investigation begins by analyzing the basic notions of the economy with the aim of simplifying its study and then focus on the importance of an Antitrust regulation that enable a balanced operation of the markets and greater economic efficiency. The paper also explains the difference between the two main laws in the Spanish legal system that ensure fair competition, taking into account the effects and consequences of the different behaviors of economic agents in the market, as well as various situations where the application of the Antitrust regulation will become important.

Keywords:

Antitrust Law, Defense of Competition, Right to Unfair Competition, efficiency, power of market, relevant market, economic agents.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	4
2. CUESTIONES PRELIMINARES	6
2.1 Definición de economía.....	6
2.2 Objetivos económicos y su clasificación.....	9
2.3 Formas de organización económica	10
2.3.1 <i>Economía de mercado</i>	10
2.3.2 <i>Economía mixta</i>	11
2.3.2.1 <i>La intervención del Estado</i>	12
3. TIPOS DE MERCADO	17
3.1 Situación de mercados competitivos frente a mercados no competitivos	19
3.1.1 <i>Relación de la eficiencia con el mercado</i>	21
3.1.2 <i>Relación de la posición de dominio con el mercado</i>	22
3.1.2.1 <i>¿Cómo alcanzar el poder de mercado?</i>	25
3.1.2.2 <i>Indicadores del Poder de Mercado</i>	25
3.2 Monopolio	29
3.3 Mercado de competencia monopolística.....	32
3.4 Oligopolio.....	34
4. APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA (ANTITRUST LAW)	36
4.1 Origen del derecho antimonopolio.....	39
4.2 Derecho de Defensa de la Competencia.....	44
4.3 Derecho de la Competencia Desleal.....	47
4.4. Regulación nacional del Derecho a la Libre Competencia	51
4.4.1 <i>Ley 15/2007, de 3 Julio, de Defensa de la Competencia</i>	51
4.4.2 <i>Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal</i>	52
4.5 Órganos de defensa de la competencia.	53
4.5.1 <i>Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia</i>	53
4.5.2 <i>Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León</i>	55

5. CUESTIONES DE INTERÉS DE LA REGULACIÓN ANTITRUST:	
EXTENSIÓN Y LÍMITES.....	55
5.1 Restricciones accesorias (ancillary restrictions)	57
5.1.1 <i>Regla de la Razón (Rule of Reason)</i>	58
5.1.2 “ <i>Regla por sí misma</i> ” (<i>Per se rule</i>)	60
5.2 Asimetrías	61
5.3 Medidas Antitrust	64
5.3.1 <i>Negación Antitrust Law</i>	64
5.4 Mercados piratas y de imitación	65
5.5 Sistema de exenciones.....	67
5.5.1 <i>Excepción de las concentraciones en época de crisis</i>	68
6. CONCLUSIONES.....	71
7. LISTA DE ABREVIATURAS	74
8. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.....	74
8.1 Libros	74
8.2 Artículos.....	76
8.3 Fuentes en línea	79
8.4 Normativa.....	81

1. INTRODUCCIÓN

El conocimiento sobre el Derecho y sus diversas ramas nos permite observar la importancia del mismo en nuestro día a día a lo largo de nuestras vidas. Pese a no ser conscientes de ello, cada decisión que tomamos tiene un trasfondo jurídico y económico que me ha permitido madurar personalmente para finalmente darme cuenta como todo está relacionado y no podemos aislarnos de nuestro entorno. Este trabajo permite observar cómo las decisiones de los demás influyen en las nuestras y cómo toda conducta tiene unas consecuencias, tanto en nosotros mismos como en el resto de los individuos, y por eso mismo se debe velar tanto por un equilibrio en el mercado, como por la existencia, en este caso, de una defensa de la competencia, por la que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se encarga de protegerla y de detectar cualquier violación de la misma.

La competencia constituye un elemento imprescindible para que los mercados se puedan desarrollar adecuadamente, favoreciendo no solo a los empresarios sino también a los consumidores y al interés general. Es por ello que los poderes públicos, en ocasiones, restringen la libertad empresarial con la finalidad de que no se pueda limitar la competencia en beneficio propio e individual.

La libertad empresarial debe ser protegida, al igual que el derecho de propiedad. No obstante, esto debe ser reforzado por una autoridad que vele por un correcto comportamiento de los agentes del mercado, consumidores y productores. Por esta razón se empieza a desarrollar un derecho: el derecho a una competencia justa y equilibrada dentro de cada forma de organización económica, el derecho a la libre competencia. El Derecho a la Libre Competencia en España trata de promover una estructura de mercado eficiente, fomentando igualmente la calidad de los bienes y servicios.

Así mismo, los empresarios, al adoptar decisiones de empresa, afectan al resto de los competidores y a los consumidores. Los empresarios, ante su interés individual de aumentar los volúmenes de ventas y de producción, en orden a aumentar al mismo tiempo sus ganancias y beneficios, tienden a controlar los mercados mediante conductas que restringen la competencia para así obtener un mayor beneficio, haciendo necesaria la existencia de una autoridad para corregir dichos comportamientos.

La Libre Competencia es un derecho que cobra importancia en el ambiente económico y jurídico del mercado. Jurídico porque está regulado, entre otras, por la ley de competencia desleal y la ley de defensa de la competencia, y económico porque afecta a los volúmenes de producción y de precio del resto de empresarios, tiene relación con las barreras de entrada en un mercado y porque está relacionada con el poder que ejerza cada empresa en el mercado. La competencia tiene como objetivo alcanzar un buen funcionamiento del mercado atendiendo a las diversas conductas y actuaciones realizadas por los agentes del mercado. El interés por la defensa de una competencia efectiva trata de evitar que se produzcan abusos por las empresas más relevantes dentro del mercado, así como evitar conductas que puedan afectar a las decisiones y al libre comportamiento económico de los consumidores o que perjudiquen a un competidor.

No hay que tratar que todos los competidores tengan la misma fuerza dentro del mercado, sino que puedan acceder a tener las mismas posibilidades sin obstáculos en la competencia, de modo que los esfuerzos realizados por cada una de las empresas no tengan efectos desiguales.

En este sentido, la finalidad de este trabajo es el estudio y análisis de la regulación *Antitrust*, y la observación del funcionamiento de los mercados desde una perspectiva y enfoque económico, en cuanto a la importancia de mantener una competencia efectiva. La regulación *Antitrust* es compleja, puesto que aún estamos avanzando hacia un desarrollo completo. La economía y los mercados cambian y fluctúan constantemente y debemos de ser capaces de regular cada día nuevas situaciones y de enfrentarnos a nuevos problemas y estrategias, sin perder nunca de vista que debe primar el bienestar social y el interés económico general y que hay conductas que, pese a no ser éticamente correctas, producen beneficios. Por lo tanto, hay que ser muy cautos a la hora de aplicar la regulación *Antitrust*, materia inabarcable para un mero Trabajo de Fin de Grado (TFG) y un solo enfoque, debido a las muchas variables que afectan a la competencia y a los muchos intereses que entran en conflicto.

En síntesis, este trabajo está dividido en cuatro grandes apartados. Los dos primeros (numerados como 2 y 3) nos introducen en el mundo de la economía para facilitar el entendimiento de la materia tratada desde la perspectiva económica: enunciando el primero

nociones básicas y generales de la economía y objetivos de la misma, así como su organización; y el segundo de ellos nos va a facilitar una comprensión más específica sobre el funcionamiento del mercado, puesto que la competencia actúa dentro del mismo. Los dos siguientes apartados (numerados como 4 y 5) poseen una estructura similar: tratando el tercero de ellos las nociones sobre el Derecho de la Competencia como tal y su regulación; y el cuarto, una vez explicado en que consiste la normativa *Antitrust*, realiza nuevamente un enfoque más específico y práctico en campos de interés donde actúa la regulación *Antitrust*.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

En nuestro día a día estamos en constante contacto con la economía, puesto que esta surge para facilitar el reparto de los recursos económicos con el fin de satisfacer las necesidades humanas, que son ilimitadas. Sin embargo, considero importante para poder desarrollar el planteamiento del proyecto correctamente aclarar con sencillez y precisión estas preguntas: ¿Qué es la economía?, ¿Qué son los recursos económicos?, ¿Cómo producir?, ¿Para quién producir?... Para así poder llegar a centrarnos posteriormente en que consiste la competencia.

2.1 Definición de economía

Los seres humanos realizamos una serie de actividades y actuamos de una determinada forma a través de nuestros comportamientos, tanto diariamente como a largo plazo, que pueden ser estudiados por la economía. Por tanto, se puede afirmar que la economía es una ciencia social. Entendiendo así que la economía estudia las continuas relaciones sociales, tanto del individuo como de un colectivo, asociadas a procesos de consumo de bienes y servicios (de forma racional), y también conlleva un análisis de la producción, intercambio y distribución de los mismos ante el fenómeno de la escasez.¹

¹ BLANCO, J. M. *Economía. Teoría y práctica*. McGraw-Hill, págs. 2 y 3. 2008.

Los recursos de los que disponemos no son ilimitados, sino que son escasos y deben utilizarse de forma correcta, lo que es lo mismo: con eficiencia. Así lograremos obtener la máxima producción posible para cubrir las necesidades de los hombres.²

La realidad económica se encuentra en constante movimiento, es dinámica, puesto que todo ser humano realiza elecciones en su día a día que inciden en la económica. Cada decisión contraída tiene un enfoque económico en cuanto a la escasez, la elección y el coste de oportunidad que asumimos. Es por ello que para entenderla completamente se deben analizar estos tres últimos términos a los que se ha hecho referencia (escasez, elección y coste de oportunidad).

En cuanto a la escasez, cabe decir que los recursos son escasos. En otras palabras, los medios de los que se dispone para conseguir unos determinados objetivos son limitados, porque no hay recursos suficientes para conseguir cubrir todas las necesidades o deseos de los individuos. Esto nos dirige claramente en la orientación de que la escasez de dichos recursos hace totalmente necesaria una elección de los individuos de los mismos y de los posibles usos y alternativas que nos ofrecen esos recursos. Estas elecciones soportan que se satisfagan determinados deseos y, consecuentemente, se renuncian a otros. El valor de esta renuncia se conoce como coste de oportunidad.³

La elección realizada por cada individuo versa sobre una decisión que responde a la pregunta de cómo asignar los recursos escasos de los que disponemos y que podrían destinarse a diversas finalidades.⁴

Los recursos limitados se denominan factores, y los factores de producción se engloban principalmente en la tierra, siendo estos los recursos naturales; el trabajo, siendo

² Según Robbins, la economía es la ciencia que estudia la asignación de los escasos recursos disponibles - que tienen diferentes usos - para la satisfacción de las ilimitadas necesidades de los hombres. Cita extraída de BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

³ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

⁴ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit. y SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. *Economía*. McGraw-Hill. Madrid, 2010.

estos los recursos humanos; y finalmente el capital, siendo estos los bienes que han sido producidos y sirven, a su vez, para la producción de otros bienes.

El coste de oportunidad nos ayuda al mismo tiempo a tomar la elección más adecuada, puesto que mide el valor de las opciones que poseemos y nos orienta a obtener una opinión de cuál es la mejor opción entre todas las alternativas posibles. De ahí que en todo tipo de decisión soportemos un coste de oportunidad con su correspondiente valoración de ventajas y desventajas.⁵

Sin embargo, es frecuente que actividades que, a primera vista no reportan la misma ventaja que otra opción similar, obtengan, sin embargo, incentivos proporcionados por el Estado, entendiendo por Estado la organización política de la sociedad dotado de un poder soberano e independiente. Por lo que nuestra opinión inicial puede variar y se debería valorar estos nuevos aspectos ocasionados por dichos incentivos, y así lo que pensábamos en un principio que era la opción más adecuada ahora deje de serlo. En la conducta optimizadora influyen incentivos y desincentivos.⁶

Por tanto, se puede concluir diciendo que la economía es una ciencia social que estudia el comportamiento de los individuos a través de teorías y modelos contrastados con la realidad, y que analiza la relación de los fines perseguidos con los medios utilizados a través de las decisiones previas adoptadas con racionalidad, no de forma arbitraria.

En la ciencia económica se diferencia entre economía positiva, aquella que estudia la realidad como tal y que puede ser fácilmente verificada, y economía normativa, aquella que estudia los planteamientos de cómo debería ser la realidad y las conductas adecuadas que se deberían tomar para alcanzar los fines y objetivos perseguidos a través de la influencia de diversos juicios de valor.⁷

⁵ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit. y SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. (2010). Op. Cit.

⁶ MOCHÓN, F. *Economía: teoría y política*. McGraw-Hill, 2009.

⁷ MOCHÓN, F. (2009). Op. Cit.

2.2 Objetivos económicos y su clasificación

Las sociedades tienen una serie de objetivos económicos y cuando estos objetivos económicos no se alcanzan surgen entonces problemas económicos. Estos objetivos económicos no son idénticos para todas las economías, sino que puede variar su grado de importancia dependiendo del colectivo afectado.

En ocasiones los objetivos económicos pueden estar en conflicto entre ellos, e incluso llegar a ser excluyentes.

Los principales objetivos económicos se pueden clasificar en cuatro grupos basándonos en su naturaleza económica, siendo estos de naturaleza real (subdividido en objetivos microeconómicos y macroeconómicos), de naturaleza monetaria, de naturaleza financiera y finalmente de naturaleza internacional. Los objetivos económicos más importantes son: asignación eficiente de los recursos productivos, pleno empleo, crecimiento económico, distribución equitativa de la renta, estabilidad de precios, asignación eficiente de los recursos financieros, equilibrio externo o comercial, y finalmente cooperación e integración económica.⁸

En la materia que nosotros abordamos en este Trabajo de Fin de Grado, los aspectos económicos de la regulación *Antitrust*, nos interesa principalmente el objetivo de la asignación eficiente de los recursos productivos, siendo este objetivo de naturaleza económica real a escala microeconómica.

La eficiencia económica se alcanza cuando una economía puede producir la mayor cantidad y calidad de productos y servicios teniendo presente la escasez de recursos, buscando satisfacer las necesidades y deseos con el menor coste posible. Se produce con eficiencia cuándo no es posible aumentar la producción de un bien sin disminuir la de otro.⁹

⁸ Notas de la asignatura de Economía Política cursada en primero de Grado Derecho en la Universidad de Valladolid.

⁹ SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. (2010). Op. Cit.

Si no se logra la asignación eficiente de los recursos productivos nos encontraremos ante un problema de ineficiencia y baja productividad, incluyendo aquí la insatisfecha producción de bienes y servicios. Por ende, para lograr una asignación eficiente deberemos de ser diligentes y estudiar, con una visión económica, el comportamiento de los consumidores y empresarios, así como la correspondiente fijación de los precios tanto de los bienes como de los servicios proporcionados. La meta final es lograr realizar un análisis sobre cuál sería la mejor forma de producir, basándonos en las cantidades demandadas, de acuerdo a los recursos limitados y métodos que posemos a nuestro alcance para lograr una asignación eficiente que proporcione un mayor bienestar económico.

2.3 Formas de organización económica

2.3.1 Economía de mercado

La economía de mercado es la organización del propio mercado a través del juego entre la oferta y la demanda. Es lo que también conocemos como mercado libre, porque no influye, afecta ni interviene ningún otro agente que los propios interesados. La realidad es que alcanzar esta situación, calificable como competencia perfecta, es una situación idílica, puesto que los competidores por si mismos y con una libertad máxima tenderían a realizar acuerdos entre sí, dejando de competir.¹⁰

En el sistema de mercado el resultado depende de las acciones de todos los individuos, ya actúen en calidad de consumidores o de productores. Todas estas decisiones se realizan de manera descentralizada, es decir, cada uno de estos agentes actúa por separado y por tanto toman las decisiones de manera individualizada basándose en su propia conveniencia dentro del marco de la propiedad privada. Estas decisiones de relacionarse entre ellos, y los diversos intercambios acometidos, se realizan de forma voluntaria, respondiendo por si mismas a las cuestiones sobre qué, para quién y cómo producir.¹¹

¹⁰ BUENO, E. *Fundamentos de economía y organización industrial*. McGraw Hill, Madrid, 1994.

¹¹ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

En este tipo de mercado los precios reflejan de forma natural los deseos y las necesidades de los individuos, y responden a las tres cuestiones anteriores, transmitiendo información sobre los deseos de cada uno con el fin de conseguir el precio de equilibrio. A través de los precios se coordinan los deseos de los diferentes agentes económicos dentro del sistema de mercado basado en el intercambio voluntario.

2.3.2 Economía mixta

Una vez visto el concepto de mercado, en el cual interactúan libremente oferentes y demandantes, es necesario aclarar que también existe otro agente económico: el Estado. Lo que se conoce como economía mixta es un sistema de organización económica en la cual se combinan la actuación y decisiones del sector privado con la actuación del sector público.¹²

Realmente en nuestra sociedad y en nuestra realidad asociamos la economía de mercado, más que a un mercado libre, a una economía mixta, puesto que, aunque en la toma de decisiones económicas en su mayoría se realiza por este juego libre entre oferentes y demandantes, la autoridad, el sector público, interviene y desempeña un papel importante con la finalidad de intentar mejorar o enmendar posibles errores del funcionamiento autónomo del mercado.¹³

El Estado tiene la potestad de tomar decisiones económicas que afecten al sector privado, con el fin de que los demandantes y oferentes se guíen por estas directrices. Sigue existiendo libertad de elección de los agentes económicos, sin embargo, el Estado puede restringir esta libertad para corregir posibles defectos.¹⁴ En nuestro país, el Estado actúa como un guía a través de sus leyes y su capacidad para corregir los fallos del mercado.

¹² ECONOMIPEDIA (2015): Economía mixta. Disponible en: <http://economipedia.com/definiciones/sistema-economia-mixta.html> por: Ana Cabello [Consulta: 10/4/2017].

¹³ BUENO E. (1994). Op. Cit.

¹⁴ Consellería de Cultura, educación e ordenación universitaria, Xunta de Galicia: sistemas económicos, departamento de economía. Disponible en: <http://www.edu.xunta.gal/centros/iesmonelos/system/files/TEMA4++SISTEMAS++ECON%C3%93MICOS.pdf> por: Ies Monelos [Consulta: 11/4/2017].

Respecto a los medios de producción, la mayor parte de ellos son de propiedad privada, sin embargo, en determinadas ocasiones, también el Estado es propietario de factores productivos.

En el propio sistema de mercado existe una armonía natural de las decisiones individuales y descentralizadas que se relacionan entre sí para alcanzar una satisfacción económica general. No obstante, y teniendo en cuenta el carácter del Estado y su Gobierno con la suficiente potestad como autoridad, generalmente, nos encontramos que ambas fuerzas se complementan y no son excluyentes la una de la otra de forma total. Por eso, y pese a que la economía de mercado se define fundamentalmente por el conjunto de relaciones de una sociedad en el cual los diferentes agentes económicos actúan libremente, para garantizar una estabilidad y una justicia económica el Estado puede que tenga que intervenir. El objetivo de la intervención del Estado es defender un derecho a la competencia y evitar desequilibrios ocasionados por las fuerzas económicas, logrando con este sistema de economía mixta tanto la búsqueda del interés individual de consumidores y productores como el bienestar general de la sociedad.¹⁵

Para que las decisiones voluntarias e individuales ocasionen un mercado en perfecto equilibrio, y como consecuencia tanto demandantes como oferentes puedan ser beneficiados, es necesario que ninguno de estos dos agentes pueda influir más que el otro en el mercado a través de sus decisiones. Los agentes no deben de ser capaces de fijar o manipular el precio de forma individual, pues entonces no se reflejaría la realidad deseada.

2.3.2.1 La intervención del Estado

Tal y como se ha señalado anteriormente, el mercado es capaz de organizar la fuerza que ejercen el juego mutuo entre la oferta y la demanda, teniendo en cuenta que debe estar presente una cooperación armoniosa entre el interés privado y el público, predominando el interés privado cuando el mecanismo de mercado funcione correctamente. El resultado de este pensamiento tiene su origen en Adam Smith (Adam Smith defiende que la ley natural del mercado es la libertad, guiado por una mano invisible

¹⁵ LECHNER, N. “El debate sobre Estado y Mercado”. *Revista Estudios*, Nº 31, págs. 237-248. 2014.

de forma efectiva)¹⁶. En teoría una economía perfectamente competitiva será eficiente; no obstante, hay que tener en cuenta que existen fallos en el mercado y por tanto cuando la “mano invisible” no funciona correctamente en su totalidad es necesaria la intervención del Estado.¹⁷

Es por este mismo motivo que, en la vida real, el Estado tiene el objetivo de tratar de mejorar el funcionamiento tanto en mercados concretos (perspectiva microeconómica), como de forma global (perspectiva macroeconómica).

Desde tiempos remotos, el Estado, tanto por interés como por necesidad, ha intervenido en el mercado y en los procesos económicos desarrollados por la sociedad. Sin embargo, toma importancia la intervención económica estatal tras la Segunda Guerra Mundial y la depresión económica del 29, debido a la necesidad de una política fiscal y monetaria que calmase los periodos de crisis en búsqueda del restablecimiento del impacto económico y social previamente causado. Al mismo tiempo, se intenta avanzar hacia un reparto más equitativo y justo de los recursos productivos, para que finalmente tenga lugar la reorganización del funcionamiento del mercado y sus resultados.¹⁸

En España se observa cómo el Estado lleva a cabo diferentes acciones planificadoras, tanto a nivel global como a nivel selectivo, para coordinar la actuación de ciertos sectores. Por tanto, aunque no se pueda hablar de un mercado centralizado, tampoco se puede hablar de un mercado totalmente libre, puesto que existe una intervención estatal en la economía. Este aspecto ocasiona que, desde hace años, en el panorama mundial ha habido reivindicaciones y disconformidad en contra del intervencionismo del Estado¹⁹, puesto que se formula un debate sobre las fronteras de la

¹⁶ SMITH, A. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica, Vol.1, Barcelona, págs. 503-504. 1988.

¹⁷ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

¹⁸ LECHNER, N. (2014). Op. Cit.

¹⁹ El francés Vincent de Gournat en el siglo XVIII utiliza la expresión “*Laissez faire et laissez passer*”. Defiende la libertad pura y el libre mercado y la nula intervención del Estado.

intervención estatal.²⁰ No obstante, estas protestas no han sido en contra de la intervención estatal en general, sino contra actuaciones más concretas y específicas.

Desde mi punto de vista, la intervención no tendría que tener unos límites concretos y aplicables a todos los campos, sino que, tras analizar los fallos del mercado, toda intervención será correcta si se respetan los derechos y se realiza a través de unos instrumentos institucionales óptimos tras realizar un análisis que refleje la realidad social y sus consecuencias y se realice un plan de futuro con un buen diseño dinámico que permita una ejecución exitosa de la intervención.

El libre juego de la oferta y demanda de un mercado libre a través de decisiones individuales e independientes genera un funcionamiento del mercado en la búsqueda del beneficio propio, pero que, sin embargo, deja en duda la búsqueda de un bienestar general del conjunto de la sociedad que el mercado basado en la economía mixta sí tiene en cuenta. Si se dejase a los agentes del mercado actuar en total libertad, de acuerdo a sus decisiones e intereses, sólo se preocuparían por su rentabilidad individual y no tendrían presente los problemas que a largo plazo puedan surgir en el conjunto del mercado, ni se velaría por un bienestar general (función encomendada al Estado).

Pese a que el mercado por sí mismo podría abarcar la totalidad de las decisiones, el Estado debe intervenir y tomar ciertas decisiones para intentar corregir los fallos del mercado y conseguir una equidad y estabilidad mayor, sin olvidar la posición preponderante del mercado frente a la autoridad.

Los fallos del mercado se producen porque en ocasiones el mercado puede funcionar de manera imperfecta, ocasionando que la asignación de los recursos no coincida con los deseos y las necesidades demandadas, es decir, fallos en la asignación eficiente de recursos. Uno de los motivos es que existen mercados no competitivos, ajenos a los mercados de competencia perfecta. Estos mercados no competitivos tienen la fuerza

²⁰ LASKI, H. J. *El liberalismo europeo*, señala en la página 131 que: “la libertad económica está en la naturaleza de las cosas y que la reglamentación resulta necia si para darle autoridad requiere vigilancia”.

suficiente por sí mismos, tienen poder de mercado, como para alterar el precio del producto o la producción en sí; falta de movilidad en los recursos productivos; información deficiente, etc., reflejándose en una producción que no corresponde a los deseos demandados. Es lo que se conoce como imperfecciones en la competencia. El Estado puede intervenir por ejemplo con leyes reguladoras para evitar limitaciones a la competencia, leyes antimonopolio, etc.²¹

También pueden aparecer economías externas. Las externalidades, como su propio nombre indica, son los efectos externos que afectan a terceros que no tenían nada que ver con el intercambio productivo, personas distintas de los productores y consumidores. Los precios generalmente no tienen en cuenta estos efectos externos, es por eso que el Estado debe a través de los desincentivos intentar paliar las desventajas ocasionadas a terceros, así como cuando se produzcan beneficios a terceros se pueden establecer incentivos. Estas economías externas pueden ser positivas o negativas, produciendo efectos beneficiosos o perjudiciales para terceras personas, respectivamente. El estado puede intervenir proporcionando subvenciones a las economías externas positivas, y gravando con impuestos a las economías externas negativas.²²

Además, se observa cómo no sólo los anteriores fallos de mercado se producen por no funcionar perfectamente, sino que a veces estos mismos fallos de mercado se ocasionan porque el mercado no funciona en absoluto y no es capaz de suministrar ciertos bienes y servicios que son necesarios. El estado debe intervenir proporcionando bienes públicos. Los bienes públicos, o bienes de consumo colectivo, se caracterizan porque no se puede excluir de su consumo a aquellos que no estén dispuestos a pagar un precio por él y porque el consumo de un bien no disminuye el posible consumo de otra persona de ese mismo bien (son bienes no rivales, no se agota en el proceso de consumo).

Ciertas actividades, que proporcionan servicios y bienes, (seguridad, defensa, infraestructuras, sanidad, educación...) son muchas veces asignadas al propio Estado para así lograr un mercado más justo. Existen ciertas actividades dirigidas por la autoridad y para

²¹ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

²² MANKIWI, G. N. *Principios de economía*. Cengage, págs. 195 y ss., 2017.

la sociedad, realizadas por la autoridad a través de los gastos públicos gracias a la construcción impositiva aportada por la sociedad. ¿Por qué realiza el Estado estas actividades de proporcionar bienes y servicios dentro del mercado? Estas actividades y decisiones estatales, de carácter público, se realizan a través de la autoridad porque se desarrollan de una forma que los agentes del mercado totalmente libre no considerarían.²³

También se le asigna al Estado la función de velar por un desarrollo económico, fructífero, a través de un plan general. En este caso, el Estado actúa de manera orientativa y mediadora, teniendo presente como instrumento, para lograr los objetivos, la importancia de la participación de los miembros de la sociedad. Las decisiones individualizadas, ocasionadas por el carácter atomizado del mercado libre, no garantizan cubrir unas garantías mínimas en las relaciones económicas ni un mercado equitativo, sino que muy probablemente, por el contrario, acentúen más las desigualdades sociales y el inequitativo reparto de riqueza, por eso nuevamente es necesaria una intervención estatal, adecuada y garantista, que enmiende este aspecto y que luche por una sociedad con visión hacia el desarrollo económico a través de decisiones y acciones destinadas a modificar tanto el funcionamiento del mercado como de sus resultados.²⁴

Además, somos conscientes de que el mercado puede llegar a producir, y realmente produce, unas desigualdades en la sociedad, teniendo el Estado a través de sus políticas de redistribución, como por ejemplo transferencias, intentar paliar este efecto en orden a mantener un equilibrio entre la equidad social y la eficiencia.²⁵

Y finalmente, el Estado busca conseguir, a través de políticas de estabilización, una mayor estabilidad económica, ya que se considera que los mercados, en ocasiones, actúan con excesiva lentitud, por ejemplo en periodos de crisis, ayudando así al propio mercado a alcanzar cuanto antes el equilibrio del mercado.²⁶

²³ LECHNER, N. (2014). Op. Cit.

²⁴ MOCHÓN, F. (2009). Op. Cit.

²⁵ VICIANO, J. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

²⁶ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

Ahora bien, la autoridad, el Estado no es un ente perfecto, sino que pretende enmendar los fallos del mercado, pero que también puede equivocarse y ocasionar fallos. Esto genera más dudas y debates que tratan hasta dónde debe intervenir el Estado y cuál sería la forma más adecuada de intervención. Estas dudas sobre el intervencionismo estatal sobre las que se ha hecho referencia, se estudian por la Economía Normativa, que se preocupa y debate sobre cómo deben de ser las cosas, y no sobre cómo realmente son. Es una discusión que lleva desde tiempos remotos abierta y que parece ser que seguirá abierta por muchos más años.²⁷

3. TIPOS DE MERCADO

Se puede definir el mercado como una institución económica que pone en contacto oferentes y demandantes, determinando el precio de intercambio de un bien a través de las voluntades de ambos agentes. Siendo los oferentes los que están dispuestos a intercambiar el bien a cambio de algo, generalmente dinero, y pudiendo ser denominados también vendedores, así como los demandantes son aquellos que están dispuestos a intercambiar el dinero por ese bien, los compradores. Cuando ambos agentes, compradores (demandantes) y oferentes (vendedores) se coordinan para lograr alcanzar los resultados esperados obtenemos el equilibrio de mercado.²⁸

En nuestra sociedad cada individuo desempeña una función específica en la que se especializa. Con los mercados pasa algo semejante, puesto que no existe un único mercado que abarque todos los deseos buscados, sino que cohabitan diversas clases de mercados complementándose entre ellos²⁹. Es por ello por lo que clasificamos los mercados de acuerdo a la naturaleza de cada uno de ellos³⁰. Esta clasificación de los tipos de mercado nos permite conocer el ámbito en el que nos movemos cuando nos relacionamos con ellos,

²⁷ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

²⁸ MOCHÓN, F. (2009). Op. Cit.

²⁹ Esta clasificación se basa en la realizada por el economista estadounidense Philip Kotler.

³⁰ Promo Negocios (2016): Tipos de Mercado. Disponible en: <https://www.promonegocios.net/mercado/tipos-de-mercado.html> [Consulta: 12/04/2017].

pudiendo llegar a conocer ante que nos enfrentamos y cómo deberemos actuar en cada tipo de mercado.³¹

1. Punto de vista Geográfico:
 - a. Mercado Local (*tienda concreta o centro comercial*).
 - b. Mercado Metropolitano (*área de una ciudad, dentro o los alrededores*).
 - c. Mercado Regional (*zona geográfica que no tiene porque coincidir con los límites regionales políticos*).
 - d. Mercado Nacional (*dentro de un país*).
 - e. Mercado Internacional (*concurrenten uno o más países en el extranjero*).

2. Punto de vista del tipo de Cliente:
 - a. Mercado del Consumidor (*uso personal*).
 - b. Mercado Industrial (*deriva en una siguiente producción*).
 - c. Mercado del Revendedor (*reventa o renta*).
 - d. Mercado del Gobierno (*objetivo del desarrollo de funciones del sector público*).

3. Punto de vista de “No Cliente”:
 - a. Mercado de Votantes (*ejercen el derecho democrático al voto*).
 - b. Mercado de Donantes (*sin ánimo de lucro*).
 - c. Mercado de Trabajo (*ofertan en el factor productivo de los recursos humanos*).

4. Punto de vista del Producto:
 - a. Mercado de Productos o Bienes (*tangible*).
 - b. Mercado de Servicios (*no tangible y objeto de transacción*).
 - c. Mercado de Lugares (*adquirir, alquilar o hacer uso de un lugar*).
 - d. Mercado de Ideas (*una feria de exposición, campañas publicitarias...*).

5. Punto de vista del Recurso:
 - a. Mercado de Materias Primas (*bienes en su estado natural*).
 - b. Mercado de Fuerza de Trabajo (*recursos humanos y sus capacidades*).
 - c. Mercado de Dinero (*financiación de capital monetario*).

³¹ MANKIW, G. N. (2017). Op. Cit.

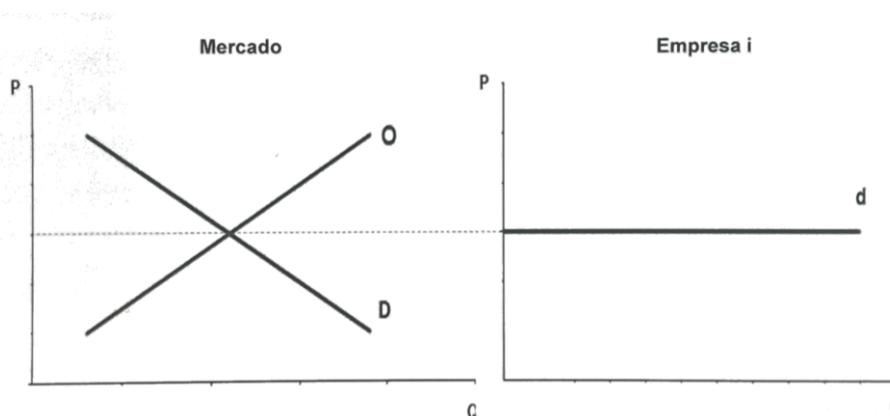
6. Punto de vista de la Competencia:
 - a. Mercado de Competencia Perfecta.
 - b. Mercado de Competencia Imperfecta
 - i. Mercado de Monopolio
 - ii. Mercado de Competencia Monopolística.
 - iii. Mercado de Oligopolio.
 1. Oligopolio Perfecto.
 2. Oligopolio Imperfecto.

3.1 Situación de mercados competitivos frente a mercados no competitivos

La principal diferencia entre ellos radica en el poder de mercado del que disfrutan y la capacidad para fijar los precios.

Los mercados de competencia perfecta, mercados competitivos, y su correcto funcionamiento son una situación idílica. Consisten en situaciones en las que ninguna de las dos partes, ni consumidores ni productores, pueden influir individualmente en el mercado de manera relevante. Véase gráfico 1.³²

Gráfico 1³³



³² Aula de economía: galería de gráficos, 2002. Disponible en: <http://www.auladeeconomia.com/graficos4.htm> [Consulta: 21/10/2017].

³³ El gráfico muestra cómo afecta el juego de la oferta y la demanda al mercado de competencia perfecta, con una curva de demanda perfectamente elástica (curva de demanda horizontal): si una empresa cobra un precio más elevado al precio de equilibrio no obtendrá ganancias, puesto que no vendería; si produce por debajo de este nivel, obtendrá unas ganancias inferiores a las posibles.

Por tanto, se produce esta situación de mercados de competencia perfecta cuando:

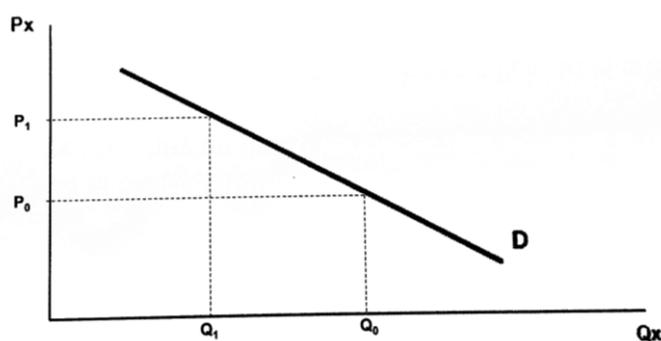
- El mercado está atomizado. La causa de ello es que hay un gran número de participantes (demandantes/compradores y oferentes/vendedores), el porcentaje de volumen de producción total en el mercado de cada empresa es muy reducido.
 - Aunque una empresa aumente o reduzca su producción o sus precios, el mercado competitivo global es tan amplio que no producirá variaciones sustanciales.
- Los productos ofrecidos son homogéneos (idénticos) y privados. No existe diferencia entre los productos vendidos por las diversas empresas del mercado.
- Las empresas son precio-aceptante (se pueden tomar decisiones sobre la cantidad a producir, pero no sobre su precio en el mercado). La causa de que las empresas sean precio-aceptantes y no puedan influir en el precio del bien es consecuencia de que el mercado está atomizado y los bienes sean homogéneos
- Libre competencia: no existen barreras de entrada ni de salida de empresas. Esto significa que hay libre movilidad de recursos productivos y que las empresas no tienen impedimentos para decidir si quieren entrar o salir del mercado.
- Tanto los compradores como los vendedores están perfectamente informados. Existe información sobre todas las condiciones del mercado: los compradores saben a que precio las empresas están dispuestas a vender el bien producido, y estas saben el precio que los compradores están dispuestos a pagar.

Los mercados de competencia perfecta logran alcanzar la asignación eficiente de recursos, alcanzando un “óptimo de Pareto” (no se puede mejorar la situación de uno sin empeorar la de otro). Podríamos concluir entonces diciendo que los mercados de competencia perfecta permiten que se maximicen las posibilidades del bienestar económico. No obstante, no existe ningún mercado que cumpla todas las condiciones expuestas, puesto que es realmente difícil que en la práctica todas estas características se presenten simultáneamente, pese a que hay mercados que se aproximan bastante a este

modelo de competencia perfecta, como son los mercados agrícolas y algunos financieros (títulos de valores).³⁴

En el otro extremo, nos encontramos con los mercados de competencia imperfecta, mercados que no poseen las características anteriormente enumeradas. Son también conocidos como mercados no competitivos, debido a que uno de los agentes económicos, generalmente los vendedores, tiene el suficiente poder de mercado como para influir en el precio de los bienes o servicios. En los mercados no competitivos algún vendedor ostenta una parte sustancial de la producción total, por lo que los cambios que él ocasione afectan tanto a la producción como al precio del mercado total. *Véase gráfico 2.*

Gráfico 2³⁵



3.1.1 Relación de la eficiencia con el mercado

La eficiencia está directa e íntegramente relacionada tanto con los mercados de competencia perfecta (puesto que cuando un mercado más se acerque al modelo de competencia perfecta, ante mayor grado de eficiencia nos encontraremos), como con la eficiente asignación de los recursos productivos (siendo la asignación el modo en el cual una economía distribuye los recursos que posee entre los diversos usos posibles).³⁶

³⁴ MANKIWI, G. N. (2017). Op. Cit.

³⁵ En los mercados no competitivos, al tener capacidad para influir en el precio del bien, la curva de demanda es decreciente, puesto que las empresas con poder de mercado pueden incrementar el precio del bien disminuyendo la cantidad de producción.

³⁶ Notas de la asignatura de Economía Política cursada en primero de Grado Derecho en la Universidad de Valladolid.

Eficiencia, tal y como ya se adelantó previamente, significa que no hay un desaprovechamiento de los recursos, es decir, que se están utilizando todos los factores de producción existentes del mejor modo posible sin que pueda dar lugar a una mayor producción útil para satisfacer las necesidades: se produce la mayor cantidad posible y con el menor coste posible.

La eficiencia de Pareto u Óptimo de Pareto se produce cuando no existe posibilidad de una reorganización del mercado del que se puedan obtener mejores resultados, esto significa que no se puede mejorar el bienestar de una persona afectada sin empeorar la situación de los demás. Es por ello que esta definición nos orienta hacia la consecución de la eficiencia óptima de asignación, que no tiene porque necesariamente ajustarse al bienestar general del conjunto de la sociedad, a la igualdad o a la justicia.³⁷

A simple vista nos puede parecer que las situaciones de competencia imperfecta producen siempre y en todo caso situaciones no deseadas, y es por eso que el Estado, a través de sus políticas económicas, debe garantizar una competencia justa y equitativa para así no perjudicar a los consumidores. Sin embargo, esto no es cierto en todos los campos, porque también hay ocasiones en las que la competencia imperfecta puede ser más eficiente que si participasen un gran número de empresas (lo que sucede por ejemplo en el caso del monopolio natural).³⁸

3.1.2 Relación de la posición de dominio con el mercado

Para entender los principales tipos de mercados no competitivos (monopolio, competencia monopolística y oligopolio), es necesario comprender la figura de la **posición de dominio o poder de mercado**.

La posición de dominio se conoce como el poder económico que posee una o varias empresas y que afecta a la competencia, impidiéndola al completo u obstaculizándola. La posición de dominio ocasiona que la empresa que lo posea pueda

³⁷ MANKIWI, G. N. (2017). Op. Cit.

³⁸ BARBER, W. J. *Historia del Pensamiento Económico*. Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1982.

actuar de forma independiente en el mercado, y es por ello que en ocasiones la Administración también actúa como una empresa, y sea considerada como tal, en cuanto que realiza una actividad empresarial con el suficiente poder para influir en la economía y desarrolla una actividad económica proporcionando bienes y servicios.³⁹

La posición de dominio no está prohibida, lo que es ilícito es que una empresa que tenga una posición dominante en el mercado se comporte de forma abusiva (artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, TCE). Se considera que hay una explotación abusiva cuando se distorsione el objetivo de alcanzar una competencia efectiva dentro del mercado, tanto parcial como totalmente.⁴⁰ En otras palabras, sería la capacidad de un agente económico en poder subir y mantener los precios (alterar los precios) por encima de lo que realmente se ofrecería en una situación de auténtica competencia, o bien, de establecer unas condiciones diferentes a las que se ofrecerían en dicha situación, sin verse significativamente afectado por el comportamiento de los consumidores ni del resto de competidores.⁴¹

En España la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de Julio, prohíbe ejercer una explotación abusiva de la posición de dominio en cuanto que se impongan precios y/o condiciones, se limite a otras empresas la producción y se dé la negación a la

³⁹ PASTOR, S. *Sistema Jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1989.

⁴⁰ Guías Jurídicas WOLTERS KLUWER- Área derecho mercantil, “Posición de Dominio”. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1PTU_DMAz9N7IMQvsQ3HJpywFpIDQK4uq2XhstjUvsluXf4y47EMmK_ez3_PwzY0w1XsVOxK51FDYdbjoaXXBkOAUKabR1nNEINGy3BlqZwVfU2t2auwVraBSn2GEskmZCAv6EbPcHw_wP9vsHiehDVLiBmLdd19v17u77d4elxbxaMrAP2y_UYBM3g_uGoIXkemB2XFCSSf1FqQ3SpqzLjdZrQvqJALk8QelQbjBDb4R20ULfzqLr0ADxd12XunBS8Mc_gGY0PFwU_bpy7R_4Meh2D_49m1WIWUbeNhNwzrde_AsESPIbufucf_Cx5WF4BAAA=WKE [Consulta: 13/10/2017]

⁴¹ FRANCO, L. *Economía y defensa de la competencia*, “El análisis económico de la Defensa y Promoción de la Competencia” Xunta de Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, págs. 129-146, 2010.

producción de un bien o servicio siempre que ocasionen perjuicios a afectados y terceros.⁴² En definitiva, está prohibido que esta situación de dominio produzca desigualdades e injusticias recogidas por la normativa y por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC en adelante)⁴³.

En todo caso, para acabar de entender el alcance del poder de mercado, se debe aclarar la existencia de mercados de referencia, puesto que no todas las empresas competitivas y que ejercen el poder de mercado compiten en el mismo mercado.⁴⁴ Es obvio que no todas las empresas ofrecen los mismos productos en el mismo lugar, por eso deberíamos especificar la zona geográfica y de producción donde actúan los mercados, es lo que se conoce como mercado relevante, para valorar correctamente la situación del poder de mercado y consiguientemente la violación de las normas de competencia y la restricción ejercida.⁴⁵

⁴² MAILLO, J y BENEYTO, J. M. *Tratado de derecho de la competencia*. Bosch, 2017.

⁴³ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) tiene como objetivo preservar, garantizar y promover una competencia efectiva dentro del marco nacional español y la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, en relación a los mercados productivos de economía.

⁴⁴ ALTZELAI, I. “Algunas cuestiones del Análisis *Antitrust*: Delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 9, págs. 51 y ss. 2011. Editorial Wolters Kluwer.

⁴⁵ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03): El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.

3.1.2.1 ¿Cómo alcanzar el poder de mercado?

Existen diversas formas y circunstancias que acaban generando poder de mercado, condicionando por ende la susceptible aparición de la restricción de una competencia efectiva. Es posible que el poder de mercado derive de alguna de las siguientes opciones:⁴⁶

- Cárteles o acuerdos colusorios entre las empresas.
- Búsqueda del poder de mercado a través de fusiones y concentraciones entre empresas.
- Una empresa, por méritos propios, alcance una posición de dominio pero que finalmente acaba abusando de la misma.
- El Estado proporciona ayudas públicas a empresas y, en ocasiones, algunas empresas gracias a estas ayudas obtienen un poder de mercado sin realización de esfuerzos, generando una posición injusta.

3.1.2.2 Indicadores del Poder de Mercado

Se comprueba, a lo largo de la exposición realizada que, cuanto más se aleja un mercado del modelo de competencia perfecta, menos eficiente será. Es por ello que necesitamos de una intervención pública, del Estado, para así solventar los problemas económicos que el propio mercado libre no puede enmendar. Los Estados deben asumir la tarea y labor de dar solución a los fallos del mecanismo del mercado.

Las actuaciones del Estado y de su Gobierno deben guiarse por el objetivo de aumentar la eficiencia buscada por los mercados, cuándo promuevan y defiendan la competencia. Se necesita un análisis económico del mercado y las empresas en orden a establecer cuándo los Estados deben intervenir, en que medida, con que instrumentos, con que finalidad, etc. Es necesario combinar el correspondiente análisis jurídico y el análisis económico oportuno.⁴⁷

Esta aplicación no es pura aplicación teórica, sino que se debe examinar caso por caso a través de indicadores que nos permitan conocer el grado del poder de mercado con

⁴⁶ ALTZELAI, I. (2010). Op. Cit.

⁴⁷ PETITBÒ, A. *Economía y defensa de la competencia*, “La relevancia del análisis económico en los procedimientos relacionados con el derecho de la competencia”. Xunta de Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, págs. 7-28. 2010.

una base cuantitativa. Estos índices son comúnmente empleados por las autoridades del Gobierno en cuanto que ayudan a mantener y proteger los mercados de competencia.⁴⁸

En primer lugar, un buen indicador (por su fácil aplicación e interpretación) es el coeficiente de concentración, en el cual se mide el poder que ejercen las empresas más relevantes que afectan de forma significativa a la industria y/o producción de un sector o mercado. En otras palabras, es la participación en el mercado de cada empresa individual en relación al porcentaje de producción del mercado total. El valor de este coeficiente se obtiene a partir del número de ventas alcanzado por las empresas.⁴⁹

Por ejemplo, si una empresa ostenta el 100% de la producción, nos encontramos ante un monopolio; sin embargo, si una empresa (dentro de un mercado con un gran número de empresas) ostenta un porcentaje cercano al cero por ciento, nos situamos ante un mercado cercano al modelo competencia perfecta. Si en un determinado mercado se venden 1000 unidades de un bien en total y una empresa vende la totalidad de estos bienes, nos encontraremos ante un monopolio, puesto que la participación individual de la empresa es del 100%; si esta empresa vende 500 bienes de los 1000 producidos por la industria correspondiente, la participación individual de la empresa es del 50%; si vende 300 el porcentaje es del 30%; y así sucesivamente.

Normalmente, el coeficiente de concentración mide el poder de las cuatro primeras empresas más destacadas y posteriormente de las cuatro siguientes, dando un resultado final de ocho empresas que ejercen un poder en el mercado significativo. Esto se conoce como razón de concentración y se realiza de este modo porque en las sociedades industriales desarrolladas muchos mercados están dominados por unas pocas empresas grandes.

Calcular el índice de poder que posee cada empresa en el sector es sencillo si nos basamos en el número de ventas realizadas y/o de la producción. Sin embargo, y pese a que normalmente se calcula el índice del poder de mercado de una empresa en base a las ventas,

⁴⁸ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

⁴⁹ SPENCER, M. H. *Economía contemporánea*. Reverte, pág. 580, 1993.

no es el único método utilizado, sino que también se puede hacer por medio del valor añadido a cada etapa de producción, del valor de los embarques, del activo que se posee o de los puestos de trabajo de la empresa. No obstante, estos resultados, por ejemplo a través de los embarques, pueden ser engañosos debido a que la valoración realizada es solamente a nivel nacional, y los porcentajes a analizar serán más elevados que si tuviésemos en cuenta toda la producción internacional del mismo producto. Tampoco se tienen en cuenta dentro del coeficiente de concentración de empresas la influencia que otro tipo de empresas y de competencia realiza sobre la misma producción.⁵⁰

En segundo lugar, otra forma de medir el grado de concentración de las empresas en el mercado es según su poder en el mismo, sería el índice de Herfindal.

El índice de Herfindal (índice de Herfindahl-Hirschman) se calcula en base a las cuotas de mercado ejercido por las empresas en el mercado al que pertenecen. Cuanto mayor sea el porcentaje de dicha cuota, mayor nivel de concentración encontraremos y, por tanto, mayor poder del mercado ejercido por la empresa en cuestión⁵¹. Como pasaba con el índice de concentración (coeficiente de concentración), cuando este porcentaje se aproxime más al “valor cero” habrá menos influencia ejercida por cada empresa y, por ende, menor concentración del mercado (el HHI tiene un valor de 10.000). La ventaja de utilizar la cuota de mercado es que no se tiene en cuenta las variables del entorno del mismo, por ejemplo no tiene en cuenta la inflación, el PIB, los impuestos, etc. Sólo nos indica el porcentaje de las ventas que tiene una empresa sobre el total del mercado calculado en un periodo de tiempo concreto.

$$HHI = \sum_{i=1}^n s_i^2$$

⁵⁰ MAYA, C. J. y VILLEGAS, H. “Inclusión y homogeneidad en la valoración de la desigualdad”. *Revista Política y Cultura*, N° 22, México, 2004.

⁵¹ ECONOMIPEDIA (2015): Índice Herfindahl-Hirschman Disponible en: <http://economipedia.com/definiciones/indice-herfindahl-hirschman.html> [Consulta: 24/10/17].

⁵² PRICEONOMIC (2014): “The most and least diverse cities in America, Herfindahl-Hirschman Index, Disponible en: <https://priceconomics.com/the-most-and-least-diverse-cities-in-america/> por: Rosie Cima [Consulta 25/10/17].

La anterior ecuación permite calcular el índice de Herfindal, siendo n el número total de empresas que participan en el mercado y S_i la cuota de participación de la empresa i en el mercado. Por tanto, si HHI es igual a cero no hay concentración empresarial, estaríamos ante una competencia perfecta; si HHI es igual a 10.000 existe un monopolio en el mercado, puesto que hay una única empresa con una cuota del 100% que elevado al cuadrado (como expresa la fórmula) da un resultado de 10.000; cuando el resultado de la ecuación sea un valor alto nos indicará la existencia de un oligopolio; si este valor es bajo, hay competencia monopolística.⁵³

Por ejemplo, si tenemos tres empresas dentro de un mercado y la primera tiene una cuota del 45%, la segunda del 30% y la tercera del 25%, se calcularía de la siguiente manera: $HHI(3) = 45^2 + 30^2 + 25^2 = 3.550$. Se puede intuir que hay una concentración del mercado.

En tercer lugar, encontramos el índice de Lerner que, nuevamente, expone el poder de mercado de una empresa. Se suelen combinar la utilización del HHI y el índice de Lerner, debido a que este mide la capacidad de una empresa para fijar el precio de sus productos por encima de su coste marginal.⁵⁴

El índice de Lerner se calcula hallando la diferencia entre el precio y el coste marginal, dividiendo este resultado por el precio, obteniendo un valor entre el 0 y el 1. Cuanto más se aproxime el resultado a uno mayor poder de mercado ostenta la empresa analizada, y por tanto mayor capacidad para fijar precios tendrá.

$$L = \frac{P - MC}{P}$$

⁵³ SLIDE SHARE (2012): Microeconomía, capítulo 7: el oligopolio y competencia monopolística. Disponible en: <https://es.slideshare.net/salasvelasco/microeconomia-capitulo-7> por: Manuel Salas Velasco [Consulta: 25/10/17].

⁵⁴ ECONOMIPEDIA (2015): Índice de Lerner. Disponible en: <http://economipedia.com/definiciones/indice-de-lerner.html> Por: Javier Sánchez Galán [Consulta: 25/10/17].

⁵⁵ POLINOMICS (2017): "Monopoly I, basic definitions: Lerner index. Disponible en: <http://policonomics.com/lp-monopoly1-monopoly/> [Consulta: 25/10/17].

Por ejemplo, si una empresa vende un producto a 6€, siendo su coste marginal de 1,5, el índice resulta ser 0,75 ($6-1,5=4,5$; $4,5/6=0,75=L$). Esto significa que la empresa puede fijar un precio muy elevado debido al poder de mercado que tiene. En el otro extremo nos encontramos con una empresa que no tiene este poder para influir en los precios, ya que el mercado es más competitivo. Así, si una empresa de producción de pipas tiene un coste marginal de 1,5 y vende cada bolsa a un precio de 2 €, la aplicación de la fórmula del índice de Lerner da un resultado de 0,25 ($2-1,5=0,5$; $0,5/2=0,25=L$), mostrando la ausencia de un poder de mercado relevante por parte de esa empresa.⁵⁶

3.2 Monopolio

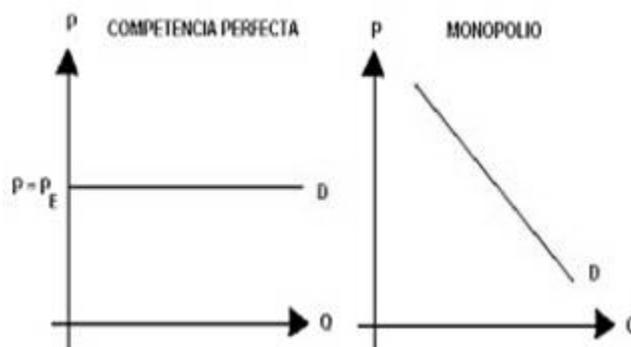
El monopolio es la estructura de mercado en la que exclusivamente existe una empresa que produce y vende, empresa monopolista. El empresario monopolista se enfrenta a toda la demanda. Debido a que solo hay una única empresa en el mercado, esta será capaz, por el poder de mercado que ostenta, de fijar los precios de venta debido a la falta de alternativas que tienen los compradores (*véase gráfico 3⁵⁷*). Si bien es cierto que no se fijan precios arbitrarios, sino que se influncian, no sólo por los beneficios sino también por la demanda y el precio máximo que se esté dispuesto a pagar en función de la necesidad y el deseo por parte de los compradores.⁵⁸

⁵⁶ Es necesario establecer los límites del mercado relevante, para así tener una aproximación precisa de la participación individual de una empresa, con la finalidad de establecer límites entre los productos o servicios que son competidores entre sí y aquellos que no lo son.

⁵⁷ ANAVE, O. y LEÓN, O. (2003): “El Monopolio”, República bolivariana de Venezuela. Ministerio del poder popular para la educación universitaria. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos97/elmonopolio/elmonopolio2.shtml> [Consulta: 23/20/17]

⁵⁸ MANKIWI, G. N. (2017). Op. Cit.

Gráfico 3⁵⁹



Los monopolios se dan en las situaciones del mercado con existencia de barreras de entrada, si las mismas no existiesen otras empresas, si quisiesen, podrían entrar a formar parte del mercado. Ante la ausencia de empresas competitivas, el monopolio va a poder mantenerse en una situación de beneficios extraordinarios a largo plazo, debido a que como ya se ha explicado el precio fijado de la venta de un bien o servicio va a ser generalmente mayor que el que dictaría por sí mismo el propio equilibrio de mercado. Además, hay una evidente pérdida de eficiencia porque se producen cantidades menores a las deseadas. Las barreras de entrada pueden surgir de una iniciativa del Estado ante la limitación de la concesión de licencias, otorgando licencias a una sola empresa para poder actuar en el mercado, y también existe la regulación de las patentes reconocidas por las leyes.⁶⁰

No obstante, los monopolios anticompetitivos no son los únicos existentes, es más, si nos basamos en la aplicación de un análisis económico, las situaciones de monopolio “no legal” son escasas (el caso normal, basándonos en este análisis refleja mercados con un número reducido de empresas con cierto poder de mercado rodeadas de un número más o

⁵⁹ A diferencia de la competencia perfecta, en el monopolio la curva de demanda es inelástica, ya que el monopolista no es precio-aceptante. El precio al que se vende el producto depende de la cantidad ofrecida, debido a que es el único oferente del mercado. Los monopolistas producen menos y a un precio más elevado, con relación a lo que se produciría en los mercados de competencia perfecta.

⁶⁰ BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

menos elevado de empresas de menor dimensión sin capacidad para influir en el mercado de forma decisiva o relevante).⁶¹

Existen también monopolios naturales. Los monopolios naturales se permiten porque hay productos que solamente pueden ser elaborados de manera eficiente por una sola empresa. Los monopolios naturales verdaderos son escasos en la vida real y, para que estos sean legales, deben ser permitidos a través de una protección o regulación gubernamental, tras considerar por el legislador que por el bien o servicio del que se trate se debe excluir de la libre competencia (*véase gráfico 4*⁶²). Nuevamente nos encontramos ante un intervencionismo económico por parte de la autoridad.⁶³

Se puede hablar de monopolios nacionales, regionales o municipales, a los que el Gobierno otorga una concesión o licencia, que prestan servicios que se consideran esenciales y necesarios para la sociedad. Es por ello que más que una eficiencia económica empresarial lo que se busca es perseguir que todos los ciudadanos puedan tener acceso a la producción generada, siendo el Estado el único productor. Ejemplos conocidos son: los mercados energéticos, correos, tabaco, etc., debido a que se consideran que estos bienes y servicios deben proteger el interés general de la sociedad, pero también por motivos fiscales, de seguridad, orden público, educación, sanidad, etc.⁶⁴ La cuestión que se plantea es cuáles son los servicios esenciales para la comunidad, y si realmente este sistema no presenta desventajas al consumidor, ante la ausencia del juego de la oferta y la demanda. En este caso las barreras de entrada son de tipo legal.

⁶¹ PETITBÒ, A. (2010). Op. Cit.

⁶² SLIDE PLAYER: Competencia Imperfecta, mercado del monopolio. Disponible en: <http://slideplayer.es/slide/10593360/> Por: María José Ortega Campos. [Consulta: 11/01/2017]

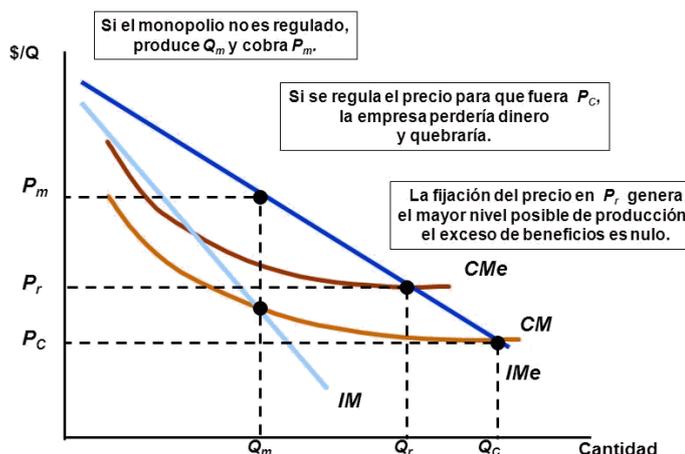
⁶³ MUÑOZ, O. *Hacia el Estado Regulador, después de las privatizaciones*. Cieplan, Santiago de Chile, 1996.

⁶⁴ Guías Jurídicas WOLTERS KLUWER- área derecho mercantil, “Monopolio”. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1PwU7DMAz9m1wmoY4dOOXSlgMSIDQK4uo2XhuRxiV2y_L3uAuWItsvfs_PPum3OFV7ELsB0_x4PDgaPbRk-EcKebZdmlFI9CzrQwMskJoabDHvfYbdtArTslhqrNWQgLhjGzvT4Yn-n2FzY8gq11DKlreOfv4Ve1xPJ2qB7NhYh2wn37EKGgmP07P-qTMA7PnhqIkCk9K7Ym-u7YpeJcXtC8oUNozxBHVBiOkYXoDbdTtOqsu3QEv132Zv2QFb8wLBFZH_BH1FobwfuOVvUWjXkXUWy-x_JkhaG5BsIGA0f1f9Qersus8TAEAAA==WKE [Consulta: 07/06/2017].

También existen monopolios protegidos a través de reglamentaciones legales que amparan los derechos de propiedad intelectual, son los monopolios derivados de las patentes de invención sobre un producto. Ciertamente es que estos monopolios son temporales, y se justifican debido a que emplean tanto la capacidad de desarrollo como la actividad inventiva de una empresa, protegiendo así su producto mediante una patente que permita, y garantice, la exclusividad temporal de su producción y venta. Aunque esto funcione como un monopolio, otra empresa podría desarrollar un producto similar, no idéntico, cubriendo con su venta necesidades relativamente parecidas. La razón de la existencia de las patentes es ofrecer mayor cantidad de bienes y de servicios, porque si estas no existiesen es cierto que los precios serían inferiores, pero las empresas no se esforzarían en realizar un avance tecnológico e intelectual que les reportase las suficientes ventajas.⁶⁵

Gráfico 4 ⁶⁶

La regulación del precio de un monopolio natural



3.3 Mercado de competencia monopolística

Los mercados de competencia monopolística o monopolista se sitúan a medio camino entre la competencia perfecta y el monopolio puro y, por ende, poseen características de ambas. La competencia monopolista es un tipo de competencia

⁶⁵ MUÑOZ, O. (1996). Op. Cit.

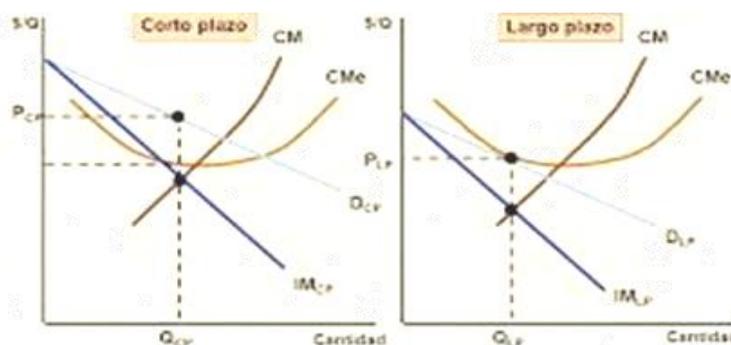
⁶⁶ En este gráfico se observa cómo una regulación adecuada ante un monopolio natural puede elevar el nivel de producción, así como producir a precios más competitivos.

imperfecta, pero a diferencia del monopolio existe un gran número de vendedores en el mercado. Sin embargo, estos oferentes son capaces de influir en el precio del bien o servicio producido y no son meros precio-aceptantes, diferenciándose por ende de los mercados de competencia perfecta.⁶⁷

Se parecen estos mercados a los de competencia perfecta por la ausencia de las barreras de entrada, a diferencia de lo que ocurre en los mercados monopolizados, cualquier empresa capaz de competir puede entrar y salir con facilidad de esos mercados.⁶⁸

Y, en último lugar, hay una gran variedad de productos que no son idénticos (como en la competencia perfecta), sino que están diferenciados entre si. Son similares pero el comprador es capaz por si mismo de distinguir cada producto entre la totalidad. Es precisamente por este último motivo por el que cada empresa tiene el suficiente poder de mercado para ejercer un cierto control sobre el precio, debido a que su producto es diferenciado no tiene exactamente un producto idéntico contra el que competir. No obstante, no se puede fijar el precio teniendo sólo en cuenta que no hay otro producto idéntico, porque si que lo habrá similar y será capaz, si los precios son excesivos, de suplir los deseos y necesidades de los compradores (*véase gráfico 5*⁶⁹). Este efecto es muy habitual a través de las marcas.

Gráfico 5⁷⁰



⁶⁷ BLANCO SANCHEZ, J. M. (2008). Op. Cit.

⁶⁸ BLANCO SANCHEZ, J. M. (2008). Op. Cit.

⁶⁹ MANKIW, G. N. (2017). Op. Cit.

⁷⁰ Tal y como nos muestra el gráfico, este tipo de mercados a corto plazo va a proporcionar una situación de beneficios extras y funcionan de forma similar a los monopolios, porque el precio es superior al coste total medio.

Las empresas que actúan en mercados de competencia monopolística tienen que hacer un esfuerzo para intentar destacar su producto por encima del resto de productos similares. Las empresas no competitivas monopolistas en muchas ocasiones emplean una política de discriminación de precios, variando el precio entre los compradores por medio, por ejemplo, de la creación de incentivos, promociones, descuentos, tanto generales para todo consumidor que quiera acceder a estas ventajas como a un sector en concreto.⁷¹

En la competencia monopolística nos encontramos ante un debate sobre si realmente este tipo de mercado es o no fructífero, debido a la cantidad de productos similares ofrecidos. No faltan los autores que sostienen que se produce un desperdicio de recursos. Es un debate doctrinal que está abierto y en el que considero que, aunque sí que es cierto que puede llegar a existir un desaprovechamiento de los recursos productivos, sin embargo esta diferenciación otorga a cada consumidor la decisión de elección de cada bien o servicio ofrecido de acuerdo con sus preferencias y nivel adquisitivo, es decir, produce mayor satisfacción personal a cada consumidor.

3.4 Oligopolio

En un mercado oligopolístico concurren pocas empresas y, por tanto, debido a su posición relevante dentro del mercado, cada una de ellas tiene la suficiente capacidad para afectar tanto al precio como a la cantidad producida. Como hay pocas empresas las decisiones que tomen cada una de las empresas afectarán al resto de las empresas que se encuentren dentro del mismo mercado. Cuantas más empresas oligopolistas haya en el mercado, se reduce la importancia de cada una de ellas y por tanto perderán capacidad para afectar individualmente al precio y la producción.⁷²

El producto ofrecido puede estar diferenciado o no entre sí. En realidad, ante la existencia de oligopolios, es frecuente que cada empresa tenga su propia marca. No obstante, esto no es necesario y el producto puede ser idéntico, homogéneo.

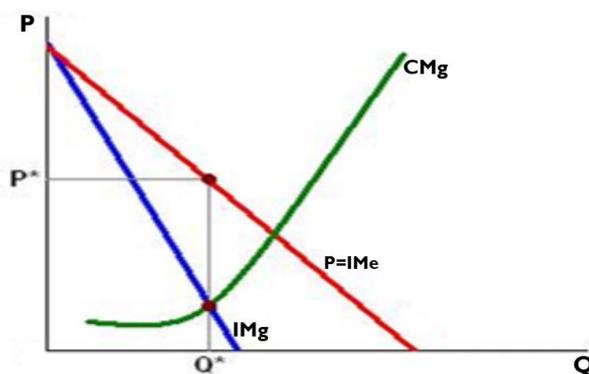
⁷¹ SEGURA, J., *Teoría de la economía Industrial*. Civitas, Madrid, 1993.

⁷² BLANCO, J. M. (2008). Op. Cit.

La cuestión más característica y trascendente de los mercados en régimen de oligopolio no se basa en el tipo de producto ofrecido, ni en la cantidad de empresas que interactúan, sino en la interdependencia estratégica, o interdependencia de las acciones. La importancia reside en la capacidad de cada empresa de afectar por medio de sus decisiones a las restantes empresas, y al resultado final que se produce en el mercado total tras haber tomado esta decisión. Es por ello que muchas empresas utilizan y estudian una estrategia para así prever y anticipar al comportamiento del resto de empresas ante una decisión.⁷³

En todo caso, es posible que algunas o todas las empresas se pongan de acuerdo a la hora de tomar decisiones, a través de un pacto o acuerdo (acuerdo de colusión), para fijar su nivel de producción que maximice los beneficios conjuntos de todas ellas. Estas conductas, por las que por medio de un acuerdo se pacta el precio o el nivel de producción, están, lógicamente, prohibidas, considerándose una conducta ilegal por las leyes de competencia. Las empresas deciden actuar conjuntamente como si fueran una única empresa formando un oligopolio colusorio o cártel (un cártel es un acuerdo entre las empresas que actúan en el mercado con el objetivo de impedir la competencia entre sí, mediante el reparto de los niveles de producción, ocasionando efectos similares a los del monopolio). (véase gráfico 6).

Gráfico 6⁷⁴



⁷³ SEGURA, J. (1993). Op. Cit.

⁷⁴ El equilibrio se alcanzaría para un precio P^* y una cantidad de producción Q^* , actuando como si fueran una sola empresa. Y la maximización de beneficios se consigue, consecuentemente, de la misma forma que en el caso del monopolio.

4. APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA (*ANTITRUST LAW*)

El Derecho a la Libre Competencia tiene diversas denominaciones que hacen referencia a lo mismo: leyes de competencia, legislación antimonopolio o *Antitrust Law*, debido su origen en los Estados Unidos, y engloba tanto la defensa y promoción de la competencia como la prohibición de la fijación de precios o la existencia de monopolios.

Se puede intentar definir en pocas palabras el *Antitrust Law* como un “conjunto de leyes y actuaciones que persiguen mediante restricciones las conductas de los agentes económicos (profesionales, empresas, etc.) en contra de la competencia”⁷⁵, así como el esfuerzo en alcanzar un buen funcionamiento del mercado y de la competencia.

El Estado social y democrático de derecho protege la libertad de empresa. La libertad de empresa conlleva que se proteja el derecho a competir en el mercado a través de las actividades económicas realizadas. No sólo protege el derecho a competir de una empresa, sino también protege el deber de dejar competir a las demás empresas en un mercado.⁷⁶ La competencia, tal y como recoge nuestra Constitución, es un principio rector de la economía y protege una libertad empresarial para lograr garantizar la unidad del mercado.⁷⁷

El artículo 38 de la Constitución Española señala que: “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la económica de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. A través de este artículo, por tanto, se ampara una libertad empresarial que puede ser corregida, e incluso limitada, por la intervención estatal.

⁷⁵ RIONDA, I. C. *Contextos del desarrollo regional en México*. Universidad de Guanajato, 2005.

⁷⁶ ORTIZ, L. et al. *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos, Madrid, 2008.

⁷⁷ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN: “Economía en Castilla y León, Defensa de la Competencia” Disponible en: <https://economia.jcyl.es/web/jcyl/Economia/es/Plantilla66y33/1284265210529/ / / /> [Consulta: 13/11/2017].

No se debe olvidar nunca que este trabajo analiza esta materia desde un punto de vista económico. Por ello, en el ámbito del fomento de la competencia, el análisis económico recobra vital importancia, y por esta razón anteriormente hemos observado cómo se deben estudiar los índices de concentración de un sector, la importancia del mercado relevante y del poder de mercado, etc., ya que si queremos realizar un estudio adecuado se debe emplear un análisis económico y jurídico conjuntamente (como es cada vez más habitual en los informes realizados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).⁷⁸

Hemos de hacer hincapié en que las normas sobre la libre competencia también son conocidas como Derecho a la Libre Competencia o Derecho *Antitrust* y su fin primordial es tutelar, a través de prohibiciones y controles, el correcto funcionamiento competitivo del mercado. Además, tratan de controlar la prohibición de prácticas colusorias, la prohibición del abuso de posición dominante, el control de las ayudas públicas y, finalmente, las concentraciones económicas.⁷⁹ Estas normas deben realizar un enfoque tanto jurídico como económico, puesto que la competencia en los mercados tiene un carácter dinámico: se ejercen constantes fluctuaciones, la competencia no es estática. Las circunstancias del mercado cambian cada vez más rápido por diversas causas: apertura internacional hacia la globalización, la reducción de barreras de entrada, cambios en el poder de mercado, posición de dominio de las empresas, etc. Es por ello que la normativa jurídica, ante la existencia de los cambios constantes en la competencia y las diversas actuaciones de los agentes económicos, debe evaluar con un análisis no solo jurídico, sino también económico, los posibles efectos potenciales.⁸⁰

⁷⁸ FRANCO, L. (2010). Op. Cit.

⁷⁹ CARBAJO, F. et al. *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*. Tirant lo Blanch, Valencia. Pág. 54, 2017.

⁸⁰ FRANCO, L. (2010). Op. Cit.

Se debe tener en cuenta que tanto el Derecho de la Competencia Desleal como el Derecho de Defensa de la Competencia actúan completándose mutuamente, ya que el Derecho a la Libre Competencia (*Antitrust Law*) engloba ambas disciplinas.⁸¹

Ambas disciplinas se complementan en base a su legislación a través del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991 del 10 de enero) y a través del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, del 3 de Julio).

El artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal se ocupa del ilícito conocido como “violación de normas”⁸² y engloba tres tipos de ilícitos: ventaja competitiva adquirida por medio de una infracción legal, infracción de normas jurídicas que regulen la actividad concurrencial y, finalmente, la contratación de extranjeros sin autorización.⁸³ Así pues, se puede comprobar como el fin de este artículo es asegurar un cumplimiento de las normas jurídicas que aseguren la inquebrantabilidad de la competitividad del mercado en base a la igualdad entre los agentes. Este artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal está en relación con el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto que este último recoge un ilícito puramente “*Antitrust*”, entendiendo este (el ilícito *Antitrust* del artículo 3) como todo acto celebrado en el mercado con una finalidad de distorsión de la competencia y que afecte al interés público y, por ende, se engloba y se relaciona con el artículo anteriormente citado, 15 de la Ley de Competencia Desleal. No obstante, este artículo tercero de la Ley de Defensa de la Competencia concibe un comportamiento ilícito cuando este genere una desigualdad, independientemente de si dicho comportamiento tenía

⁸¹ PÉREZ, C. L. y GUERRERO, R. R. *Derecho de la Competencia Económica*. Oxford University Press, México, 2002.

⁸² Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Boletín Oficial del Estado, núm. 10, de 11 de enero de 1991, artículo 15. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628> [Consulta: 13/11/2017].

⁸³ Tal y como cita la ley en sus apartados del artículo 15: 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. 3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.

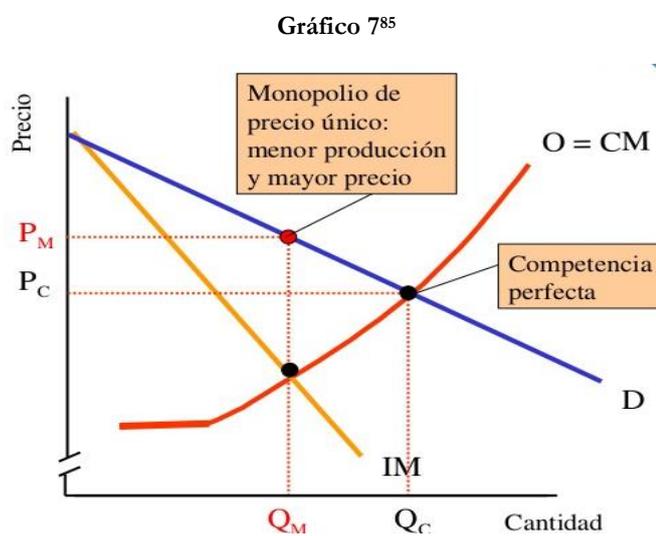
unas intenciones de deslealtad a la competencia del mercado. Analiza los resultados y no la causa.

En conclusión, ambos cuerpos legislativos, tanto los de defensa de la competencia como los de la competencia desleal, persiguen un fin común que sería en todo caso proteger la competencia interrumpida o alterada por conductas contrarias al Derecho *Antitrust*.⁸⁴

4.1 Origen del derecho antimonopolio

El derecho antimonopolio, también denominado Derecho *Antitrust* o Derecho a la Libre Competencia, tiene su origen en Estado Unidos.

Las leyes antimonopolio surgen debido a que el análisis económico demuestra como la existencia de mercados monopolistas provoca una ineficiencia económica. Como se ha dicho anteriormente, los monopolios producen una cantidad más escasa y con precios mucho más elevados en comparación a lo que se produciría en un mercado perfectamente competitivo (*véase gráfico 7*).



⁸⁴ VELASCO, L. (Coord.) *Derecho europeo de la competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*. Lex Nova, Valladolid, 2005.

⁸⁵ SLIDE SHARE: monopolio, diapositiva 32. Disponible en: <https://es.slideshare.net/bsrt90/monopolio-7162087> por: Eduardo Basurto. [Consulta: 24/10/2017].

Esa pérdida de eficiencia asociada a la existencia del monopolio recibe el nombre de pérdida irrecuperable de eficiencia. Esta denominación se debe a que hay una pérdida de bienestar económico, ya que el consumidor pierde mucho más en comparación a lo que la empresa monopolista gana en cuanto a la producción. Se produce una pérdida de una parte o todo el excedente del consumidor, y por tanto hay una desviación y un desequilibrio importante en cuanto a los niveles competitivos.⁸⁶

Los Estados, debido a los diversos problemas que generan la existencia de monopolios y de mercados no competitivos, crean una política antimonopolio, prohibiendo mediante leyes determinados tipos de conductas y estructuras del mercado (aquí se puede englobar no sólo el monopolio, sino diversidad de conductas de los mercados, como una fijación colusoria de precios u oligopolios muy concentrados)⁸⁷.

La primera regulación existente en esta materia se remonta a la industria estadounidense. Surge una regulación federal que trata de controlar los monopolios, así como evitar guerras de precio para la búsqueda de unas garantías mínimas sobre el acceso de los servicios a los pueblos pequeños, extendiéndose posteriormente esta regulación única para el transporte a otros sectores como el trabajo, bancos, energía eléctrica, etc. Por tanto, con el paso del tiempo se intenta abarcar una gran diversidad de mercados y así controlar los precios y las condiciones de entrada y salida al mercado.⁸⁸

En sus orígenes esta regulación fue polémica, debido a que había una controversia entre lo que realmente debe ser regulado y las razones legítimas que posee el Gobierno para anular decisiones tomadas en el libre mercado. Habría que analizar el funcionamiento del

⁸⁶ SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. (2010). Op. Cit.

⁸⁷ SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. (2010). Op. Cit.

⁸⁸ ALFARO, J. (1996). “Análisis constitucional de la Ley Federal de Competencia Económica”. En: *Informe de Competencia Económica*, segundo semestre de 1996.

mercado para así tratar de evitar limitaciones arbitrarias en las conductas ejercidas por las empresas.⁸⁹

Las normativas antimonopolio no tratan únicamente de paliar los abusos del mercado, sino también de intentar que este a disposición de los consumidores una mejor información, esto es, evitar que se proporcione o que llegue a los destinatarios información inadecuada.

El objetivo final de las leyes antimonopolios es promover y proporcionar a los consumidores los beneficios económicos de una competencia que debería ser perfecta. Es por ello que el Estado a través de una regulación antimonopolio intenta prohibir algunas conductas de los negocios siempre que estas limiten las fuerzas competitivas, así como también se limitan por completo ciertas estructuras de mercado. Es decir, en esta ocasión ya no solo se limita una conducta concreta, sino la estructura específica de ese mercado porque se considera que se produce un abuso del poder económico que ostentan los monopolistas.⁹⁰

Los casos antimonopolio más llamativos hacen referencia a limitaciones en las estructuras de la industria, restringiendo al completo conductas de las empresas dominantes⁹¹ y no tanto a las conductas específicas. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos en 1911 estableció que dos grandes compañías (*American Tobacco Company* y *Standard Oil*) se dividieran en empresas más pequeñas e independientes.

⁸⁹ Desde 1977 muchas regulaciones económicas antimonopolio se han relajado, o incluso han eliminado la propia regulación, como por ejemplo en las industrias destinadas a la aviación o empresas de valores.

⁹⁰ PÉREZ, C. “El Derecho de la Competencia Económica y su impacto en la Globalización”. *Congreso Internacional sobre Desarrollo Local en un Mundo Global*. Universidad de Málaga, España, 2004.

⁹¹ Existe un caso en materia antimonopolio reciente y de suma importancia: se alega que la compañía Microsoft había mantenido su posición dominante en forma ilegal, controlando más del 90% de la participación de mercado de los sistemas operativos para ordenadores a través de medios anticompetitivos.

Desde su formulación primigenia han surgido importantes modificaciones en la regulación antimonopolio, tanto en la actualidad como en las últimas tres décadas, pero antes de hablar de la situación actual nos tenemos que remontar a tres momentos anteriores:

1. Ley Sherman Antimonopolio: surge en 1890 y se basa en el derecho consuetudinario, según el cual y desde tiempos remotos, los monopolios resultan ilegales. La Ley Sherman es el punto de inicio en torno al cual gira toda la estructura legal antimonopolio de Estados Unidos, y restringe el comercio en forma de corporación o conspiración que impida otros negocios, y también prohíbe la monopolización. En otras palabras, la Ley Sherman (*Sherman Act o Sherman Antitrust Act*) prohíbe todo contrato, asociación, posibilidad, etc., que limite el tráfico mercantil tanto a escala nacional como internacional. Prohíbe cualquier forma que imposibilite tanto la competencia del mercado como las prácticas de monopolización influenciadas por el abuso del poder de mercado.⁹²

La primera oleada de restricción de actividad monopolística va a ser bajo la Ley Sherman, y se centra en dismantelar los monopolios existentes en la época.

Esta ley es el prelude para que a finales de los años 50 se extienda esta corriente a los países europeos. No obstante, debido a la ausencia de claridad y de regulación taxativa requerirá que la jurisprudencia la perfil.

2. Ley Clayton Antimonopolio, 1914: como se ha dicho, la Ley Sherman no es demasiado precisa. Es por ello que surge la Ley Clayton para aclarar y reforzar a la anterior. Se prohíben con ella discriminaciones de precios, las negociaciones exclusivas, las fusiones estructuradas, y los negocios que tiendan a la creación de un monopolio o la reducción, nuevamente, de la competencia. Por tanto, intuimos que esta ley no prohibió conductas en general, sino que prohíben conductas específicas en cuanto que su realización provoque la reducción de la competencia.⁹³

⁹² CARBAJO, F. et al. (2017). Op. Cit.

⁹³ CARBAJO, F. et al. (2017). Op. Cit.

3. Federal Trade Comission, 1914: finalmente se crea esta comisión para tratar de paliar los métodos deshonestos de competencia y los actos o prácticas deshonestas o engañosas de todo el sector comercial con el objetivo de poner fin a los monopolios. Se declaran ilegales las fusiones anticompetitivas y se prohíbe la publicidad falsa y engañosa, ya que proporciona una información que no es perfectamente adecuada ni real. Sucesivamente se promulgan leyes adicionales y se añaden más competencias y autoridad a esta comisión para así enmendar todas las prácticas anticompetitivas posibles.⁹⁴ “La Ley Federal Trade Comission posee entre sus facultades la de investigar empresas, sostener audiencias, así como emitir disposiciones de desistimiento de casos”.⁹⁵

En la actualidad, el derecho antimonopolio trata de agrupar toda esta regulación en una sola norma que facilite su entendimiento. Su objetivo es declarar ilegales los acuerdos que restrinjan la competencia de manera irracional, en cuanto la regulación antimonopolio lucha por una búsqueda de la eficiencia económica.

La actualidad legislativa antimonopolio está directamente relacionada con las tres regulaciones que hemos citado, que son el motor y origen de la actual ley antimonopolística de EEUU y más tarde de los países europeos, ocupándose del comportamiento ilegal que no sea justificable, como por ejemplo acuerdos en cuanto al precio o a la asignación de ventas dentro del mercado.

Es paradójico, no obstante, como los contratos vinculantes sólo resultan ilegales si una de las empresas, la vendedora, tiene un gran poder en el mercado, porque se considera que tras ese contrato se busca aumentar el poder de la misma y se considera una conducta desleal y antimonopolística. Los casos más relevantes a lo largo de la historia se centran en las estructuras de los mercados, pero ahora el objetivo de la regulación antimonopolística

⁹⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION: “Acerca de la FTC, historia”. Disponible en: <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc> [Consulta: 14/11/2017].

⁹⁵ SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. (2010). Op. Cit.

versa sobre las conductas realizadas por una empresa. La empresa por si misma no es ilegal, sino que lo ilegal se halla en los actos que la misma realiza.⁹⁶

4.2 Derecho de Defensa de la Competencia

Como se ha dicho, el *Derecho Antitrust* se compone del Derecho de Defensa de la Competencia y del Derecho de la Competencia Desleal. El estudio de la Defensa de la Competencia es de vital importancia, porque una competencia funcional es la base vital para cualquier sistema económico dinámico⁹⁷, y más aún si estamos en presencia de sistemas económicos abiertos y libres.

La competencia es un bien jurídico protegido, tanto a nivel nacional como europeo, por la Ley 15/2007, de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y por el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) en sus artículos 3.1.b) y 101 a 113 (en adelante TFUE), respectivamente.⁹⁸ La explicación al porqué señalar los dos conjuntos normativos se debe a que la legislación española está basada en la legislación europea.⁹⁹

Se pueden encontrar dos tipos de obstáculos que pongan en riesgo tanto la igualdad como la libertad económica, siendo estos los connaturales del propio sistema (condiciones naturales y esenciales de los propios mercados) y los obstáculos artificiales (no surgen de la

⁹⁶ ALFARO, J. “Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho”. *Revista para el Análisis del Derecho*. N° 417, Barcelona, 2007.

⁹⁷ Tal y como dijo el profesor Gary Stanley Becker, en su artículo la naturaleza de la competencia: “En realidad la competencia resulta esencial en todos los aspectos de la vida independientemente de las motivaciones y la organización de los productores ya se trate de transacciones donde está involucrada la moneda o en aquellas donde no aparecen cotizaciones en términos monetarios”.

⁹⁸ BENEYTO, J. M. *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia. Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*. Bosch, Barcelona, 2002.

⁹⁹ MASSAGUER, J. “La regulación del Derecho de la Competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 29, págs. 13 y ss. 2014

propia estructura del mercado, sino que se crean a través de procesos voluntarios por los propios competidores, como los acuerdos)¹⁰⁰.

Por lo dicho en el párrafo anterior, el Derecho de la Defensa de la Competencia intenta tutelar la libertad con el fin de alcanzar la mayor competencia eficiente posible: salvaguardar la competencia como tal a fin de que garantice un buen funcionamiento del mercado. Al igual que veremos con el Derecho de la Competencia Desleal, ambas persiguen el interés público y esto significa que no solamente se preocupan por proteger los intereses de los empresarios competidores, sino que se tutelan y protegen los intereses tanto de los consumidores como de los competidores. Existe un interés público en establecer un correcto funcionamiento del mercado competitivo.¹⁰¹

Podríamos económicamente diferenciar la Defensa de la Competencia de la Competencia Desleal de acuerdo a su interés macroeconómico, puesto que en la Defensa de la Competencia su interés se basa en los efectos y las consecuencias que estas conductas establecen en el mercado de acuerdo a una competencia efectiva, a diferencia de la Competencia Desleal que tiene un interés microeconómico y se analizan los comportamientos específicos incorrectos o desleales del mercado por si mismos. La Defensa de la Competencia garantiza una competencia suficiente y la protege frente a todo ataque que pueda suponer un riesgo para el interés público.¹⁰²

El Derecho de Defensa de la Competencia, en buena parte, ha sido creado basándose en las restricciones de las conductas colusorias, es decir, en la prohibición de los acuerdos colusorios entre empresas, tanto horizontales como verticales (prácticas premeditadas y concertadas entre los competidores). Se incluye en este ámbito:

- Acuerdos de voluntades.

¹⁰⁰ BROSETA, M. y MARTINEZ, F. *Manual de derecho mercantil*. Marcial Pons, Vol. 1º, 2016.

¹⁰¹ CARBAJO, F. et al. (2017). Op. Cit.

¹⁰² DERECHO MERCANTIL ESPAÑA, almacén de Derecho, Derecho de la Competencia y Derecho de la Competencia Desleal. Disponible en: www.derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/01/derecho-de-la-competencia-y-derecho-de.html por: Jesús Alfaro Águila-Real. Enero de 2014. [Consulta: 26/11/2017].

- Recomendaciones o decisiones colectivas (no es necesario que sean vinculantes, y por ejemplo se pueden adoptar por asociaciones empresariales o representativos).
- Prácticas concertadas.
- Prácticas conscientemente paralelas (la diferencia con las tres anteriores se basa en que no hay un acuerdo explícito, sino que los competidores, entre ellos, falsean la competencia conscientemente, pero sin pacto).

Estas cuatro conductas, como ya se ha dicho, es necesario que, además de ser conductas prohibidas, produzcan un efecto de falsear el juego de la competencia dentro del mercado. También es necesario que los empresarios que falsean la competencia actúen voluntaria y conscientemente.¹⁰³ A diferencia del Derecho de la Competencia Desleal en el que las conductas se miden de forma objetiva, independientemente de la intencionalidad.

Se debe reconocer que la existencia de la interdependencia oligopolista produce unos resultados que se pueden asociar a la presencia de algún tipo de acuerdo, aunque sea tácito. Es por ello que se debe ser consciente de que hay conductas autónomas asumidas por los empresarios que se podrían asociar a un pacto; sin embargo, no es otra cosa que una adaptación inteligente¹⁰⁴ tomada tras el comportamiento adoptado de los demás empresarios del mercado, debido a que las decisiones de un competidor influirán necesariamente a las decisiones de los demás competidores, ocasionando unos resultados parecidos e incluso idénticos pese a la ausencia de acuerdo. Esto se produce por el propio juego del mercado y no deberían de ser sancionables, ya que, en principio, actúan de forma independiente.¹⁰⁵

¹⁰³ BROSETA, M. y MARTINEZ, F. (2016). Op. Cit.

¹⁰⁴ BROSETA, M. y MARTINEZ, F. (2016). Op. Cit.

¹⁰⁵ ORTIZ, I. S. “La regla de *minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”. *Revista e-mercatoria*, Vol. 8, N° 2, 2009.

En este punto se debe mencionar la existencia de la conocida regla de *minimis*.¹⁰⁶ Esta regla nos viene a señalar que hay conductas colusorias que están prohibidas, aunque finalmente no se sancionan, ya que tras hacer un estudio razonable de dichas conductas a priori sancionables resulta que a posteriori no limitan la libertad de la competencia, ni ponen en peligro el funcionamiento competitivo del mercado¹⁰⁷ (artículo 5 LDC¹⁰⁸).

Los órganos administrativos de la Comisión Europea y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (pese a que en ocasiones también lo aplican los juzgados de lo mercantil)¹⁰⁹ son los encargados de velar por el Derecho de Defensa de la Competencia.

4.3 Derecho de la Competencia Desleal

El Derecho de la Competencia Desleal está regulado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD en adelante), con el objetivo de evitar las posibles alteraciones en un mercado competitivo. En otras palabras, es un mecanismo de control de conductas de un mercado. El Derecho de la Competencia Desleal se confía a los juzgados de lo mercantil, a diferencia del Derecho de Defensa de la Competencia que se confía a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).¹¹⁰ La razón de acudir a los juzgados de lo mercantil se debe a que las prácticas y conductas prohibidas atentan directamente contra los empresarios competidores, y es por ello que se les otorga acciones

¹⁰⁶ GALAN, E. *Las conductas de menor importancia en la vigente Ley de Defensa de la competencia, el derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nova. Marcial Pons, págs. 295 y ss., 2010.

¹⁰⁷ El catedrático, D. Luis Miranda Serrano, y el profesor, D. Javier Pagador López, cuestionan la regla del *minimis* establecida en el artículo 5, puesto que incluiría extenderla a las empresas que ejercen una posición de dominio, ya que a su juicio deberá considerarse ilícito todo comportamiento restrictivo de la competencia realización por una empresa dominante que no deben de librarse de la aplicación *Antitrust*, debido a su situación en el mercado relevante.

¹⁰⁸ Artículo 5. Conductas de menor importancia: Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado.

¹⁰⁹ BROSETA, M. y MARTINEZ, F. (2016). Op. Cit.

¹¹⁰ BROSETA, M. y MARTINEZ, F. (2016). Op. Cit.

civiles a los afectados pertinentes. No obstante, la CNMC, así como los diversos órganos de defensa de la competencia, podrán conocer de los actos de competencia desleal comprendidos en la LCD, en cuanto que estos afecten al interés general del mercado, por falsear la libre competencia.¹¹¹

La LCD no deroga todos los artículos de la Ley General de Publicidad predecesora (esta última, contiene algunos supuestos de competencia desleal en el ámbito publicitario y producido a través de medios publicitarios). Posteriormente, y por las dudas que ambas regulaciones suscitaban, se redacta una ley que coordina ambos cuerpos normativos, será la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen de competencia desleal. Esta última reforma establece en su artículo 4 que “será desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (en contra de las prácticas honestas del mercado),¹¹² siendo contrarias a la buena fe aquellas actuaciones empresariales que alteren de forma sustancial el comportamiento económico del consumidor (en otras palabras: decisión que de otro modo no se hubiese tomado) y aquellas actuaciones que resulten contrarias a las diligencias profesionales exigibles en la relación empresario-consumidor.¹¹³

El Derecho de la Competencia Desleal se mide de forma objetiva. Esto quiere decir que es independiente de la intencionalidad real del agente que produce el acto desleal, y de que su verdadera intención fuese o no atentar contra la buena fe, ni la competitividad del mercado, solamente será suficiente que la conducta resulte contraria a la diligencia profesional que le es exigible.¹¹⁴

¹¹¹Guías Jurídicas WOLTERS KLUWER- área derecho mercantil, “Defensa de la Competencia” [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjI1NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWm\]OcSoAKGtrDUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjI1NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWm]OcSoAKGtrDUAAAA=WKE) [Consulta: 08/03/2018]

¹¹² Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la mayoría de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial del Estado, núm. 515 de 31 de diciembre de 2009, artículo 4. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-21162> [Consulta: 22/11/2017].

¹¹³ BROSETA, M. y MARTINEZ, F. (2016). Op. Cit.

¹¹⁴ Artículo 4. Cláusula general. (LCD): 1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario

Económicamente hablando, se dice que sus objetivos tienen una perspectiva microeconómica (a diferencia de la defensa de la competencia y su interés macroeconómico), porque persigue conductas específicas que pongan en riesgo los intereses de un competidor perjudicado, o que pueda verse perjudicado, a través de actos o acuerdos desleales.¹¹⁵ De ahí que sea una competencia ilícita por ser desleal entre los propios empresarios, entre competidores directos.¹¹⁶ Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, y al igual que el Derecho de Defensa de la Competencia, no se puede afirmar que el Derecho de la Competencia Desleal proteja sólo los intereses privados de los competidores afectados, sino que también se tienen en cuenta, y además en profundidad, los intereses de los consumidores¹¹⁷ y de la colectividad en general. Esto significa que se extienden sus límites a proteger cualquier interés económico y público que pueda verse

o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente. b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo. c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago. d) La conservación del bien o servicio. e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios. Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado. 2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

¹¹⁵ DERECHO MERCANTIL ESPAÑA: Almacén de Derecho, Derecho de la Competencia y Derecho de la Competencia Desleal. Disponible en: www.derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/01/derecho-de-la-competencia-y-derecho-de.html por: Jesús Alfaro Águila-Real. Enero de 2014 [Consulta: 26/11/2017].

¹¹⁶ CARBAJO, F. et al. (2017). Op. Cit.

¹¹⁷ El interés por proteger los intereses en el mercado de los consumidores, y la colectividad en general, surge a finales de los años 30 del siglo pasado, y sus raíces tienen origen en las doctrinas del derecho europeo formuladas por BaumBach, Hefermehl, y Schrickler.

afectado perjudicialmente por una conducta desleal. Su finalidad primordial se puede decir que es garantizar el funcionamiento del tráfico económico y del mercado.¹¹⁸

Hay ocasiones en las que el derecho a la defensa de la competencia, al examinar determinadas consecuencias ocasionadas por actos desleales, nos obliga a enjuiciar conductas de menor importancia. Nos encaminan a decir que, aunque haya conductas de “menor importancia” y que ocasionen perjuicios económicos de menor escala que los protegidos por el derecho a la competencia, puedan verse enjuiciados y considerarse como ilícitos.

No obstante, y de modo contrario, existen ocasiones en las que no se puede establecer una declaración de ilicitud, porque las consecuencias de una conducta desleal producen efectos positivos en el mercado, y no alteran el comportamiento corriente de los agentes participantes (paradójicamente a lo realmente esperado).¹¹⁹

Es por lo afirmado en el párrafo anterior que el Derecho de la Competencia Desleal, no en pocas ocasiones, entra en conflicto con el principio de buena fe. Esto se debe a que se subordina una exigencia de conducta ética al principio de competencia económica.¹²⁰ ¿Cómo un derecho que protege contra los actos desleales y que defiende la exigencia de la buena fe y de diligencia empresarial en el mercado contradice el propio principio general de actuar de acuerdo a la buena fe? La explicación se basa en que hay conductas que reportan beneficios económicos y sociales, y no se deben limitar o cesar exclusivamente por su visión ética. Aunque éticamente puedan ser impropias, es posible que no afecten al mercado y que incluso pueden reportar ventajas a los consumidores.

¹¹⁸ PORFIRIO, L. K. *La Discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. Marcial Pons, Madrid, 2003.

¹¹⁹ CARBAJO, F. et al. (2017). Op. Cit.

¹²⁰ CARBAJO, F. et al. (2017). Op. Cit.

4.4. Regulación nacional del Derecho a la Libre Competencia

Los Estados miembros de la Unión Europea (UE) reproducen en gran medida el Derecho de la Competencia regulado por la UE, e incluso remiten directamente al mismo. En todo caso tiene primacía el derecho de la UE, implicando que si en algún momento hubiese algún conflicto entre los dos ordenamientos prevalece el ordenamiento europeo. El derecho comunitario, en orden a favorecer una competencia equitativa entre los países, permite que los particulares invoquen la normativa europea, además de la del país en cuestión, ante el órgano nacional de defensa de la competencia pertinente.¹²¹

4.4.1 Ley 15/2007, de 3 Julio, de Defensa de la Competencia

Esta ley, en su artículo 2, expone diversas conductas abusivas. Concretamente en el apartado 2.c relaciona estas conductas abusivas a una posición de dominio que afecte al mercado nacional. Esta Ley 15/2007, LDC, está en conexión con el artículo 102 del TFUE,¹²² ya que este último prohíbe tanto una explotación abusiva por parte de una o varias empresas como la posición dominante que ejerzan en el mercado interior, debido a que dicha posición de dominio y su respectiva explotación abusiva puede llegar a afectar al comercio entre los Estados miembros.

¹²¹ Tal y como enuncia la página Web de la CNMC respecto a su funcionamiento: “La Dirección de Competencia tiene atribuidas las funciones de instrucción recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia, que siguen ejerciéndose manteniendo la coherencia y el carácter horizontal de la normativa de defensa de la competencia.” Por lo que el funcionamiento y actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se ajustan a los principios de la LDC y de la normativa europea. Año 2017 Disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc#objetivo> [Consulta: 16/11/2017].

¹²² Artículo 102 del TFUE (antiguo artículo 82 TCE) Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

La LDC permite una equiparación del sistema español con el sistema comunitario en cuanto a las exenciones legales de las conductas restrictivas y a la regla del *minimis*. Al mismo tiempo introduce novedades en materia de control de concentraciones de aquellas transacciones que pueden generar obstáculos para la competencia en los mercados. El procedimiento de control de concentraciones es en esta ley más flexible que en la anterior, orientándose a la posible adopción de compromisos con la Administración para la autorización de la concentración. En todo caso, el objetivo es aplicar la normativa sobre prácticas restrictivas con el fin de permitir y mantener una efectiva competencia en los mercados.¹²³

4.4.2 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Esta ley versa sobre la incorrecta interacción de los agentes del mercado y determinados actos “desleales”, como su propia denominación indica. Es totalmente necesario que el acto desleal se desarrolle en el mercado, atente contra la buena fe y una competencia efectiva, y se produzcan unos perjuicios. Nos interesa, por tanto, porque afecta a los fines económicos del mercado y de la sociedad.¹²⁴

Es importante, como se decía a la hora de definir el Derecho de la Competencia Desleal, que la actuación sea susceptible de producir un daño a la competencia efectiva¹²⁵. Es decir, la intencionalidad no se tiene en cuenta, ni es necesario la producción de un daño real, sino tan solo que el acto desleal realizado pueda llegar a producir un perjuicio a la competencia independientemente de que se produzca. Aquí se debe hacer alusión al

¹²³ GUERRA, A. y RODRIGUEZ, A. “La nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales Novedades”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, España, 2007.

¹²⁴ Artículo 2 (ámbito objetivo) de la LCD: 1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. 3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.

¹²⁵ MARTÍNEZ, F. y PUETZ, A. “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 7, págs. 17 y ss. 2010.

artículo 2 apartado tercero de la misma ley, puesto que, y cito textualmente: “La ley será de aplicación a cualesquiera acto de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.”¹²⁶

4.5 Órganos de defensa de la competencia

4.5.1 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es un organismo público con personalidad jurídica propia adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y que se encuentra regulado por la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹²⁷ (artículo 2.3 de la Ley). Su función es la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, tanto española como de la UE, así como supervisar y promover la competencia.

Este organismo ejercerá sus funciones en relación a las actividades realizadas en todos los mercados y sectores económicos que desarrollen su actividad en el territorio español, con el objetivo de garantizar y promover¹²⁸ el correcto funcionamiento de todos los mercados y la existencia de una competencia efectiva, en beneficio de los consumidores y de las empresas¹²⁹ (artículos 1.2 y 1.3 de la Ley 3/2013).

¹²⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Boletín Oficial del Estado, núm. 10, de 11 de enero de 1991, artículo 2. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628> [Consulta: 13/11/2017].

¹²⁷ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Boletín Oficial del Estado, núm. 134 de 5 de junio de 2013, artículos 1 y 2. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-5940> [Consulta: 15/11/2017].

¹²⁸ Tal y como dice el Expresidente Lluís Franco i Sala (2003-2009) del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia en su artículo *El Análisis Económico en la Defensa y Promoción de la Competencia*: “ la defensa y promoción de la competencia requiere la aplicación de un análisis económico, aplicable en los diferentes ámbitos en los que actúan órganos de defensa de la competencia: acuerdos y prácticas colusivas o abusivas; concentraciones; o promoción de la competencia y en tanto a los expedientes relativos a conductas restrictivas en función del caso concreto que se estudie”.

¹²⁹ CNMC: “que es la CNMC” año 2017. Disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc#objetivo> [Consulta: 16/11/2017].

Cada vez es más frecuente que los órganos de defensa de la competencia apliquen el análisis económico, tanto al instruir como al resolver los expedientes sancionadores. Esto se debe al intento de determinar exactamente los posibles efectos de las conductas que pueden llegar a restringir la competencia, ya sean estos producidos por los agentes económicos en los posibles abusos derivados de una posición de dominio, en el control de las concentraciones, etc. Por lo que es importante valorar, desde una perspectiva ya no sólo jurídica sino también económica, como han sido generadas las ineficiencias del mercado.¹³⁰

La CNMC se encarga de proteger una competencia efectiva, porque considera que no solo vela por beneficiar a los empresarios (ya que la libre competencia supone que se eliminen las trabas de acceso al mercado y la reducción impedimentos a la hora de intentar lograr un éxito empresarial), sino que también vela por la posición del consumidor, para que estos puedan acceder a mayores ofertas de bienes y servicios, con más calidad y a un precio menor.

Las posibilidades que tiene la CNMC para velar por la competencia del mercado son muy variadas y puede tanto investigar como sancionar prácticas anticompetitivas de las empresas (ya sea de propia iniciativa o a través de denuncias), así como dictar recomendaciones para mejorar las condiciones de la competencia. Además, puede asesorar a través de dichas recomendaciones al sector público antes de que se aprueben normas contra la competencia. No sólo puede sancionar e impedir que se limite la competencia, sino que, también, cuando sea necesario autoriza concentraciones de empresas con su debido seguimiento, siempre recordando que su propósito final es promover los valores de la competencia en base a una regulación eficiente.¹³¹

¹³⁰ FRANCO, L. (2010). Op. Cit.

¹³¹ BROSETA, M. y MARTINEZ, F. (2016). Op. Cit.

4.5.2 Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León

El tribunal para la defensa de la competencia de Castilla y León se creó en 2006 y desde entonces ha tramitado más de 45 expedientes sancionadores, a parte de 5 investigaciones, 12 recomendaciones, 107 informes, 35 consultas y 3 estudios sectoriales.¹³²

Este tribunal se encuentra regulado por el Decreto 15/2009, de 5 de febrero, pero se completa por la Ley 15/2007, ya que aquí se regula los aspectos de materia de defensa de la competencia, y entre ambas definen las funciones del tribunal. El tribunal se encarga de velar, al igual que la CNMC, pero en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por la defensa de la competencia y de proteger la misma frente a los actos que puedan atentarse contra una competencia eficiente dentro de los límites de la Comunidad. Este tribunal trata cuestiones económicas, por lo que está adscrito a la Consejería con competencias en materia de economía.¹³³

5. CUESTIONES DE INTERÉS DE LA REGULACIÓN *ANTITRUST: EXTENSIÓN Y LÍMITES*

Las medidas *Antitrust*, por un lado, tratan de controlar el poder de mercado (*Market Power*) de las empresas que interactúan en el mercado relevante correspondiente. La preocupación por el poder de mercado por parte de la regulación *Antitrust* estriba en que puede influir en las condiciones del mercado y puede restringir el libre juego de la oferta y la demanda, ocasionando así un perjuicio a los consumidores y al resto de posibles competidores.¹³⁴

¹³² EL MUNDO: “El Tribunal de Defensa de la Competencia se equipara a los de la UE”, política, consejo de Gobierno. Valladolid, por: EFE, 8/3/2012. Disponible: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/08/castillayleon/1331213591.html> [Consulta: 17/11/2017].

¹³³ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN: “Gobierno de Castilla y León, tribunal para la defensa de la competencia en Castilla y León: creación” 2017. Disponible en: [https://gobierno.jcyl.es/web/jcyl/Gobierno/es/Plantilla100/1157374122256/ / / /](https://gobierno.jcyl.es/web/jcyl/Gobierno/es/Plantilla100/1157374122256/) [Consulta: 17/11/2017].

¹³⁴ ALFARO, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio” *Revista análisis del Derecho*, N° 4, 2004.

Por otro lado, el *Antitrust Law* debe de fomentar en los sistemas económicos empresas productivas que sean fuertes y eficientes. No obstante, en ocasiones, el derecho *Antitrust* entorpecería la celebración de ciertos negocios jurídicos que fomenten una eficiente competencia empresarial dentro del libre mercado y, por tanto, se debe dejar lugar a la libertad de propiedad. Dicho esto, y por lo expuesto a lo largo del trabajo, comprobamos como es realmente difícil asignar un punto de equilibrio entre la libertad de propiedad y la regulación *Antitrust* que dé lugar a un mercado realmente competitivo que valore y asigne el lugar correcto a la libertad de competencia y a sus respectivas restricciones, y a la eficiencia y productividad empresarial, en orden a intentar lograr una unidad del sistema económico.¹³⁵

Por lo dicho en el párrafo anterior, hay que tener cuidado y ser muy precisos a la hora de aplicar la regulación *Antitrust* en materia de transmisión de empresas, porque las empresas para conseguir la denominada “eficiencia empresarial” realizan negocios entre ellas, para así intentar alcanzar organizaciones económicas productivas y eficientes, sin olvidar la idea de que todo acuerdo debe promover realmente una competencia efectiva. Hay ocasiones que una práctica que resulta anticompetitiva a corto plazo puede llegar a ser procompetitiva a medio y largo plazo.¹³⁶

En no pocas ocasiones el derecho de la propiedad y el derecho *Antitrust* pueden entrar en conflicto: ¿se podría considerar ilícita una conducta desde la perspectiva *Antitrust* y que la misma fuese considerada lícita desde la perspectiva del Derecho Patrimonial? En estas situaciones deberemos ponderar la importancia del Derecho Patrimonial y del Derecho *Antitrust*.¹³⁷

¹³⁵ DERECHO MERCANTIL ESPAÑA: “El Supremo lo borda: análisis de validez de las cláusulas de no competencia en contratos de transmisión de empresa” martes, 26 de junio de 2012. Por: Jesús Alfaro Águila- Real. Disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/06/el-supremo-lo-borda-analisis-de-la.html>. [Consulta: 27/11/2017].

¹³⁶ RODRÍGUEZ, S. “Los acuerdos de no competencia en los supuestos de transmisión de empresa”. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 237, págs. 893-942. 2009.

¹³⁷ MIRANDA, L. M. “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”. *Revista Derecho de los negocios* N° 122, págs. 1-50. 2000.

5.1 Restricciones accesorias (*ancillary restrictions*)

Aún hoy seguimos en la búsqueda de encontrar un equilibrio entre la libertad contractual y la libertad de competencia. No se puede afirmar que lo anteriormente enunciado al respecto del derecho de propiedad frente al derecho de la competencia sea materia que no de a pie a discusiones en la doctrina de las restricciones accesorias vinculadas a los pactos principales.

Según la doctrina de las restricciones accesorias, se pueden definir como restricciones o limitaciones de la competencia, necesarias y razonables, fundadas en permitir un acuerdo secundario que limita la competencia pero que está unido por un hilo sustancial a un acuerdo principal que no daña la competencia. La razón de permitir una restricción en la competencia se basa en que ante la ausencia de esta limitación sería realmente difícil lograr los objetivos buscados por la operación principal.¹³⁸

La doctrina de las restricciones accesorias (*ancillary restrains*) surge en la práctica *Antitrust* de los Estados Unidos¹³⁹, pero hoy en día está más evolucionada en el ámbito europeo¹⁴⁰.

Esta doctrina debe cumplir ciertas condiciones. Así, que el acuerdo principal no atente contra la competencia, sino que sea anticompetitivo el acuerdo secundario, inherente y necesario para la realización del primero. Por tanto, la restricción debe ser accesorio, proporcionada y razonable.¹⁴¹ Las restricciones accesorias se considerarán de tal modo en cuanto que se unan a la causa principal no restrictiva por un hilo sustancial, por la que sin

¹³⁸ CREUS, A. et al. *Código de Derecho de la Competencia*. Dlapiper, págs. 584 y ss. 2006.

¹³⁹ Surge a partir de sentencias estadounidenses como el caso *United States v. Addyston Pipe and Steel Co.* y *Whitwell v. Continental Tobacco Co.*

¹⁴⁰ En Europa el concepto de restricción accesorio lo encontramos en la Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005, con el objetivo de proporcionar mayor seguridad jurídica a las empresas afectadas.

¹⁴¹ MIRANDA, L. M. (2000). Op. Cit.

esta accesividad sería imposible alcanzar el fin principal o produciría efectos distintos a los deseados.

De modo que lo fundamental, para determinar si es necesario realizar una restricción de la libertad de competir en un acto accesorio, es realmente asociar esta idea a un negocio, acto o acuerdo principal lícito al que se subordinan. El acto accesorio depende del acto principal. Posteriormente, hay que aplicar una idea de razonabilidad o proporcionalidad que nos ayude a determinar que este acuerdo no excede de lo considerado indispensable para que el acto principal pueda llegar a desplegar sus efectos y cumplir los fines deseados. Es por ello que la doctrina económica ha diferenciado dos reglas: “*rule of reason*” y “*per se rule*”¹⁴² (regla de la razón y regla por sí misma, respectivamente).

Sólo cuando la razón principal del acuerdo es procompetitivo se podrá admitir la restricción accesoria incorporada, en cuanto el objetivo es conservar y fomentar un acuerdo final beneficioso para la competencia.¹⁴³

5.1.1 Regla de la Razón (*Rule of Reason*)

La traducción literal al castellano de la llamada *rule of reason* es “regla de la razón” y significa que es necesario realizar una evaluación de los acuerdos realizados entre empresas, para así analizar y considerar los posibles efectos reales que estos pactos tienen en el mercado, debido a que en ocasiones se puede corroborar su licitud. Es justificado realizar un análisis para considerar los efectos económicos que puedan producirse, y estudiar las consecuencias que recaen sobre los demás productores, consumidores y, en definitiva, sobre el bienestar general.¹⁴⁴

¹⁴² KOVAR, R. “*Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*”. *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 23, N° 2, págs. 237-254. 1987.

¹⁴³ GONZÁLEZ DÍAZ, F. E. “*The Notion of Ancillary Restraints Under Economic Competition Law*”. *Fordham International Law Journal*. Vol. 19, art. 8. 1995.

¹⁴⁴ VARELA, F. “Economía y Defensa de la competencia: una visión general”. *Ekonomiaξ: Revista vasca de economía*, N° 61, págs. 56-81. 2006.

La *rule of reason* permite al juez considerar que restricciones son las adecuadas a través de un test de legalidad que indique cuáles son las razones que han motivado un acuerdo restrictivo de competencia y el objetivo final de dicho acuerdo, todo esto a través de guías de interpretación¹⁴⁵ que valoran los efectos positivos y negativos que recaen sobre la competencia de acuerdo a la práctica enjuiciada.¹⁴⁶

La *rule of reason* permite suavizar las reglas de la prohibición antimonopolio (*Antitrust law*), pues en ocasiones hay determinados acuerdos que pueden llegar a aportar beneficios para la economía y ventajas a los consumidores (art. 101.3 TFUE y art. 1.3 LDC)

En el ámbito económico podríamos decir que, según la *rule of reason*, no se pueden declarar ilícitos los actos que por si mismos parezcan deshonestos, sino que es necesario que estas conductas causen unos efectos que distorsionen la competitividad del mercado. Hay momentos o contextos en los que un acto desleal, en las circunstancias en las que se produce, no altera ni produce consecuencias negativas en las decisiones formadas por los consumidores y, por tanto, no son capaces de alterar el funcionamiento correcto del mercado.

Es más, en ciertas ocasiones estos comportamientos a primera vista agresivos finalmente producen efectos positivos en la competencia del mercado y en los agentes participantes.

¹⁴⁵ El juez Brandeis, en el caso Board of Trade of Chicago vs. United States, dice que: “La legalidad de un acuerdo no puede depender simplemente del hecho de que restrinja la competencia, ya que todo contrato mercantil y toda reglamentación del comercio son, por esencia, restrictivos. El verdadero test de legalidad debe conducir a preguntarse si la restricción impuesta promueve e incluso refuerza la competencia o si, por el contrario, la suprime parcial o totalmente”.

¹⁴⁶ MIRANDA, L. M. “En el Derecho *Antitrust*, también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el tribunal supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 13, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, segundo semestre de 2013.

5.1.2 “Regla por sí misma” (*Per se rule*)

La regla *per se rule* surge¹⁴⁷ conforme se crea la *rule of reason*, y el *per se rule* nos indica una presunción de ilicitud de determinadas prácticas. Hay determinadas prácticas o acuerdos en los que no es necesario realizar una investigación sobre sus efectos, sino que deben presumirse ilegales.¹⁴⁸

Esta regla nos refleja no sólo mayor seguridad jurídica, sino también un ahorro económico en cuanto que no será necesario la realización de investigaciones económicas y jurídicas sobre la praxis realizada y por tanto evitaremos dilaciones indebidas y complicadas que alteren la situación de las industrias y mercados afectados. Sin embargo, desde la perspectiva económica del derecho de la competencia se reduce la aplicación de esta regla, puesto que es cierto que no contempla de la misma manera que la “*rule of reason*” las consecuencias ocasionadas sobre el mercado relevante, no repara en observar la verdadera eficiencia económica.¹⁴⁹

En conclusión, si combinamos ambas reglas, *rule of reason* y *per se rule*, con la definición de mercado relevante se puede llegar a realizar un análisis jurídico y económico específico y detallado, ya que permitirá saber cuándo se debe aplicar cada regla dependiendo de la participación dentro del mercado y de las consecuencias que una conducta particular pueda ocasionar.¹⁵⁰

Así, siguiendo esta línea de planteamiento, los jueces se sirven de los modelos económicos utilizados para saber si es más conveniente aplicar las normas *per se* (ahorrando costes de procedimiento y de litigios), o bien la aplicación *rule of reason* (que nos evalúan

¹⁴⁷ La primera vez que trata esta materia es en la sentencia *United States vs. Trenton Potteries (1927)*.

¹⁴⁸ MIRANDA, L. M. (2013). Op. Cit.

¹⁴⁹ VARELA, F. (2006) Op. Cit.

¹⁵⁰ Tal y como diría Jonathan B. Baker, el Derecho *Antitrust* ha experimentado grandes variaciones hacia su desarrollo en las últimas décadas. Tanto la aparición de nuevas industrias como la apertura de varios mercados han generado que se ajusten nuevos parámetros en su aplicación.

específicamente y caso por caso la aplicación de las normas de competencia y de la práctica del derecho de libre competencia).¹⁵¹

5.2 Asimetrías

Las asimetrías en la economía impiden que el consumidor haga una elección dentro de los mercados que se ajuste a sus preferencias o deseos. Esto se debe a que se produce una distorsión en el mercado, y los consumidores y vendedores no tienen las mismas oportunidades de elección, ya sea por las propias cualidades del bien producido y comprado, o bien porque el vendedor, que posee más información que el comprador, abuse de esta situación y genere una desigualdad.¹⁵²

Esta situación tiende a generar que el comprador, debido al desconocimiento, infravalore el valor del bien que el productor considera el adecuado, y tiende a producir finalmente un fallo de mercado por la existencia de tal asimetría.¹⁵³

Un ejemplo que nos puede ilustrar a cerca de las limitaciones en la competencia que conlleva la existencia de asimetrías es el mercado de los carburantes de automoción. La asimetría en estos mercados existe en cuanto que la velocidad de adaptación de los precios en el mercado es mayor cuando los costes se elevan que cuando disminuyen.¹⁵⁴

¹⁵¹ BAKER, J. B. “Monitoreando los desarrollos en el Derecho *Antitrust*”. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13, N° 1. 1999.

¹⁵² SHAPIRO, C y VARIAN, H. R. *El Dominio de la Información*, Antoni Bosch, Barcelona, 1999.

¹⁵³ RECUERDA, M.A et al: *Problemas Prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*. Capítulo 6, cohetes y plumas: una visión económica crítica, por: Barrero Gil, O. y Esteve Bargués, J. Págs. 101 y ss., Civitas. 2015.

¹⁵⁴ Existen estudios realizados al respecto y presentes en el Resumen Anual de la CNMC: “informe mensual de supervisión de la distribución de carburantes en Estaciones de Servicio diciembre de 2014, 19 de enero de 2015. Disponible en: [http://cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Energia/Informes/Estaciones Servicio/150129_%20Informe%20Mensual%20Supervisio%C3%B3n%20RRD Diciembre %202014 .pdf](http://cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Energia/Informes/Estaciones%20Servicio/150129_%20Informe%20Mensual%20Supervisio%C3%B3n%20RRD%20Diciembre%202014.pdf) [Consulta: 25/11/2017].

Los análisis realizados sobre la existencia de asimetrías en los precios se asocian directamente a la estructura de un mercado no competitivo. No obstante, no toda la doctrina tiene clara la relación entre la existencia de estas asimetrías y los comportamientos anticompetitivos, sino que hay quienes asocian esta idea a las características propias del mercado en cuestión.¹⁵⁵

Las asimetrías no son una situación poco frecuente, sino que es un fenómeno muy debatido que se produce también en sectores energéticos como los del gas y la electricidad, así como en sectores de alimentación o de servicios financieros, causando grandes desventajas en la posición del consumidor, porque recordemos que ante una bajada de los costes de producción apenas hay una reacción de bajada de precios en el mercado. Sin embargo, en caso contrario las empresas “se ponen las pilas” para ejercer una subida de precios. Esto se conoce como efecto “cohetes y plumas”.¹⁵⁶

No se puede negar la existencia de mercados más concentrados, y que en estos los precios serán más elevados, debido a la ausencia de múltiples competidores; sin embargo, no explica que las asimetrías y el poder de mercado de cada empresa pueda justificarse desde un punto de vista competitivo. Es por ello, que desde mi punto de vista y sin olvidar la base de prácticas competitivas y anticompetitivas de esta exposición, la existencia de este efecto se justifica en una colusión tacita (algo que todavía no está demostrado en la práctica y que genera multitud de controversias)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ RECUERDA, M. A et al. (2015). Op. Cit.

¹⁵⁶ EL PAÍS: “La polémica del cohete y la pluma” 7/12/2014 por: Miguel Noceda. Disponible en: https://elpais.com/economia/2014/12/05/actualidad/1417809825_816390.html [Consulta: 5/12/2017].

¹⁵⁷ El debate a día de hoy sigue abierto y deja grandes dudas al respecto de cual deberían ser las medidas ante las asimetrías producidas. Así como la CNMC en 2012 emitió un informe (Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España, junio de 2012), en el cual se asocia esta idea de las variaciones en los precios a problemas en el funcionamiento del mercado, tal y como refleja el final del informe al respecto de las causas: “En resumen, se aprecia que parte de los factores que tradicionalmente explican de este tipo de asimetrías concurren en el mercado español, y que los resultados obtenidos en este análisis están asociados principalmente a situaciones de reducida competencia efectiva en el mercado que llevan a que el resultado para los consumidores finales sea peor de lo que cabría esperar en un mercado competitivo. Consecuentemente, sobre la base del interés público, debe seguir insistiéndose en la necesidad de

Las empresas fijan los precios de sus productos en función de la capacidad de alcanzar la totalidad de la información del mercado que tenga el cliente, los compradores. Es por ello que en los mercados con un difícil acceso a la información las empresas fijen precios más altos y no se ajusten tanto al coste, justificando esta teoría la existencia de las asimetrías en mercados competitivos, y que se ajusten válidamente a las medidas *Antitrust*.¹⁵⁸ Sin embargo, esta idea no parece del todo convincente, puesto que, aunque el comprador tenga falta de información, no entiendo que se pueda explicar la lentitud de la bajada de los precios, ya que como empresa individual ante una bajada reduciría rápido los precios para intentar adquirir clientela de forma rápida y competitiva. No creo, por tanto, que esta teoría pueda justificar tan fácilmente una competencia efectiva en el mercado. No obstante, existen estudios económicos que demuestran como hay modelos en los que este efecto se produce por la actuación coordinada entre empresas, pero que existen otros muchos sectores en los que su existencia no se debe a este motivo de acuerdos tácitos, sino a las propias características del mercado, pues se desarrollan en mercado perfectamente competitivos.

La existencia de estas asimetrías en el mercado competitivo puede generarse porque se produce un bien o servicio a un precio que no cubre los costes cuando estos son elevados, y que ante una bajada de los mismos no baja el precio del bien proporcionalmente para así compensar la pérdida de los costes elevados. Dicho de otra manera, hay una compensación en los costes de producción cuando estos bajan que permiten realizar una bajada igual de rápida en comparación a la que habría ante una subida de precios de producción.¹⁵⁹

No obstante, hay que admitir que no se puede asociar directamente el efecto “cohetes y plumas” y la existencia de asimetrías con la idea de una falta de competencia en

buscar medidas que tengan como efecto un mercado de carburantes más competitivo”. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1296450_0.pdf [Consulta: 5/12/2017].

¹⁵⁸ Tal y como refleja la literatura económica en las que se defienden algunas teorías al respecto, en las cuales sugieren distintas y posibles explicaciones y por las cuales no consiguen asociar al completo este tipo de comportamiento a una conducta anticompetitiva, sino a características propias del mercado.

¹⁵⁹ RECUERDA, M. A et al. (2015). Op. Cit.

el mercado, sino que es necesario realizar un análisis de las causas que producen este efecto en cada sector del mercado, ya que muchas veces la ausencia de información ocasiona que este efecto se produzca más frecuentemente de lo que tenemos en mente.

La aplicación de la normativa *Antitrust* va a venir determinada tras observar la existencia o no de un acuerdo entre empresas, demostrando nuevamente la necesidad de realizar con esfuerzo un análisis detallado en orden a aplicar la regulación de forma correcta e incluso realizar una aplicación errónea que puede llegar a causar los efectos contrarios a los deseados y resultados contraproducentes económicamente.

5.3 Medidas *Antitrust*

La existencia de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia se justifica en la búsqueda de independencia entre las empresas garantizando una competencia efectiva dentro del mercado. La intención de esta prohibición es que los empresarios dentro del mercado tengan la autonomía suficiente en sus decisiones (no coordinada entre ellos) para lograr alcanzar una diversidad de ofertas que favorezcan al consumidor y la ejecución de actuaciones alternos.¹⁶⁰

5.3.1 Negación *Antitrust Law*

La negación a las reglas *Antitrust* se compara a un “Darwinismo Económico”, en cuanto que se considera que dentro de la económica es posible que exista una selección natural de empresas más eficientes siendo estas las que mejor se comportan en el mercado y favorecen el crecimiento de la productividad, llegando cierta parte de la doctrina a sostener que también hay una mejora de la competitividad general de la economía. Hay quien afirma que el aumento de la productividad no solo es fruto de las mejoras internas de cada empresa, sino también es fruto de la desaparición de las empresas menos eficientes y que este es el método por el que se logra alcanzar un mayor bienestar económico general.¹⁶¹

¹⁶⁰ BERCOVITZ, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Aranzadi, págs. 307 y ss., Madrid, 2005.

¹⁶¹ VARELA, F. (2006) Op. Cit.

Hay parte de la doctrina que reniega de ciertas medidas *Antitrust* debido a que en ocasiones se acaba protegiendo a las empresas menos eficientes y, si bien es cierto que a corto plazo no se observan consecuencias negativas, esta protección a largo y medio plazo llega a ocasionar perjuicios.

5.4 Mercados piratas y de imitación

Es obvio que hay una relación entre el derecho de la competencia y el de la propiedad intelectual. Es por ello que a través del proceso *Antitrust* se intenta integrar los bienes piratas y de imitación dentro de la extensión de los derechos de la competencia.

Cabe decir que hay que analizar la piratería y los mercados de imitación más allá de un punto de vista ético, en relación a su interacción con los agentes económicos. Los mercados piratas y de imitación surgen debido a que los productores del bien original poseen un derecho de propiedad intelectual que genera una exclusividad en el mercado y por ende una producción con unos precios más altos que dificulta el acceso a toda la población (no están exentos de la aplicación de la normativa *Antitrust*), y es por ello que surgen mercados piratas¹⁶² (supuestamente como una alternativa) que ponen a disposición de los consumidores unos productos de imitación sin la pertinente autorización y que se traduce en que la demanda absoluta del bien en cuestión aumenta, mientras que los bienes originales producidos por aquellos que ostentan un derecho de propiedad intelectual o disminuye o se mantiene igual en el mejor de los casos.¹⁶³

Las autoridades del derecho de la competencia entran en juego en cuanto que existe una empresa (con cierto poder de mercado) que ostenta un derecho de propiedad intelectual, pero que se enfrenta a un mercado pirata (mercado negro) muy desarrollado

¹⁶² Es en todo caso importante recalcar que ante esto tipo de situaciones nos encontramos con la libertad de los consumidores para elegir un tipo de producto protegido por la propiedad intelectual, o bien la elección de los bienes piratas.

¹⁶³ HORNIK, D. M. "Combating software Piracy: The Soft lifting Problem". *Harvard Journal Law & Technologies*, Vol. 7, N ° 2, págs. 377, 395 y 196. 1994.

que les perjudica. Es por ello que las autoridades deben investigar la existencia de prácticas anticompetitivas.¹⁶⁴

Los mercados piratas o de imitación son mercados que ejercen una violación ante el derecho de propiedad intelectual, ya que no han sido autorizados para la producción de un bien por el titular de este derecho. Existiendo a gran escala tres tipos diferentes de piratería dentro de un mercado: piratería comercial, piratería corporativa y la piratería del consumidor final.¹⁶⁵ La más conocida es la primera de las mencionadas (piratería comercial): una reproducción masiva de productos protegidos por el ya enunciado derecho a la propiedad intelectual, conocida generalmente como falsificación, puesto que imitan en apariencia y función el bien original.

Económicamente hablando, y desde la perspectiva del productor, la piratería en el mercado negro ocasiona fuertes desequilibrios en el mercado, puesto que el productor del bien original ha asumido entre sus costes unos riesgos económicos elevados, cantidades monetarias, tiempo, riesgos, inversión intelectual, etc.; mientras que el productor “pirata” no asume ninguno de ellos, ya que se aprovecha de los ya realizados por el original, permitiendo vender el bien a un precio mucho más bajo. Jurídicamente hablando, tampoco se hace responsable de los impuestos ni trabas legales o de garantía, pues actúa en un marco de ilegalidad comercial.¹⁶⁶

La autoridad *Antitrust* debe intervenir en los mercados negros, pues si no se controla la legalidad de los mismos pueden entrar a funcionar como un mercado perfectamente competitivo, teniendo en cuenta el libre juego de la oferta y la demanda. El problema surge cuando la aparición de este mercado puede afectar negativamente a otro mercado.¹⁶⁷

¹⁶⁴ URIBE, C. A. “La piratería en el Derecho de la Competencia. Mercado Negro y Mercado Relevante”. *Revista de Derecho Internacional Bogotá*, N° 7, págs. 61-139. 2006.

¹⁶⁵ Business Software Alliance, Anti-Piracy Information, Types of Piracy (2004). Disponible en: <http://www.bsa.org/usa/antipiracy/Types-of-Piracy.cfm> [Consulta: 3 /12/17].

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “Significado y delimitación del mercado relevante”. En: *Actas de derecho industrial*, N° 6, págs. 265 – 267.

¹⁶⁷ URIBE, C. A. (2006). Op. Cit.

La existencia de los mercados de bienes piratas se justifica en una demanda insatisfecha, pero desde mi punto de vista no podríamos englobar dentro del mismo mercado a los productos originales y de imitación, copias, etc., ya que, pese a parecerlo, no considero que cubran las mismas necesidades, ya sea en cuanto al bien en si o por la seguridad y confianza aportada. Es por eso que el derecho *Antitrust* debería contemplar la necesidad de regular los mercados negros, de piratería, de imitación o cualquiera que sea, tanto proteger en si misma a las empresas que realizan el esfuerzo intelectual del desarrollo del bien original¹⁶⁸, como para tratar de proteger a los propios competidores del mercado negro entre sí, pero lo que más importante me parece, para intentar asegurar una serie de garantías de defensa al consumidor, para que este mismo no sea perjudicado pese los riesgos que ocasionan estos mercados por si mismos.¹⁶⁹

Por todo lo anterior considero que una vez que hay un control de legalidad sobre los mercados piratas y de imitación, aceptando su existencia (ya sea por sus precios más bajos, por el desconocimiento de la ilicitud que suponen, por la dificultad de acceso a los mercados de productos originales, por creer que es una conducta impune, etc.) se produce consecuentemente que los bienes piratas sean sustituibles entre si y entren a funcionar como un nuevo mercado y por ende siendo merecedores de la aplicación de la normativa *Antitrust*.¹⁷⁰

5.5 Sistema de exenciones

Hay conductas exentas de ser sancionadas por la LDC según su artículo 4. Se trata de exenciones cubiertas bajo el amparo de una ley o de disposiciones reglamentarias. No obstante, hay que hacer referencia a la ya citada regla del *minimis*, por la cual, a parte de las exenciones y excepciones reflejadas en la ley, no habrá prohibición tampoco para los

¹⁶⁸ Realmente, la empresa que posee el derecho de propiedad intelectual solo va a sufrir un fuerte daño con la entrada de las primeras imitaciones y de piratería, posteriormente, aunque entren más empresas en juego similares, van a notar a menor escala los efectos, pero, sin embargo, empezará a afectar a las siguientes empresas productoras de bienes de imitación.

¹⁶⁹ URIBE, C. A. (2006). Op. Cit.

¹⁷⁰ URIBE, C. A. (2006). Op. Cit.

acuerdos de menor importancia. La regla del *minimis* genera diversos debates doctrinales al respecto de cuales deberían ser los límites de las exenciones, puesto que puede llegar a permitir que las autoridades empleen la regla del *minimis* atendiendo a criterios de orden económico y no tanto a salvaguardar el derecho de competencia.¹⁷¹

5.5.1 Excepción de las concentraciones en época de crisis¹⁷²

Para comenzar, recordar que es necesario tener en cuenta a la hora de aplicar el régimen *Antitrust* la situación económica de una empresa y los posibles problemas financieros a los que se enfrenta, en todo caso referido a la concentración empresarial. Esta excepción consiste en declarar, por el derecho *Antitrust*, lícitas y viables algunas operaciones de concentración, pese a que puedan llegar a plantear problemas de competencia con el fin de establecer una medida “anticrisis” de ciertas empresas.¹⁷³

Las operaciones de concentraciones, por tanto, pueden ser prohibidas o bien autorizadas o condicionadas en orden a compensar sus efectos restrictivos. Para que la excepción pueda ser fructífera se debe realizar un análisis en términos económicos dentro del mercado relevante afectado y así poder comparar los riesgos que la operación genera en la competencia del mercado relevante frente a las ventajas o beneficios generados en términos de eficiencia y de bienestar.¹⁷⁴

Esta idea de realizar una excepción en la aplicación *Antitrust* no queda lejos de parecer contradictoria. Sin embargo, la crisis económica, no en pocas ocasiones, fuerza a

¹⁷¹ Existe una controvertida comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Controvertida porque los Estados dudan sobre su efecto jurídico vinculante. En esta comunicación se proporcionan unas pautas para saber cuándo considerar un acuerdo de menor importancia. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=ES) [Consulta: 6/12/2017].

¹⁷² En el sistema norteamericano haríamos referencia al *failing firm defence*, que viene a significar la excepción de la empresa en crisis.

¹⁷³ FONT, J. I. et al. “Viabilidad *Antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa”. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 252, págs. 463 y ss., 2004.

¹⁷⁴ FRANCO, L. (2010). Op. Cit.

los competidores a celebrar operaciones de concentración empresarial, y estas concentraciones, dada esa circunstancia, es mejor consentirlas para evitar que se produzca la salida del mercado de empresas con dificultades financieras. De modo contrario, la salida de estas empresas puede producir en el mercado un posterior incremento de precios, produciendo consecuencias perjudiciales para el bienestar social económico general.¹⁷⁵ Se puede hablar, entonces, de la inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia.

En todo caso, es totalmente preciso que exista un hecho fehaciente que manifieste que la empresa que va a ser fruto de una adquisición futura está abocada a salir del mercado debido a su situación económica. No obstante, no es necesario (tal y como aseguran las autoridades *Antitrust*) que la futura empresa absorbida se encuentre en una situación de concurso,¹⁷⁶ aunque aún no exista una fórmula universal que nos indique cuándo esta excepción al derecho de competencia deba efectuarse.¹⁷⁷

En este sentido, es de vital importancia establecer los límites del Derecho *Antitrust*, puesto que un control, tanto de las ayudas públicas como de las concentraciones, puede llegar a ayudar a encontrar la solución de las empresas en situaciones de solvencia económica complicada.¹⁷⁸

Además, las empresas que se encuentren en situaciones de dificultades financieras por la existencia de la crisis y quieran acudir al método de la concentración sin la aplicación de las medidas *Antitrust* deberán demostrar que esta opción es la única posible para sanear

¹⁷⁵ PÉREZ, M.^a A. “La excepción de la empresa en crisis: la evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico de la UE”, *Proyecto de investigación de excelencia del MICINN*, N° 29, págs. 99 y ss., 2016.

¹⁷⁶ BRIONES, J. et al. *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*. Marcial Pons, Madrid, 1999.

¹⁷⁷ MIRANDA, L. M. y PÉREZ, M. A. “El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 294, págs. 115 y ss., 2014.

¹⁷⁸ MIRANDA, L. M. “Libre competencia y recuperación de empresas en crisis. (Entre la eficiencia económica y el compromiso social)”. *Revista de Fomento Social, sección Estudios*, vol. 58, N° 232, págs. 643 y ss. 2003.

su situación en el mercado y conservar su posición en el mercado relevante. Es algo realmente controvertido, puesto que los jueces encargados de velar por una competencia equitativa y la respectiva comisión de la competencia deben comprobar los posibles efectos competitivos ocasionados (tanto por la operación, como por los posibles perjuicios producidos a terceros). Así mismo, las partes deben probar que otras posibilidades pueden ocasionar mayores riesgos competitivos, o bien que son económicamente inviables. Es por ello que se llega a la conclusión de que la única opción que realmente económicamente aporte beneficios sea una concentración empresarial¹⁷⁹ ocasionada por la compra de otra empresa que opera dentro del mercado relevante. El fin que persigue en todo momento es intentar justificar objetivamente que esta operación de reestructuración actúa de forma eficiente, tanto para la recuperación de la empresa en situación de crisis, como para asegurar y garantizar la libre competencia del mercado.¹⁸⁰

En conclusión, recalcar la gran importancia de la observación y el análisis de la autoridad *Antitrust* para aplicar la excepción de concentración empresarial. En todo momento, repetimos, se debe investigar que la empresa que vaya a ser adquirida se encuentra en crisis y que la empresa tiene una posición notable en el mercado relevante de modo que se intente evitar su abandono del mercado, ya que ello supondría un aumento de trabas en el sector económico y en la libre competencia. Sin embargo, si no se supera dicho test (que ya hemos indicado que no hay una forma general y única de determinarlo), deberá evitar ejercer una excepción y que la operación comercial de concentración empresarial nunca llegue a celebrarse con el fin de evitar una estrategia empresarial que ponga en riesgo la competencia efectiva.¹⁸¹ Así mismo, la autoridad *Antitrust* debe tener en cuenta los costes

¹⁷⁹ En el Derecho *Antitrust* norteamericano, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) y la Federal Trade Commission (FTC) consideran como una oferta alternativa razonable cualquier propuesta de compra por un precio superior al valor de los activos en un proceso de liquidación. De esta manera, las autoridades norteamericanas previenen que los competidores realicen ofertas estratégicas que persigan impedir la autorización de la operación de concentración sobre la base de la teoría de la *failing company* (U.S. DOJ & FTC, 2010, p. 32, nota 16).

¹⁸⁰ HERRERO, C. “La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial” (análisis comparado entre el Derecho *Antitrust* estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo). *Revista de Derecho mercantil*, N° 242, págs. 1943 y ss., 2001.

¹⁸¹ PÉREZ, M.ª A. (2016). Op. Cit.

económicos y sociales que se producen, sin perder nunca de vista el bienestar social de los individuos.¹⁸²

Por todo lo explicado anteriormente, esta excepción (que, como ya hemos dicho, es indispensable que se produzca por falta de alternativa y se realice de forma razonable) se permite por tres motivos:¹⁸³

1. En un sector económico la concentración de una empresa en crisis puede ser la solución más eficiente para la conservación del mismo.
2. Si la concentración se realiza con suficiente control y neutralidad puede favorecer a evitar el deterioro de la competencia en el mercado. No se causan daños a la competencia, sino que la empresa adquirente utiliza los nuevos medios adquiridos para mejorar su producción y ocasionar, consecuentemente, la reducción de precios. Se vela también por los intereses de los consumidores.
3. La concentración evitaría daños futuros en intereses, no solo económicos, sino también sociales, ya que mantendría activas inversiones, actividades económicas, puestos de trabajo y pago a los acreedores.

6. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, se pueden derivar diversas conclusiones y opiniones personales.

En primer lugar, la libertad debe ser reconocida, incluida la libertad empresarial y la de las respectivas decisiones por parte de los productores. Sin embargo, un comportamiento de un competidor no debe dañar la situación del resto de competidores ni

¹⁸² Existe una serie de criterios guías para analizar esta cuestión de concentración empresarial otorgados por “la doctrina de la empresa en crisis en el actual Reglamento 139/2004 y las directrices sobre Concentraciones Horizontales”.

¹⁸³ PÉREZ, M.^a A. (2016). Op. Cit.

de los consumidores. Recordamos pues como si dejamos una libertad máxima a los vendedores acabarían por realizar acuerdos entre sí, haciendo necesaria la intervención de una autoridad para evitarlos. No obstante, considero que en la mayoría de los casos también se debería tener en cuenta una observación sobre los intereses privados. Es decir, ha quedado claro como el derecho *Antitrust* debe garantizar una competencia efectiva y una protección a los intereses de los consumidores y del resto de competidores, pero ¿podrían existir ciertas empresas más eficientes si no existiese una defensa de la competencia tan incisiva? No trato de posicionarme en contra del derecho de la competencia, pues gracias a su estudio se mejora el bienestar general social y evidentemente los efectos de esta regulación son altamente favorables. Sobre lo que trato de reflexionar es que, aunque la teoría es idónea, sin embargo discrepo en cuanto a su aplicación.

Considero qué en los mercados, que están en constante movimiento y fluctúan día tras día, no es suficiente con una aplicación teórica. Está claro que hay casos y situaciones más que obvias que no harían necesario un análisis, como por ejemplo los acuerdos expresos. Sin embargo, considero que no se realiza, por parte de los órganos encargados de sancionar debidamente a las empresas, un análisis económico que permita realizar una aplicación de la normativa *Antitrust* de forma diligente. Ciertamente es que en la actualidad la necesidad de realizar análisis económicos en esta materia está cobrando importancia, pero estimo que se debería tomar mayor consciencia de ellos para así poder examinar las verdaderas consecuencias que una conducta empresarial pueda llegar a producir tanto a corto como a largo plazo, pese a su prolijo proceso creo que seríamos capaces de producir mejores resultados.

Hoy en día nos enfrentamos a otro problema, y es que actualmente el mercado amplía cada vez más sus límites, existe internet y los países están interconectados entre si y entre los diversos mercados. Es por ello que una regulación nunca va a llegar a ser del todo adecuada debido a la dificultad de abarcarlo todo, y es cuando te puedes plantear si una conducta tomada por dos empresas en diferentes países en uno puede ser procompetitiva y en otro anticompetitiva. Este tipo de cuestiones no están del todo solucionadas, lo que me induce a sostener que, aunque poseemos una regulación muy satisfactoria actualmente, todavía tenemos que trabajar para desarrollarla más, puesto que nos podemos llegar a enfrentar a nuevos problemas que hoy no nos planteamos, y una vez más reparo en la idea

de que llegado este momento la mejor solución es la realización de un análisis económico que nos indique por qué posicionamiento deberíamos optar.

Desde mi punto de vista, resulta interesante el campo de actuación del derecho a la libre competencia en los mercados piratas y de imitación, puesto que, ante un daño producido a la empresa del producto original, hay parte de la doctrina que se centra en plantearse si la normativa *Antitrust* debería ocuparse también de la regulación en estos mercados piratas y de imitación, cuando considero que en todo caso se debería tratar de proteger a la empresa encargada de la producción de los productos originales o que ostenten un derecho de propiedad intelectual. Es decir, creo que hemos descuidado y permitido este tipo de mercados y que los consumidores no somos conscientes de los daños que ocasionan, ni de la infracción realmente cometida. Por ello propongo que este tipo de normativa y de regulación debería ser más estricta con los productos de imitación o piratas. Si bien es cierto que hay que ser realistas y darse cuenta cómo este posible nuevo tipo de mercado, si llega a ser permitido, puede llegar a ser accesible a unos precios más bajos a mayor parte de la población, pudiendo beneficiar a nuevos consumidores y productores, pero creo que no se está velando lo suficiente por la empresa productora original y se está permitiendo una clase de mercado éticamente incorrecto.

En conclusión, una regulación y aplicación adecuada de la normativa *Antitrust* es totalmente necesaria, puesto que hay que velar por una competencia efectiva en el mercado, pero sin discutir la importancia de la misma considero que tendríamos que adecuarnos a la situación actual. Ser conscientes de que hoy en día los mercados avanzan muy rápido y deberíamos contar con una legislación dinámica que sea capaz de establecer soluciones eficaces en el menor tiempo posible. Una normativa capaz de adaptarse a todo tipo de mercados y a nuevas controversias. Por tanto, deberíamos contar con la disposición de más expertos económicos que desarrollen su labor junto a los profesionales juristas, puesto que creo que ambas disciplinas se deben complementar mutuamente con mayor fuerza en orden a un enjuiciamiento de las conductas.

7. LISTA DE ABREVIATURAS

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

DOJ: Departamento de Justicia de los Estados Unidos

Et al.: Et alia

FTC: Federal Trade Commission

LCD: Ley de Competencia Desleal.

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

MICINN: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad

Nº: Número

Op. Cit.: Oportunamente Citado

Pág./Págs.: Página/Páginas

Ss.: Siguietes

TCE: Tratado de la Comunidad Europea

TFG: Trabajo de Fin de Grado

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE: Unión Europea

Vol.: Volumen

8. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA

8.1 Libros

BARBER, W. J. *Historia del Pensamiento Económico*. Alianza Universidad, 1982.

BENEYTO, J. M. *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia. Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*. Bosch, 2002.

- BERCOVITZ, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Aranzadi, 2005.
- BLANCO, J. M. *Economía. Teoría y práctica*. McGraw-Hill, 2008.
- BRIONES, J. et al. *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*. Marcial Pons, 1999.
- BROSETA, M. y MARTINEZ, F. *Manual de derecho mercantil*. Marcial Pons Vol. 1º, 2016.
- BUENO, E. *Fundamentos de economía y organización industrial*. McGraw-Hill, 1994.
- CARBAJO, F. et al. *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*. Tirant lo Blanch, 2017.
- CREUS, A. et al. *Código de Derecho de la Competencia*. Dlapiper, 2006.
- FRANCO, L. *Economía y defensa de la competencia*, “El análisis económico de la Defensa y Promoción de la Competencia”. Xunta de Galicia, 2010.
- GALAN, E. *Las conductas de menor importancia en la vigente Ley de Defensa de la competencia, el derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa*. Marcial Pons, 2010.
- MANKIW, G. N. *Principios de economía*. Cengage, 2017
- MAILLO, J y BENEYTO, J.M. *Tratado de derecho de la competencia*. Bosch, 2017.
- MOCHÓN, F. *Economía: teoría y política*. McGraw-Hill, 2009.
- MUÑOZ, O. *Hacia el Estado Regulador, después de las privatizaciones*. Cieplan, 1996.
- ORTIZ, L. et al. *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos, 2008.
- PASTOR, S. *Sistema Jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Tecnos, 1989.
- PÉREZ, C. L. y GUERRERO, R. R. *Derecho de la Competencia Económica*. Oxford University Press, 2002.

PETTIBÒ, A. *Economía y defensa de la competencia*, “La relevancia del análisis económico en los procedimientos relacionados con el derecho de la competencia”. Xunta de Galicia, 2010.

PORFIRIO, L. K. *La Discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. Marcial Pons, 2003.

RECUERDA, M. A et al. *Problemas Prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*. Civitas, 2015.

RIONDA, I. C. *Contextos del desarrollo regional en México*. Universidad de Guanajato, 2005.

SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D. *Economía*. McGraw-Hill, 2010.

SEGURA, J. *Teoría de la economía Industrial*. Civitas, 1993.

SHAPIRO, C y VARIAN, H. R. *El Dominio de la Información*. Antoni Bosch, 1999.

SMITH, A. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Vol.1. Fondo de Cultura Económica, 1988.

SPENCER, M. H. *Economía contemporánea*. Reverte, 1993.

VELASCO, L. (Coord.) *Derecho europeo de la competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*. Lex Nova, 2005.

VICIANO, J. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Tirant lo Blanc, 1995.

8.2 Artículos

ALFARO, J. “Análisis constitucional de la Ley Federal de Competencia Económica”. En: *Informe de Competencia Económica*, segundo semestre de 1996.

ALFARO, J. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”. *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2004.

ALFARO, J. “Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho”. *Revista para el Análisis del Derecho*. N° 417, Barcelona, 2007.

- ALTZELAI, I. “Algunas cuestiones del Análisis *Antitrust*: Delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”. *Revista Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 9, 2011.
- BAKER, J. B. “Monitoreando los desarrollos en el Derecho *Antitrust*”. Traducción realizada por Michel Seiner Pellny. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13, N° 1, 1999.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “Significado y delimitación del mercado relevante”. en: *Actas de derecho industrial*, N° 6
- FONT, J. I. et al. “Viabilidad *Antitrust* de las soluciones concursales de conservación de la empresa”. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 252. 2004.
- GONZÁLEZ, F. E. “*The Notion of Ancillary Restraints Under Economic Competition Law*” *Fordham International Law Journal*. Vol. 19, art. 8. 1995.
- GUERRA, A. y RODRIGUEZ, A. “La nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales Novedades”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2007.
- HERRERO, C. “La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial” (análisis comparado entre el Derecho *Antitrust* estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo). *Revista de Derecho mercantil*, N° 242. 2001.
- HORNIK, D. M. “Combating software Piracy: The Soft lifting Problem”. *Harvard Journal Law & Technologies*, Vol. 7, N ° 2. 1994.
- KOVAR, R. “*Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*”. *Revue trimestrielle de droit europeen*, Vol. 23, N° 2. 1987.
- LECHNER, N. “El debate sobre Estado y Mercado”. *Revista Estudios*, N° 31. 2014.
- MARTÍNEZ, F. y PUETZ, A. “Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 7. 2014.
- MASSAGUER, J. “La regulación del Derecho de la Competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 293. 2014

- MAYA, C. J. y VILLEGAS, H. “Inclusión y homogeneidad en la valoración de la desigualdad”. *Revista Política y Cultura*, N° 22. 2004.
- MIRANDA, L. M. y PÉREZ, M. A. “El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Mercantil*, N° 294. 2014.
- MIRANDA, L. M. “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”. *Revista Derecho de los negocios*. N° 122. 2000.
- MIRANDA, L. M. “Libre competencia y recuperación de empresas en crisis. (Entre la eficiencia económica y el compromiso social)”. *Revista de Fomento Social, sección Estudios*, vol. 58, N° 232. 2003.
- MIRANDA, L. M: “En el Derecho *Antitrust*, también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el tribunal supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 13. 2013.
- ORTIZ, I. S. “La regla de *minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”. *Revista e-mercatoria*, Vol. 8, N° 2, 2009.
- PÉREZ, C. “El Derecho de la Competencia Económica y su impacto en la Globalización”. *Congreso Internacional sobre Desarrollo Local en un Mundo Global*. 2004.
- PÉREZ, M. A. “La excepción de la empresa en crisis (*failing firm defence*): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea”. *Revista de Derecho*, N° 20. 2016.
- RODRÍGUEZ, S. “Los acuerdos de no competencia en los supuestos de transmisión de empresa”. *Revista de Derecho Mercantil*. 2009.
- URIBE, C.A. “La piratería en el Derecho de la Competencia. Mercado Negro y Mercado Relevante”. *Revista de Derecho Internacional Bogotá*, N° 7. 2006.
- VARELA, F. “Economía y Defensa de la competencia: una visión general”. *Ekonomia*: *Revista vasca de economía*, N° 61. 2006.

8.3 Fuentes en línea

ANAVE, O. y LEÓN, O. (2003): “El Monopolio”, República bolivariana de Venezuela. Ministerio del poder popular para la educación universitaria. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos97/elmonopolio/elmonopolio2.shtml>

AULA DE ECONOMÍA (2002): Galería de gráficos. Disponible en: <http://www.auladeeconomia.com/graficos4.htm>

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE, Anti-Piracy Information, Types of Piracy (2004), Disponible en: <http://www.bsa.org/usa/antipiracy/Types-of-Piracy.cfm>

CNMC (2017): “Que es la CNMC” Disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc#objetivo>

CONSELLERÍA DE CULTURA, EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, XUNTA DE GALICIA: sistemas económicos, departamento de economía. Disponible en: <http://www.edu.xunta.gal/centros/iesmonelos/system/files/TEMA4++SISTEMAS++ECONOMICOS.pdf>

DERECHO MERCANTIL ESPAÑA: almacén de Derecho, Derecho de la Competencia y Derecho de la Competencia Desleal. Disponible en: www.derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/01/derecho-de-la-competencia-y-derecho-de.html

DERECHO MERCANTIL ESPAÑA: “El Supremo lo borda: análisis de validez de las cláusulas de no competencia en contratos de transmisión de empresa” Disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2012/06/el-supremo-lo-borda-analisis-de-la.html>.

ECONOMIPEDIA (2015): economía mixta. Disponible en: <http://economipedia.com/definiciones/sistema-economia-mixta.html>

ECONOMIPEDIA (2015): Índice de Lerner. Disponible en: <http://economipedia.com/definiciones/indice-de-lerner.html>

ECONOMIPEDIA (2015): Índice Herfindahl-Hirschman Disponible en:
<http://economipedia.com/definiciones/indice-herfindahl-hirschman.html>

EL MUNDO: “El Tribunal de Defensa de la Competencia se equipara a los de la UE”.
Disponible:
<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/08/castillayleon/1331213591.html>

EL PAÍS: “La polémica del cohete y la pluma”. Disponible en:
https://elpais.com/economia/2014/12/05/actualidad/1417809825_816390.html

FEDERAL TRADE COMMISSION: “Acerca de la FTC, historia”. Disponible en:
<https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

Guías Jurídicas WOLTERS KLUWER- área derecho mercantil, “Defensa de la Competencia”
http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjI1NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAKGtcrDUAAAA=WKE

Guías Jurídicas WOLTERS KLUWER- área derecho mercantil, “Monopolio”. Disponible en:
http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC1PwU7DMAz9m1wmoY4dOOXSlgMSIDQK4uo2XhuRxiV2y_L3uAuWltsvfs_PP_yum3OFV7ELsB0_x4PDgaPbRk-EcKebZdmlFI9CzrQwMskJoabDHvfYbdtArTslhqrNWQgLhjGzvT4Yn-n2FzY8gql1DKlreOfv4Ve1xPJ2qB7NhYh2wn37EKGgmP07P-qTMA7PnhqIkCk9K7Ym-u7YpeJcXtC8oUNozxBHVBiOkYXoDbdTtOqsu3QEv132Zv2QFb8wLBFZH_BH1FobwfuOVvUWjXkXUWy-x_JkhaG5BsIGA0f1f9Qersus8TAEAAA=WKE

Guías Jurídicas WOLTERS KLUWER- área derecho mercantil, “Posición de Dominio”.
Disponible en:
http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAE1PTU_DMAz9N7lMQvsQ3HJpywFpIDQK4uq2XhstjUvsluXf4y47EMmK_ez3_PwzY0w1XsVOxK51FDYdbjoaXXBkOAUkAbR1nNEINGy3BlqZwVfu2t2auwVraBSn2GEskmZCAv6EbPcHwwP9vsHiehDVLiBmLdd19v17u77d4elxbxaMrAP2y_UYBM3g-

Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España, junio de 2012. Emitido por la CNMC.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Publicado en: «BOE» núm. 159, de 04/07/2007. Entrada en vigor: 01/09/2007.

Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la mayoría de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Publicado en: «BOE» núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Publicado en: «BOE» núm. 10, de 11/01/1991. Entrada en vigor: 31/01/1991.

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Publicado en: «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2013.

Resumen Anual de la CNMC: “Informe mensual de supervisión de la distribución de carburantes en Estaciones de Servicio diciembre de 2014, 19 de enero de 2015”.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Vigente desde 12/06/1985, esta revisión vigente desde 01/01/2013.