

INTRODUCCIÓN

Luis BERENGUER FUSTER

Presidente de la CNC

De nuevo es para mí un honor inaugurar el 6.º Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación Rafael del Pino, en cuyas anteriores ediciones he participado de forma ininterrumpida.

Y también he de reconocer, de nuevo, el acierto de sus directores a la hora de elegir el tema del Seminario, pues es difícil sustraerse en estos momentos del análisis del papel que corresponde al Derecho de la Competencia en épocas de crisis.

Está muy lejos de mi propósito proceder al análisis de la situación y perspectivas de la economía española. Simplemente me limitaré a poner primero en contexto, y más tarde en valor, el papel que debe desempeñar la política de competencia en tiempos de crisis como los actuales.

Creo no cometer una imprudencia si me sumo a la opinión de que, tras la extraordinaria magnitud del esfuerzo presupuestario acometido, los márgenes que ofrece la política fiscal para impulsar el gasto público parecen estar próximos al agotamiento. Las políticas expansivas de demanda deben progresivamente revertir su signo con vistas a asegurar el cumplimiento de los requisitos de estabilidad exigidos por Bruselas.

Serán las políticas de oferta las que deban asumir un mayor protagonismo para recuperar el vigor de nuestro crecimiento económico. Y es que es por todos reconocido que España debe poner en marcha las políticas

apropiadas para, entre otras cuestiones, reducir los obstáculos para abrir y hacer negocios, impulsar el crecimiento de la productividad y facilitar el aumento de la innovación.

Y es dentro de este marco donde la competencia adquiere toda su relevancia como mecanismo dinamizador de la economía, y la política de competencia su carácter estratégico —y nunca táctico— en un ciclo recesivo como el actual.

Los efectos de la competencia están sobradamente argumentados y empíricamente contrastados. En contra de lo que algunos pretenden argumentar, la competencia es parte de la solución a la crisis, que no parte del problema. El objeto de mis palabras es introducir algunas reflexiones y ciertas certezas sobre esta cuestión.

Un primer elemento que me gustaría enfatizar es que la política de la competencia no debe oscilar con el ciclo económico ante lógicas cortoplacistas o criterios de comodidad por el alivio temporal producido ante las demandas de relajación en su aplicación. Y esto es así porque cualquier distorsión sobre la competencia creada o mantenida en base a los anteriores planteamientos tendría un coste considerable en el medio y largo plazo para nuestra economía.

Aunque todos admitimos los beneficios de la competencia y la conveniencia de no interferir la evolución natural del mercado, la mayoría entendemos este proceso como ajeno. En nuestro entorno más próximo asumimos que nuestra situación debe permanecer inmutable a las crisis, así como las ventajas y los privilegios adquiridos.

De hecho, son muchos los que tienen incentivos a impedir la libre competencia en los mercados donde operan cuando la competencia entorpece sus propósitos. Algunos incluso lo han llegado a verbalizar, probablemente la frase esté sacada de contexto, afirmando que debe establecerse un «paréntesis temporal» en la economía de mercado.

Otras frases que de forma recurrente suelen escucharse en época de crisis son: «Este sector es vital y estratégico para la economía»; «Es demasiado grande para caer»; «Tenemos que mantener el empleo que genera esta actividad»; «Utilicemos parámetros laxos para aplicar las normas de competencia»; o «Protejamos de la crisis a los campeones nacionales». Todas buscan la necesaria complicidad de los poderes públicos y la sociedad en su intento de lograr protección.

Lamentablemente, muchas veces la encuentran. Puede parecer, al menos superficialmente, una opción barata de apoyo a determinadas empresas-industrias, al no haber coste presupuestario alguno en estos apoyos. El verdadero coste, efectivamente, lo soporta la economía en forma de

mayores precios, menor calidad y variedad de bienes y servicios, menor eficiencia y menor innovación. Algunos afirman, igualmente, que la relajación del *enforcement* puede considerarse un medio atractivo para ayudar a empresas con dificultades financieras.

Todos los argumentos anteriores son evidentemente falaces, carecen de rigor teórico y están desacreditados por la evidencia empírica. Relajar la aplicación de la política de competencia es un instrumento ineficiente para ayudar a las empresas con dificultades financieras. Si los poderes públicos consideran oportuno ayudar a empresas-industrias que son viables pero atraviesan por dificultades financieras deben hacerlo a través de ayudas públicas directas proporcionadas, correctamente dirigidas y sin afectar innecesariamente a la competencia en los mercados.

En cualquier caso, la relajación del *enforcement*, sobre todo, es un instrumento ineficaz —incluso contraproducente— para estimular la economía e impulsar la recuperación. La política de competencia está diseñada para contrarrestar los fallos de mercado, en particular el poder de mercado. Las empresas con poder de mercado tienen incentivos de restringir el *output*, elevar precios y están menos interesadas en invertir e innovar. En definitiva, menos competencia y mayor poder de mercado es una muy mala receta para la recuperación.

La evidencia empírica confirma que las políticas relajadoras de la competencia en períodos de crisis económica se han mostrado históricamente ineficaces o incluso contraproducentes. Permítanme que aporte un ejemplo especialmente revelador en este sentido: lo ocurrido en EEUU en los años treinta con la aprobación de la Ley NIRA.

Desde 1933 hasta 1935, estuvo vigente en EEUU esta ley NIRA (National Industry Recovery Act) que tenía como objetivo el mantenimiento del empleo y la estabilidad de los precios algo más de tres años después de que se iniciara lo que se ha venido a denominar la Gran Depresión. Se trataba de una regulación excepcional que permitía la creación de cárteles legales mediante la adopción de códigos industriales de «competencia justa», al margen de la ley americana de defensa de la competencia.

Los efectos del Acta NIRA fueron totalmente contrarios a los esperados. La decisión de sustituir la defensa de la competencia y del consumidor por la defensa de las empresas y sectores económicos tuvo un claro impacto inflacionista, retrasó la recuperación económica y afectó negativamente al empleo. Afortunadamente, tras dos años de vigencia, la ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema, debido a que otorgaba más poderes de los permitidos por la Constitución americana.

Ocurre, por el contrario, que las políticas que promueven una fuerte competencia doméstica presionan una dinámica de mejora de la actividad económica. Veamos el caso de Finlandia a principios de los años noventa.

Entre 1990 y 1993 el PIB del país nórdico, afectado por una importante crisis financiera con origen en el sistema financiero sueco, cayó un 13 por 100 y su tasa de desempleo creció irremediablemente desde el 3,5 por 100 hasta el 20 por 100 de su población activa. Resulta llamativo que el Gobierno finlandés endureciera su ley y política de defensa de la competencia durante el transcurso de la crisis y que los grandes sectores protagonistas de la recuperación (banca, construcción y comercio minorista) que atrajeron una gran cantidad de inversiones foráneas, estén habitualmente considerados como sectores económicos donde operan importantes barreras de entrada.

La entrada de la banca extranjera aportó liquidez y permitió introducir mayor competencia en un sector bancario que se había concentrado enormemente. La regulación de los procesos de contratación pública y del establecimiento de centros comerciales atrajo capitales extranjeros deseosos de invertir en la construcción y el comercio minorista. La recuperación, como sabemos, fue rápida y vigorosa.

Las anteriores reflexiones y evidencias me permiten desgranar cuál es la posición con la que la CNC se aproxima a esta problemática.

Distinguiré, como no puede ser de otra forma, los tres grandes bloques de actuación de la autoridad de la competencia: la persecución de las conductas prohibidas, el control de las operaciones de control empresarial y la política de promoción de la competencia que incluye la supervisión y control de las ayudas públicas.

En su persecución de las conductas prohibidas, la CNC mostrará «Tolerancia Cero» con las prácticas más nocivas contra la competencia, en particular las vinculadas a los cárteles, por generar importantes costes en términos de bienestar y eficiencia. Los nuevos poderes de inspección, el programa de clemencia y la comunicación de cuantía de las sanciones han permitido, y lo seguirán haciendo en el futuro, incrementar las inspecciones y aumentar las sanciones contra las prácticas colusivas más dañinas.

La reciente sanción a varias aseguradoras, la mayor de la historia en España y que supera los 120 millones de euros, no hace sino poner en valor la eficacia de nuestros poderes de inspección, que se aplican con escrupuloso respeto a la legalidad, y la necesaria contundencia con la que es preciso sancionar un cartel que ha operado durante siete años y que ha conspirado para encarecer aún más el acceso a la vivienda en España.

Hay quien puede considerar excesivo, por supuesto sin razón, el importe de las multas impuestas por la CNC por conductas anticompetitivas, pero esa política había sido reiteradamente anunciada y además resulta coherente con las prácticas de la CE y de otras Autoridades Nacionales de Competencia. Una política diferente afectaría a nuestra propia estima como Autoridad de Competencia, pero lo que es peor impediría que contribuyéramos al buen funcionamiento del sistema renunciando al poder disuasorio de las multas. Con independencia de que al aplicar el Derecho comunitario de la Competencia en un sistema de competencias compartidas, abriríamos una vía al *Fórum Shopping* en la medida en que enviaríamos un mensaje de que aquí hay una autoridad más tolerante con los infractores.

De la misma manera, ha de actuarse de forma contundente para perseguir, y por supuesto corregir, cualquier tipo de conducta prohibida, incluso aquellas que su por su novedosa sofisticación, pretenden situarse al abrigo de la actuación de las autoridades de competencia aunque persigan idéntico objetivo que las fórmulas más tradicionales. En este contexto de sutileza y sofisticación, el análisis económico cuantitativo, tradicionalmente utilizado por la CNC —y previamente por el TDC— en sus resoluciones, debe ser considerado como un instrumento, no como un fin en sí mismo, y no debe condicionar los procedimientos sancionadores en presencia de otros argumentos jurídicos de orden superior.

En el control de operaciones de concentración empresarial se prevé una reducción de los procesos de fusiones y adquisiciones por la menor liquidez del sistema financiero, aunque se espera un mayor número de alianzas estratégicas que deberán ser examinadas con detalle y con tres premisas básicas.

En primer lugar, mayor flexibilidad en la aplicación de los criterios. Es esencial analizar si las operaciones de concentración tienen carácter defensivo, o bien tratan de aprovechar la excusa de la crisis para obtener la aprobación de operaciones que en circunstancias normales serían difícilmente aprobadas.

En segundo lugar, se hace necesario responder con rapidez. La nueva LDC ha acortado los plazos del procedimiento e introducido instrumentos que agilizan la tramitación, pero la CNC tiene el firme compromiso de actuar con la mayor celeridad posible y sin agotar los plazos previstos. Por último, la CNC pondrá un especial énfasis en su deber de seguimiento de las implicaciones y consecuencias de la concentración a medio y largo plazo.

En relación con la política de promoción de la competencia que está llamada a desempeñar un papel de extraordinaria relevancia en un período

de crisis como el actual, la CNC es y será absolutamente proactiva, en un contexto, donde como ya he comentado con anterioridad, proliferan enormes resistencias que los grupos de presión despliegan ante todas las Administraciones y Parlamentos para evitar a toda costa la pérdida de sus privilegios.

El próximo informe de la CNC sobre ayudas públicas en España analizará en profusión las otorgadas y las que se pretenden conceder al sistema financiero español, para estudiar si han existido o pueden existir posibles prácticas contrarias a la libre competencia que puedan dañar el principio de no discriminación.

El principal destinatario de nuestros mensajes en el ámbito de la promoción de la competencia no es otro que la propia Administración dada su extraordinaria capacidad de intervención en la economía. En demasiadas ocasiones sus intervenciones, justificadas en la existencia de fallos de mercado y en la persecución de objetivos de interés general, terminan generando enormes distorsiones innecesarias, injustificadas y desproporcionadas en la competencia.

Probablemente, el principal hito en la actuación de la CNC en su función de promoción de la competencia haya sido la mención explícita a la competencia en el Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, obligatoria para cualquier proyecto normativo desde 1 de enero de 2010. Se da cauce legal con carácter obligatorio, por tanto, a las «Recomendaciones para una regulación eficiente y favorecedora de la competencia» establecidas por la CNC en junio de 2008, así como a la «Guía para la elaboración de memorias de competencia» de enero de 2009.

Nos sentimos igualmente satisfechos del amplio eco y difusión que han tenido en la sociedad española la publicación de nuestros informes sectoriales de promoción de la competencia. Afortunadamente los medios de comunicación han actuado como correa de transmisión de nuestros mensajes y hemos suscitado un amplio debate sobre determinadas cuestiones cuyo conocimiento ya no es monopolio de unos pocos interesados.

También hemos validado la utilidad del instrumento de la legitimación activa. Es verdad que, hasta el momento, no hemos impugnado actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a Ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, pero sí hemos comprobado que la mera existencia de esa legitimación refuerza las opiniones de nuestros informes no vinculantes y supone un instrumento de disuasión de extraordinaria relevancia, con independencia de que no descartamos utilizar el instrumento en un futuro próximo.

Para concluir, me gustaría señalar que pocos podían prever en el momento de promulgación de la Ley 15/2007 y de la consiguiente creación de la CNC, la importante crisis económica, con sus derivadas proteccionistas y anticompetitivas ya comentadas, que iba a afectar a nuestro país poco tiempo después.

La creación de la CNC como organismo independiente nos hace más responsables ante la sociedad, y esta independencia y responsabilidad se están viendo contrastadas y reforzadas en un marco recesivo como el actual, donde nuestras posiciones están claramente definidas y argumentadas y han sido sobradamente expuestas y de forma transparente ante la sociedad.

La preservación del alto grado de independencia de la CNC alcanzado junto con la capacidad de análisis y de crítica constructiva ajena a cualquier interés diferente al de la defensa del correcto funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores han de ser objetivos continuamente perseguidos por la CNC.

Y para ello será necesario mantener el máximo rigor en nuestras decisiones e informes y perseguir la máxima solidez intelectual de nuestras aportaciones. Será el rigor de nuestro trabajo el que permita mantener nuestra independencia y nuestro servicio a la sociedad española. Y todo ello con independencia del momento cíclico en el que nos encontremos.

Muchas gracias por su atención.

Madrid, 23 de noviembre de 2009