

### 3<sup>er</sup> Encuentro de la Association of Competition Economics en España

Madrid, 23 de octubre de 2008

El pasado 23 de octubre de 2008 tuvo lugar el III Encuentro de la Association of Competition Economics (ACE) en España, evento co-organizado por el Centro Sector Público-Sector Privado de IESE y por la Fundación Rafael del Pino de Madrid. Esta asociación nació con el espíritu de crear un foro de discusión cuyo principal objetivo es la transmisión de los avances académicos en el campo del análisis económico a los economistas interesados en la temática de la regulación y el fomento de la competencia. Este año, siguiendo con la vocación de unir a representantes de la esfera pública, privada y académica, la jornada giró en torno a la necesaria relación que surge entre la economía y el derecho a medida que los economistas consiguen modelizar e identificar de manera fiel comportamientos empresariales anticompetitivos que inciden de manera negativa en el bienestar de los consumidores.



De izquierda a derecha: Amadeo Petitbo, Reinaldo Rodr y Xavier Vives durante la apertura de la Conferencia

El encargado de dar inicio a las distintas mesas fue **Amadeo Petitbò**, presidente de la Fundación Rafael del Pino, quien quiso insistir en lo que sería una constante a lo largo del día: la competencia es un ámbito limítrofe entre dos realidades –la económica y la jurídica– que en muchas ocasiones chocan de manera frontal. Sin embargo, es necesario que los juristas acompañen los avances en el campo del estudio económico con medidas jurídicas cuyo beneficiario sea, en última instancia, el conjunto de la sociedad.

Después de una breve presentación de la actividad académica desarrollada en el Centro SP-SP, **Xavier Vives**, su director académico, cedió la palabra a **Reinaldo Rodríguez**, presidente de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CMT). En su discurso, Rodríguez se refirió a los problemas que surgen cuando se enfrenta la teoría económica a la realidad. "Yo abogo por el pragmatismo y por un mínimo de reglas que hagan funcionar los mercados: dar fuerza al sistema, legitimidad, dibujar bien el contexto para que los agentes puedan tomar decisiones", afirmó el presidente de la CMT en una evidente declaración de intenciones. No obstante, "es complicado lidiar con el día a día. De manera general, todos los competidores se quejan y el regulador debe tener ideas propias y ser valiente cuando tiene que pisar callos". Y es que aunque los constantes cambios en la tecnología obliguen a cambiar cada cierto tiempo algunas ideas, nunca hay que perder de vista que hay que mirar por el usuario en el largo plazo.

A renglón seguido, comenzó la primera mesa, "*Precios excesivos y discriminatorios: las entidades de gestión colectiva*", moderada por **Fernando Jiménez**, de NERA.



De izquierda a derecha; Enrique Cañizares, Francisco Garzón, Fernando Jiménez, Rafael Allendesalazar y Alejandro Requejo



**Enrique Cañizares**, de PriceWaterhouseCoopers, introdujo desde una óptica teórica los puntos de convergencia entre la economía y el derecho a propósito del tema de las entidades de gestión (EEGG). Según el ponente, "precio excesivo no es un concepto propiamente económico sino jurídico. Lo que más se acerca a él en teoría económica es el precio monopolístico". Por un lado, Cañizares trató el tema de los precios abusivos, considerados aquellos que no guardan relación razonable con el valor económico de un producto. Para verificar que un precio está por encima de lo que podríamos considerar razonable podemos recurrir a distintos estándares legales insertados en el marco de la doctrina comunitaria: los dos principales son la comparación en costes, cuyo principal problema es el establecimiento de un margen razonable objetivo entre el precio deseado y el coste estimado, y el *benchmarking* –o comparación tomando como referencia el precio de un bien comparable considerado competitivo–, de difícil aplicación puesto que requiere un alto grado de información para seleccionar tal comparable. No obstante, pese a los factores que dificultan esta comparación, la UE promueve este tipo de ejercicio ya que la comparación sobre una base homogénea, previo control de las características de cada país, puede llevar a una igualación de tarifas entre los distintos países.

Por otro lado, los precios discriminatorios, que consisten en vender un mismo producto a diferentes precios sin que existan diferencias en el coste de suministrarlo, pueden causar grandes pérdidas de bienestar social en los mercados finales. Pero es en el mercado intermedio, donde actúan las EEGG, donde pueden surgir las mayores distorsiones: la libre interacción de oferta y demanda debería ser aplicada en cada fase del mercado donde ésta pueda manifestarse. Por esa razón la política de la competencia debería preocuparse por los precios de las EEGG puesto que éstas pueden considerarse como monopolios legales protegidos por fuertes barreras de entrada. De este modo, el análisis económico resulta fundamental para guiar esta intervención ya que permite dotar al regulador de herramientas (como las mencionadas anteriormente) para identificar la desventaja competitiva en casos de precios discriminatorios.



Después de que **Francisco Garzón**, de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), introdujera en su intervención la problemática legal que surge entre las entidades de gestión colectiva y los usuarios debido al especial diseño de este tipo de agentes y mercados, **Rafael Allendesalazar**, socio de Martínez Lage, bufete especializado en el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de la



competencia, dibujó el marco jurídico de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y mostró de qué manera pueden ayudar los economistas a una correcta aplicación de la Ley. El mercado de la propiedad intelectual es un mercado excepcional, pero no por eso debe renunciar a poseer unas reglas que regulen el comportamiento de los agentes. La LPI confiere a los autores varios tipos de derechos, entre los que encontramos los derechos morales -que son aquellos que permiten al autor decidir la forma en que se divulga la obra o exigir respeto a su integridad-, los derechos exclusivos de explotación, como son el derecho de reproducción, distribución o comunicación pública, o los derechos de remuneración. Estos últimos, que engloban una serie de derechos relacionados con la explotación de una obra, deben hacerse efectivos según la LPI a través de las entidades de gestión (EEGG), lo que desde el punto de vista del Derecho de la Competencia pone en duda que este tipo de derechos puedan conferir una posición de monopolio al titular. La recaudación y control efectivos de muchos de los DPI es inviable individualmente y es por eso que las EEGG sirven para permitir una administración y control más eficaces de éstos. Las EEGG, por lo tanto, protegen los derechos e intereses de sus socios individuales frente a importantes usuarios y distribuidores.

Sin embargo, la posición privilegiada de estas entidades puede llevar a que éstas sean consideradas, en palabras de Allendesalazar, como "sospechosos habituales". Pero a pesar de esto, hay varios factores que reducen esta supuesta capacidad de las EEGG, como pueden ser la existencia de usuarios con gran poder de negociación o el menor poder de mercado de las EEGG cuando éstas gestionan derechos de simple remuneración ya que no puede oponerse al uso de los derechos gestionados. Además, las autoridades competentes están concienciadas de la necesidad de un equilibrio entre todos los intereses en juego, haciendo especial hincapié en los intereses de los autores, y de que las prácticas de las EEGG deben respetar el principio de proporcionalidad, es decir, que no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar el fin lícito que persiguen. Por el contrario, las distintas formas de fijar la remuneración pueden desembocar en acusaciones de precios discriminatorios o excesivos. Y aunque se tienen mecanismos para dilucidar si un precio está por encima del esperado, como la comparación entre distintos estados miembros, éstos no permiten sacar conclusiones claras. Es por eso, en consecuencia, que los economistas deben ayudar en aspectos como entender los distintos componentes del "coste de producción" del DPI y su incidencia en el valor, valorar la eventual desproporción entre la remuneración del autor y el beneficio obtenido por el concesionario y analizar la incidencia de los distintos métodos de remuneración sobre los gastos de gestión y control de la utilización de las obras protegidas.



Para finalizar la primera mesa, **Alejandro Requejo**, de LECG, abordó el tema de la fijación de tarifas de propiedad intelectual. En un mercado donde los costes fijos son altos mientras que los variables son bajos, como es el caso de la propiedad intelectual, la igualdad precio-coste marginal, solución de equilibrio en los mercados de competencia perfecta, no es óptima puesto que los ingresos no permiten cubrir los costes fijos. Volvemos a encontrarnos aquí con problemas de terminología cuando se acercan derecho y economía: para la segunda, una situación de discriminación perfecta resulta eficiente en tanto que los consumidores pagan lo que están dispuestos a pagar mientras que la empresa cubre los costes fijos. Sin embargo, el derecho no permite la discriminación.

De este modo, Requejo propuso un método de fijación de precios en dos etapas: primero, se debe estudiar el valor que la obra aporta al usuario (discográficas, radios, canales de televisión); se propusieron tres tipos de análisis: precios hedónicos, contribución relativa a ingresos y costes y análisis financiero. En segundo lugar, se necesita estimar la disponibilidad a pagar de los consumidores finales por la obra, que nos vendrá dada por la combinación de un análisis econométrico y los resultados de un *choice modelling*, que permite estimar el valor de cada uno de los atributos que forman un producto o servicio. En conclusión, las tarifas de propiedad intelectual deberán fijarse en relación a la disponibilidad a pagar de los usuarios por las obras.

Acto seguido tuvo lugar la segunda mesa, titulada "*Programa de clemencia: lógica y resultados*", moderada por M. Paz Espinosa, de la Universidad del País Vasco.



De izquierda a derecha; Patrick Rey, Xavier Mas, Isabel López Gálvez, M.Luisa Tierno y M.Paz Espinosa

Xavier Mas, de Frontier Economics, introdujo la lógica y funcionamiento de los programas de clemencia, cuyo objetivo principal es la detección sistemática y condena de cárteles ya existentes y la disuasión de nuevos cárteles. Según Mas, estos programas "incentivan a los miembros de un cártel a que confiesen y ataquen a las otras empresas", desviando el flujo de la información que alimenta la práctica colusiva hacia las autoridades competentes. Las medidas contempladas por estos programas son básicamente las reducciones en las multas para las empresas que confiesan y la inmunidad penal para los miembros de estas empresas (en caso de existir esta sanción penal).



En referencia a la detección, Mas observó cómo los programas de clemencia afectan a la relación coste-beneficio de mantenerse en el cártel, según indicios contrastados empíricamente por el análisis económico. Por otro lado, al tratar el tema de la disuasión, Mas ofreció una visión ambigua de la efectividad de estos programas ya que mientras que una mayor detección desincentiva la formación de cárteles, el acceso a cierta amnistía reduce la multa esperada. Las principales conclusiones giraron en torno a la complementariedad de los instrumentos en la lucha contra los cárteles y la importancia del estudio económico para mejorar el diseño de estos programas. Por último, Xavier Mas terminó su intervención afirmando que "para que estos programas funcionen realmente debe resaltarse su carácter claro y público".



El hilo dejado por Mas respecto a la necesidad de mejorar el diseño de los programas de clemencia a través del análisis económico lo recogió Patrick Rey, profesor de la Toulouse School of Economics y miembro del IDEI, quien presentó las bases del modelo teórico de clemencia así como la incidencia de las distintas variables que conforman el diseño de estos programas en el comportamiento de los cárteles. La colusión se basa en un mercado de decisión simultánea en cada período, proyectándose el tiempo hasta infinito. En cada período las empresas eligen competir o colaborar, comparando los beneficios esperados de una u otra opción. Si los beneficios a largo plazo son mayores colaborando, se producirá la colusión. Los programas de clemencia, pues, buscan romper el equilibrio de estas colaboraciones.

Los programas de clemencia, según Rey, deben ofrecer incentivos a desviarse del comportamiento colusivo. No obstante, el premio óptimo por denunciar el cártel vendrá dado por las características intrínsecas del cártel en cuestión, por lo que resulta difícil dibujar una ley única

de actuación anticártel. Cuanto más fácil sea la colusión (debido a contactos directos entre las empresas o flujos de información relativamente seguros) mayor deberá ser la exención, o incluso habrá que premiar la acusación con el fin de hacer más atractiva esta opción frente a seguir coludiendo. Además, la introducción de premios a la acusación de un individuo dentro de una empresa desestabiliza la colaboración de los individuos en el sí de una empresa y aumenta los costes de ésta puesto que la empresa debe pagar a sus empleados para que no desvíen su colaboración. Sin embargo, el exceso de generosidad en el trato puede fomentar un uso abusivo e incorrecto de estos programas ya que se permite que la empresa provoque una colusión sabiendo que en el futuro tendrá la opción de denunciarla. Otro ejemplo es que en caso de que las auditorías aleatorias tengan una baja probabilidad de destapar comportamiento colusivos, es necesario aumentar la cuantía de la exención. También discutió el carácter ambiguo de otras variables como premiar sólo al primer informante o a todos, o la "amnistía postinvestigación". Rey concluyó recordando la importancia de la evidencia en este tipo de casos, puesto que es necesaria para imputar a los acusados, y observó que guardar pruebas de un comportamiento colusivo es inevitable dado que las empresas lo necesitan para llegado el momento poder eximirse de multas y dado también que guardarlas da mayor poder de negociación a los trabajadores de una compañía.



A continuación, **María Luisa Tierno**, de la Dirección de cárteles de la Comisión Europea, hizo una breve exposición repasando los puntos clave de la Ley comunitaria de clemencia y evaluando su efectividad. Desde 2006, la UE dispensa del pago de la multa a la primera compañía en colaborar, siempre que ésta pueda probar la infracción o al menos orientarla de una manera decisiva y siempre que ésta no haya coaccionado a otras. Además, reduce la multa a las subsiguientes que aporten pruebas con valor añadido significativo. Una vez iniciado el proceso, la compañía que colabora con la autoridad debe cooperar "de una manera verdadera o genuina" y debe abstenerse de ocultar o destruir pruebas. Como conclusión, Tierno observó que para que funcionen estos programas es necesario que las autoridades tengan una capacidad contrastada para llevar este tipo de casos y que "en la UE se intenta siempre que la empresa que denuncia nunca esté peor habiendo confesado que antes".

La última intervención de esta segunda mesa corrió a cargo de **Isabel López Gálvez**, subdirectora de Cárteles y Clemencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), quien explicó el funcionamiento de estos programas en el contexto español, recién aplicados por primera vez gracias a la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Según López Gálvez, "el sistema español es idéntico al europeo" en cuanto al diseño del programa, aunque no así en la estructura de la autoridades de competencia. A diferencia del modelo comunitario, no es un modelo de competencias compartidas sino de competencias exclusivas en función del ámbito territorial de afectación. De este modo, cada CCAA notificará las solicitudes de exención a la CNC, expresando el órgano, estatal o autonómico, que considere competente mientras que la CNC notificará al órgano competente de la CCAA las solicitudes de exención que no afecten conductas denunciadas que correspondan a un ámbito superior al de su CCAA. Después de tratar varios aspectos de los requisitos formales para la solicitud de exención y del proceso de investigación, López Gálvez destacó que para el correcto funcionamiento de los programas de clemencia son necesarias por un lado la máxima transparencia posible acerca de los beneficios esperados de denunciar una conducta colusiva, y por el otro asegurar la confidencialidad de los datos aportados. A modo de conclusión y como valoración del tiempo que lleva en vigor esta ley, López Gálvez destacó el éxito de ésta, traducido en un gran número de solicitudes a lo largo de todo el período, pero expresó también su deseo de que la práctica lleve a mejorar la coordinación entre las autoridades para asegurar la transparencia y confidencialidad.



La sesión de la tarde se inició con **Giulio Federico** y **Xavier Vives** del Centro SP-SP, y **Natalia Fabra** de la Universidad Carlos III de Madrid, quienes presentaron algunas de las conclusiones del informe del Centro SP-SP sobre regulación y competencia en los mercados españoles de gas y de electricidad, que se publicará en diciembre de 2008. El objetivo principal de este informe es ofrecer un panorama de los hechos sobre regulación y competencia en estos mercados, enmarcado en la teoría económica de la organización industrial, la regulación y las leyes antimonopolio.

En la presentación los autores destacaron las características básicas de este mercado tanto en el ámbito nacional como en el europeo, incluyendo un alto (y creciente) grado de dependencia de fuentes energéticas externas (especialmente de petróleo y gas); un uso creciente del gas para generar electricidad; una creciente necesidad de reducir las emisiones para cumplir con los

objetivos medioambientales; y una política de competencia cada vez más activa (sobre todo a nivel europeo) después de los resultados de la Energy Sector Inquiry de 2007 de la Comisión Europea.



De izquierda a derecha; Giulio Federico, Xavier Vives y Natalia Fabra

La presentación giró también en torno a distintos aspectos empíricos de la evolución reciente del mercado energético español. Incluyen: el incremento de la entrada de GNL en el mercado del gas y más competencia en los mercados de aprovisionamiento a clientes industriales y plantas eléctricas; una progresiva disminución de la concentración en el mercado de generación de energía gracias a la entrada de centrales independientes de ciclo combinados y de nueva capacidad de generación de energías renovables (aunque cabe decir que el mercado sigue estando); progresos en la liberalización del mercado minorista de gas, aunque por el momento la mayoría de los consumidores residenciales aún pagan tarifas reguladas y/o son aprovisionados por el incumbente en cada región; y finalmente un lento progreso en la liberalización del mercado minorista de electricidad, debido a la presencia de grandes diferencias entre los precios mayoristas del mercado y las tarifas reguladas (lo que resulta en un "déficit tarifario" significativo).

Los autores, a modo de conclusión, discutieron cinco puntos clave para la recomendación del futuro diseño de políticas en este mercado:

1. Promover un mix de generación balanceado entre los tipos de energías y un control de la demanda a través del uso de herramientas de mercado.
2. Ajustar en el tiempo las tarifas minoristas de electricidad para prevenir una acumulación adicional del déficit tarifario y ofrecer señales de precio correctas.

3. Hacer más efectivas las medidas para mitigar el poder de mercado en el sector de generación.
4. Inducir a una estructura de mercado y empresarial eficiente (en particular a través del control de fusiones sobre una base más consistente y también incrementando la interconexión con otros países).
5. Mejorar la estabilidad regulatoria, mejorando los fallos regulatorios con medidas de políticas con objetivos bien fijados y definidos.

La última mesa giró en torno la "*Colusión tácita y prácticas conscientemente paralelas*" y fue moderada por **Elena Zoido**, de LECG.



El primero en hablar fue **José María Jiménez Laiglesia**, de DLA Piper, quien acotó las situaciones en las cuales es posible aplicar la ley frente a la colusión. Para el abogado, "puede haber concertación con el mero silencio", si bien "el paralelismo es perfectamente compatible con prácticas competitivas". A partir de este momento la ponencia trató casos en los cuales las autoridades deben desestimar un caso por falta de evidencia. En todos ellos, Jiménez Laiglesia destacó la imposibilidad de inferir comportamiento colusivo a partir de la observación de conducta paralela, aunque ésta sea consciente, dado que el paralelismo no es ilícito. Es necesario aportar evidencia para inferir comportamiento colusivo ya que un comportamiento paralelo entre dos empresas no interdependientes puede ser el resultado de la maximización de beneficios de cada una por separado, lo que no supondría un ataque a la competencia. Finalmente, Jiménez Laiglesia concluyó que los programas de clemencia son muy útiles para desarticular colusiones ya que se evitan los problemas de tener que demostrar la posible inferencia de colusión a partir de conductas paralelas.

**Natalia Fabra**, de la Universidad Carlos III de Madrid, mostró los fundamentos del análisis económico para distinguir, identificar y analizar los acuerdos colusivos, así como los posibles problemas que éstos pueden presentar. Entre los posibles fenómenos analizables cabe destacar los precios markups y los costes marginales elevados, la uniformidad de precios entre empresas y paralelismos y la rigidez de precios.



En primer lugar, como el fin último de la colusión es elevar los beneficios (y por tanto se elevan los markups), ante la dificultad del establecimiento de los precios efectivos, se suelen estimar los costes marginales. Sin embargo, como la referencia para evaluar si un precio es alto no es el coste marginal sino el nivel de precios que hubiera resultado de la maximización estática de beneficios por parte de las empresas, el análisis podría dar un falso positivo. En segundo lugar, la uniformidad de precios entre empresas facilita la coordinación y la detección de desvíos, así como la designación de un líder al que todos siguen cuando se presentan nuevas situaciones y la comunicación directa es imposible. No obstante, es en un mercado competitivo con costes similares en donde supuestamente los precios se parecerán más y en donde se verán afectados de una manera más paralela por los shocks en los costes. Por lo tanto la observación de uniformidad de precios sólo podrá ser considerada colusiva en caso de encontrar evidencia de pacto. En tercer lugar, en una situación de rigidez de precios se puede asumir que existe colusión ya que ante la dificultad de renegociar un nuevo precio colusivo las empresas optan a mantenerlos. Por el contrario, podrían aparecer falsos positivos a causa de los costes de ajuste, en los mercados competitivos no siempre los precios responden a los cambios en los costes.

Este tipo de ejemplos, en conclusión, muestran que no se pueden aplicar recetas a casos concretos ya que tenemos el riesgo de no entender bien qué sucede en el mercado y equivocarnos. Sin embargo, el estudio detallado permite decidir si emplear o no más recursos en el estudio a la vez que afinar cada vez más el análisis y comprensión de las dinámicas entre las empresas.



**Inmaculada Gutiérrez**, de la CNC, comenzó su participación afirmando que aunque la persecución de la colusión explícita resulta más fácil, es indispensable que se persiga la colusión tácita ya que no hacerlo fomenta su aparición y desarrollo. El análisis de prácticas colusivas tácitas puede desembocar en un falso positivo, o condena de cárteles que no lo son en realidad, aunque lo que más preocupaba a la ponente era la minimización de los falsos negativos.

Gutiérrez mostró a continuación que de manera general los falsos positivos se producen en pocas ocasiones dado que, por un lado, "en los archivos de la CNC hay muchos casos que la gente no lee en los cuales se rechaza un estudio profundo por falta de pruebas". Por otro lado, también trató el tema de los filtros que hay que aplicar en el estudio de un caso de este tipo: es necesario analizar la estructura y mecanismos del mercado que se estudia (para entender sus dinámicas), identificar el elemento consensual entre las empresas, y, finalmente, comparar los

resultados de este mercado con los que éste tendría en condiciones de competencia para verificar que el comportamiento que las empresas están siguiendo es nocivo para el consumidor. De este modo, para ser eficaz en este tipo de resoluciones, hay que hacer un estudio profundo del caso, con las herramientas económicas necesarias, para poder discernir comportamientos colusivos de los que no lo son.



De izquierda a derecha; José M. Jiménez Laiglesia, Inmaculada Gutiérrez, Natalia Fabra y Elena Zoido