

1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia

El Libro Marrón es la más emblemática de las publicaciones que anualmente edita el Círculo de Empresarios. Desde 1984 se viene publicando ininterrumpidamente año tras año, por lo que la presente edición, correspondiente a 2008, hace la número XXIV. En el Libro Marrón, una serie de expertos de las más diversas procedencias y con los más variados enfoques aportan, desde su peculiar visión, elementos de análisis y prospectiva de aspectos especialmente relevantes relacionados con el presente y el futuro de nuestra economía.

CÍRCULO DE EMPRESARIOS
Pº DE LA CASTELLANA 15, 6º. 28046 MADRID
TEL 915781472. FAX 915774871
WWW.CIRCULODEEMPRESARIOS.ORG



1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia

SEPTIEMBRE 2008

LIBRO MARRÓN

CALVIÑO / DÍEZ-PICAZO /
FOLGUERA y MARTÍNEZ / GUTIÉRREZ /
JIMÉNEZ y PRIETO / MARTÍNEZ LAGE / MONTERO /
PADILLA y REQUEJO / PASCUAL / PETITBÒ / SANTALÓ /
SERRANO / SIOTIS y CAÑIZARES

1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia



1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia

Libro Marrón
Madrid, septiembre 2008

EDICIÓN PATROCINADA POR

BBVA



© 2008, Círculo de Empresarios
Pº de la Castellana 15, 28046 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio ya sea electrónico, mecánico, por fotocopias, por registro u otros métodos, sin permiso previo y por escrito de los titulares del *copyright*.

Los trabajos reflejan las opiniones de los colaboradores, sin implicar necesariamente identificación del Círculo de Empresarios en su contenido.

ISBN:
Depósito legal:
Diseño de la colección: Miryam Anllo
m.anllo@telefonica.net
Realización editorial: Loft Producción Gráfica
C/ Martín Machío, 15-1º. 28002 Madrid
Imprime: Gráficas Imtro, S.L.
C/ Viento, 9-11. Leganés (Madrid)

Índice

Introducción	9
Prólogo	17
<i>Luis Berenguer Fuster</i>	
1. La aplicación práctica del derecho de la competencia: el efecto disuasorio de las sanciones	23
<i>Nadia Calviño</i>	
2. Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España	53
<i>Ignacio Díez-Picazo</i>	
3. Defensa de la competencia y seguridad jurídica en la actuación empresarial	75
<i>Jaime Folguera Crespo y Borja Martínez Corral</i>	
4. El efecto tiempo: eficacia vs seguridad jurídica	103
<i>Inmaculada Gutiérrez Carrizo</i>	
5. Eficacia y seguridad jurídica	137
<i>Fernando Jiménez Latorre y Eduardo Prieto Kessler</i>	

6. Las decisiones pactadas pueden hacer más eficaz el Derecho de la Competencia 161
Santiago Martínez Lage

7. El efecto disuasorio de los instrumentos de defensa de la competencia. Una visión en el ámbito del Derecho Administrativo 179
Concepción Mónica Montero

8. Los límites de la intervención regulatoria en política de competencia 213
A. Jorge Padilla y Alejandro Requejo

9. Dificultad e incertidumbre de los poderes públicos en el diseño y aplicación de la política de defensa de la competencia 233
Carlos Pascual Pons

10. El control de concentraciones: plazos y oportunidad 265
Amadeo Petitbò Juan

11. Efectos disuasorios de las instituciones de Defensa de la Competencia sobre conductas anticompetitivas de las empresas, ¿puede

haber demasiado de una buena cosa? 299
Juan Santaló

12. La posición de la Comisión Nacional de Energía respecto de los órganos de defensa de la competencia 329
Marina Serrano González

13. El estándar de prueba en las acciones de reclamación de daños 363
Georges Siotis y Enrique Cañizares

Introducción

Como es bien sabido, la defensa de la libre empresa, de la iniciativa privada y de la economía de mercado constituye el objetivo que el Círculo de Empresarios persigue desde que así quedara establecido en sus documentos fundacionales, hace ya tres décadas. Se trata de un objetivo que, además de entroncar con el rico acervo de la tradición liberal, goza del respaldo de la teoría económica. De hecho, disponemos de una amplísima literatura teórica y empírica sobre los beneficios que reportan mercados competitivos, en los que la competencia conduce a un uso eficiente de los recursos que favorece al conjunto de la sociedad en forma de más producción y empleo, mayor variedad de bienes y servicios, y precios más asequibles. La competencia, asimismo, alienta la innovación y la asunción de riesgos por parte de los emprendedores, actividades imprescindibles para el progreso y la prosperidad.

Ahora bien, los mercados no están exentos de fallos que puedan distorsionar su funcionamiento como mecanismos eficientes de asignación de los recursos. Así ocurre cuando las circunstancias de un mercado limitan la competencia en el mismo. Es ésta una situación que se da con frecuencia y cuya corrección precisa de políticas orientadas a promover el nivel de competencia de la economía en su conjunto.

En los últimos años, la mayoría de países desarrollados ha creado, o ha modificado, las instituciones que promueven la competencia y fomentan el dinamismo empresarial. En ese sentido, las normativas de defensa de la competencia han alcanzado especial relevancia como cabría esperar porque, si bien las políticas de competencia tienen un sólido fundamento económico, su soporte formal necesario radica en la normativa jurídica. Los mercados funcionan bien sólo si existen unas reglas del juego claras y adecuadas, por cuyo cumplimiento velan las autoridades competentes.

España no ha sido una excepción a esa tendencia. Recientemente, en julio de 2007, se aprobaba en nuestro país la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007), que reemplazaba a la anterior, vigente desde prácticamente veinte años atrás (Ley 16/1989).

Esa modificación de la ley era necesaria por varias razones. Por un lado, se había producido un cambio en el marco regulatorio europeo en esta materia, con la aprobación de un nuevo Reglamento del Consejo Europeo en 2003. Por otro, el avance en el proceso de descentralización territorial en España tenía también consecuencias en el ámbito de la defensa de la competencia. La experiencia de otros países y la sofisticación de los instrumentos disponibles para la política de la competencia ofrecían además un marco de referencia muy valioso.

La nueva Ley de Defensa de la Competencia responde en su espíritu y en muchos de sus aspectos a planteamientos que el

Círculo de Empresarios viene manteniendo desde hace tiempo en sus publicaciones. La mejora del régimen de independencia del nuevo organismo único, el énfasis en la rendición de cuentas o la búsqueda de mayor agilidad y eficiencia procedimental son elementos que el Círculo considera que deben extenderse a todos los entes reguladores con competencia en nuestra economía, tal y como se recoge, por ejemplo, en *“La calidad institucional, elemento básico para garantizar la competitividad: sistema judicial y organismos reguladores”*, una de sus más recientes publicaciones.

Así las cosas, desde el Círculo entendemos que la entrada en vigor del nuevo marco legal para la defensa de la competencia en nuestro país supone una oportunidad única para ahondar en el análisis de las muchas dimensiones que tiene el tema. Creemos, igualmente, que la complicada fase coyuntural por la que atraviesa la economía española exige, incluso más que nunca, una reflexión seria y profunda sobre las cuestiones estructurales e institucionales que determinan nuestra competitividad y, por tanto, nuestra capacidad para superar las dificultades actuales y retomar la senda de un crecimiento sostenido.

Por todo ello, y como es habitual en nuestro Libro Marrón, hemos querido invitar a una serie de prestigiosos expertos a participar en la que ya es la XXIV edición de esta publicación emblemática del Círculo.

Si bien los trabajos se presentan ordenados alfabéticamente según los apellidos de sus autores, los temas que se han tratado

podrían organizarse en tres grandes áreas de la política de defensa de la competencia: el efecto disuasorio de dicha política y las normas que la desarrollan sobre las conductas anticompetitivas; la disyuntiva entre eficacia y seguridad jurídica; y, por último, la visión que de la defensa de la competencia tiene quien la regula, de acuerdo con la práctica jurisprudencial en ese ámbito.

En el primero de los artículos dedicados al estudio del **efecto disuasorio**, **Nadia Calviño** revisa algunas cuestiones relevantes para la eficacia del régimen sancionador, centrándose en su efecto disuasorio desde una perspectiva teórica y práctica. Concretamente, el análisis se enfoca sobre las multas, por ser los instrumentos comunes a todos los ordenamientos y los únicos a disposición de la Comisión Europea y de los órganos españoles de competencia.

Ignacio Díez-Picazo analiza las dificultades que existen para la aplicación privada de las normas en España, entendida ésta como la que formulan los Tribunales sobre la base de las pretensiones formuladas por los particulares. Destaca en su artículo varias cuestiones, como los procedimientos simultáneos, la ineficacia de las acciones colectivas, la clemencia y responsabilidad por daños, la prueba del ilícito y la prueba del daño. **Mónica Montero** trata sobre la necesidad de que concurren las características tales como claridad de la norma, probabilidad real de conocer la existencia del comportamiento prohibido, gravedad y efectividad de la respuesta para que la regulación jurídica sea disuasoria.

Por su parte, **Juan Santaló** arguye, entre otros puntos, que en términos de evidencia empírica, la estimación de los efectos disuasorios de las instituciones de defensa de la competencia sobre las conductas anticompetitivas de los agentes económicos resulta harto complejo. Por último, para cerrar esta área de reflexión, **Georges Siotis y Enrique Cañizares** concluyen que, con independencia de los esfuerzos en el ámbito comunitario, a día de hoy las reclamaciones de daños no representan una práctica generalizada. Uno de los principales obstáculos en este ámbito radica en el estándar de prueba para demostrar la causalidad del daño y cuantificar su magnitud.

En cuanto al segundo de los grandes temas, esto es, **la posible disyuntiva entre eficacia y seguridad jurídica**, **Jaime Folguera y Borja Martínez** llegan a la conclusión de que la modernización del derecho de la competencia ha supuesto una clara apuesta de las autoridades nacionales y comunitarias por primar la eficacia frente a la seguridad jurídica. Tanto los mecanismos que se han desarrollado como las cuestiones pendientes de análisis apuntan a una dispersión en la aplicación del derecho de la competencia que lleva en sí, al menos de manera temporal, una potencial diferencia en el tratamiento de problemas similares. Las autoridades encargadas de esta aplicación deben ser conscientes de su responsabilidad en lograr una aplicación coherente y uniforme que proporcione a los operadores económicos la seguridad necesaria para garantizar el buen funcionamiento del sistema. Para **Inmaculada Gutiérrez** no resulta lógico enfrentar la eficacia y la seguridad jurídica en términos

de disyuntiva, pues considera que ambas propiedades deben conjungarse y afianzarse mutuamente. Este ha sido uno de los propósitos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: reforzar la eficacia del sistema con respeto a la seguridad jurídica pero sin menoscabo de esta última. En este sentido, **Santiago Martínez Lage** propone algo novedoso para mejorar la práctica de la competencia: las decisiones pactadas. Con ello, ganarían no sólo las empresas y el mercado, sino también la Administración y los tribunales ya que supondría un acortamiento de los procedimientos, la reducción de la litigiosidad, la adecuación de los remedios y la eliminación de la inseguridad jurídica.

Fernando Jiménez Latorre y Eduardo Prieto analizan las posiciones que adoptan los distintos ordenamientos respecto al conflicto entre seguridad jurídica y eficiencia económica en el ámbito de las políticas de precios de los operadores dominantes. Su artículo apunta que la persecución de prácticas abusivas es controvertida, pero esto no quiere decir que no deba realizarse. En cualquier caso, esta intervención debería ser cautelosa y los criterios claros y conocidos. De lo contrario se genera inseguridad jurídica y, en consecuencia, ineficiencia económica.

Amadeo Petitbò presenta una reflexión sobre la oportunidad y los plazos en el control de las operaciones de concentración, de acuerdo con la nueva Ley de Defensa de la Competencia, dado el peso creciente de su análisis económico por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Se pone en duda la utilidad del

análisis ex-ante como única posibilidad y se respalda la pertinencia de un análisis selectivo ex-ante y otro más general ex-post.

Para finalizar, en el tercer gran bloque, **Jorge Padilla y Alejandro Requejo** tratan los límites a la intervención de las autoridades de defensa de la competencia. Sobre esta cuestión, concluyen en primer lugar que las autoridades deberían limitarse a intervenir cuando se vea comprometido el interés de los consumidores en el largo plazo y cuando los costes de intervenir sean menores que los beneficios esperados. Destacan, en segundo lugar, el límite impuesto por las propias normas de competencia, cuya relevancia práctica depende de si dichas normas reflejan adecuadamente los costes esperados de la inacción injustificada y del intervencionismo excesivo. Recuerdan, por último, que la actividad de las autoridades de competencia debe estar sujeta a una revisión judicial efectiva.

Carlos Pascual identifica la correcta actuación del sistema de defensa de la competencia con el acierto en la adopción de decisiones de *policy* (sistema) y de *practice* (funcionamiento). Éstas deberán adaptarse a la naturaleza de la economía en cuestión, a los objetivos perseguidos por el *policy maker* y a los medios y recursos disponibles. La adopción de dichas decisiones deberá contemplar que la defensa de la competencia supone una intromisión en el funcionamiento del mercado y, por tanto, debe estar guiada por los principios de proporcionalidad, eficiencia y seguridad jurídica.

Por último, **Marina Serrano** analiza en su trabajo la naturaleza de la Comisión Nacional de la Energía y de sus funciones en el marco del derecho de competencia, insistiendo en la relación entre la liberalización interna del sector energético y su integración en los mercados europeos y español, y en las relaciones entre la Institución y los órganos reguladores de defensa de la competencia.

Nuestro agradecimiento a **Luis Berenguer** por haber accedido a prologar esta publicación y a los expertos participantes por sus aportaciones. Estos formulan a título particular sus opiniones que, en muchos aspectos, son compartidas por el Círculo. Gracias también, un año más, al **BBVA** por el patrocinio de este Libro Marrón 2008.

Prólogo

Los cambios normativos que han tenido lugar en la legislación española de defensa de la competencia han provocado un renovado interés por el Derecho de la Competencia tanto en círculos académicos como entre los interesados en su aplicación práctica. No son pocos ni de poco calado dichos cambios, por lo que no cabe sino felicitarse por la abundancia y calidad de los trabajos que están apareciendo en los últimos meses.

La aparición del Libro Marrón merece ser bienvenida, además, por otra razón adicional: por suponer la iniciativa de una asociación de empresarios, en este caso el Círculo de Empresarios. Por sorprendente que parezca y a pesar de ser éste un ámbito jurídico típicamente empresarial, muchas veces es en las propias empresas en las que se nota una falta de cultura de la competencia.

En muchas ocasiones la relación de las empresas con el Derecho de la Competencia ha sido meramente reactiva: bien ante la apertura de un expediente sancionador por parte de las autoridades de la competencia, bien por la necesidad de obtener la autorización previa para determinadas operaciones de concentración. Lejos están, sin embargo, muchas empresas de incluir esa cultura de la competencia en su modo de actuar cotidiano, en sus

procedimientos y actitudes. Con frecuencia se afirma, jocosamente, que a los empresarios no les gusta la competencia, y que cualquiera preferiría ser monopolista. Indudablemente la vida de quien no está sometido a competencia resulta más fácil, pero cualquier empresario sabe que la lucha competitiva contribuye de forma determinante a hacer sus empresas más eficientes, y por lo tanto, en lugar de dormirse en los laureles como hace cualquier monopolista, se adapta al contexto competitivo.

Si contemplamos el desarrollo del Derecho de la Competencia en nuestro país en una perspectiva amplia podemos apreciar que sus conceptos, técnicas de aplicación y sus necesidades se han ido ampliando sin cesar desde la primera legislación antitrust de los años sesenta. Trazas de esta vis expansiva del Derecho de la Competencia pueden encontrarse, por ejemplo, en el paso de una notificación voluntaria a otra obligatoria en las concentraciones empresariales en los años noventa, en el muy reciente impulso a la aplicación privada de la legislación de defensa de la competencia y, más en general, en la ampliación de las facultades, medios y funciones de los órganos de defensa de la competencia.

La evolución señalada en la legislación sobre competencia y su aplicación práctica obedece a una tendencia de fondo de las economías más avanzadas, en las que se han producido intensos procesos de liberalización y de retirada del sector público de áreas enteras de la economía. En este contexto, las autoridades de defensa de la competencia han aumentado su protagonismo, al quedar como

última salvaguardia pública del correcto funcionamiento de los diferentes mercados.

En el ámbito español –sería injusto no reconocerlo– buena parte de estos cambios han sido posibles por las intervenciones de las instituciones comunitarias. La legislación aprobada para la consecución del mercado único, así como las decisiones de la Comisión Europea y de los órganos jurisdiccionales europeos han sido capaces de poner periódicamente en el orden del día –ante las de otro modo adormecidas instituciones y empresas de los países miembros– cuestiones básicas para la competencia, como el acceso a los mercados, los efectos beneficiosos de la competencia para la innovación, la protección de los intereses de los consumidores, etc.

La nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en este contexto, no supone más que un paso más en esta evolución expansiva del Derecho de la Competencia nacional. De hecho, cada vez son más los convencidos de que los cambios operados van a suponer a su vez cambios duraderos en los modos de actuar de las empresas y en el modo de entender su relación con las exigencias del Derecho de la Competencia. Valgan simplemente como ejemplos el nuevo régimen de autoevaluación de las conductas (que sustituye a la autorización singular anteriormente vigente) y la ya mencionada posibilidad de la aplicación privada de la legislación de defensa de la competencia, que probablemente acaben imponiendo en las empresas una suerte de “auditoría de competencia” que garantice hacia adentro

su cumplimiento y hacia afuera el cumplimiento de los otros operadores del mercado.

La asunción por parte de las empresas de las exigencias (y las virtudes) de la competencia está en el centro de lo que denominábamos al principio, un tanto tentativamente, cultura de la competencia. Es en este sentido en el que, como se mencionaba al inicio, hay que felicitarse por la aparición de este libro.

Buena parte de las cuestiones en él tratadas deberían ser del máximo interés para el mundo de la empresa. Desde luego, es un acierto el situar entre los puntos de interés primordial el análisis de la tensión entre la eficacia de las actuaciones de los organismos públicos encargados de la defensa de la competencia y la seguridad jurídica que debe quedar plenamente garantizada para las empresas.

Es asimismo destacable el examen de las cuestiones que tienen que ver con los distintos instrumentos dedicados a lograr la disuasión de las conductas anticompetitivas. Porque también en este ámbito de la política sancionadora se han producido cambios significativos: por ejemplo, con la introducción del procedimiento de clemencia, similar al vigente en el ámbito comunitario. Este examen de la relación entre empresas, autoridades de competencia y el uso que éstas hacen de los instrumentos de disuasión de las conductas anticompetitivas es completamente actual y se configura sin duda como una de las tareas del momento.

Subyace en todos estos análisis la necesidad de proceder a una evaluación más refinada de la labor de las autoridades de defensa de la competencia y de su impacto en el mundo de la empresa. Es decir, si los medios empleados sirven con eficacia a la tarea de incentivar a los operadores de los mercados a cumplir con la normativa de competencia y a disuadir los atentados contra la misma. Todo ello sin poner trabas excesivas a las empresas y sin que se produzca el efecto perverso de disuadirlas de acciones perfectamente legales desde el punto de vista del Derecho de la Competencia.

En este sentido, es de esperar que una obra como la presente suponga una contribución importante a la reflexión sobre la adecuación de los instrumentos disponibles a los fines de la política de defensa de la competencia y las consecuencias para las empresas de la ejecución de esa política.

Luis Berenguer Fuster

Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

La aplicación práctica del derecho de la competencia: el efecto disuasorio de las sanciones¹

1. Introducción

Las sustanciales multas impuestas por la Comisión Europea en los últimos años a conocidos grupos empresariales son sin duda las principales cartas de presentación de la política de competencia fuera de los círculos especializados. Aunque su actuación va mucho más allá de los casos concretos e incide sobre un amplio abanico de cuestiones

* Es actualmente Directora General Adjunta de Concentraciones y Conductas restrictivas en la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, donde trabaja desde septiembre de 2006. Licenciada en derecho y económicas, con anterioridad a su nombramiento en la Comisión Europea desarrolló su actividad profesional como Técnico Comercial y Economista del Estado en el Ministerio de Economía y Hacienda., ocupando diversos puestos en los ámbitos de la política económica y comercial y de la defensa de la competencia. En este último terreno, ha sido Subdirectora General de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales, Subdirectora General de concentraciones y, finalmente, Directora General de Defensa de la Competencia, cargo que ejerció desde mayo de 2004 hasta su ida a Bruselas.

¹ Las opiniones expresadas en el presente artículo son exclusivamente de la autora y no reflejan necesariamente la posición oficial de la Comisión Europea.

de tanta actualidad como la lucha contra el cambio climático o la gestión de derechos en Internet, es indudable que su proyección pública es máxima cuando se imponen multas millonarias, ya sea por abusos de posición de dominio o por participación en cárteles.

Para un observador casual, podría parecer que el afán de las autoridades de competencia debería ser instruir cada vez más casos e imponer cada vez sanciones más duras a empresas cada vez más importantes. Sin embargo, es importante no perder de vista que, desde la perspectiva de la actuación pública, la persecución y castigo de los infractores no son sino los medios para lograr el objetivo primordial de esta política: la eliminación de aquellas conductas que, por restringir la competencia efectiva en los mercados, resultan en precios más altos, en productos de peor calidad o en una menor innovación, en perjuicio del conjunto de la sociedad.

Desde esta perspectiva, el régimen sancionador tiene un papel fundamental para minimizar las infracciones de la Ley y ha de atender a dos principios esenciales: disuasión y proporcionalidad. En efecto, las sanciones deben lograr su objetivo disuasorio; incidir en la toma de decisiones de las empresas para que no se embarquen en comportamientos anticompetitivos. Además, han de ser proporcionales a los efectos de la conducta, a su gravedad y duración, y a la situación individual de cada empresa.

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto revisar brevemente algunas cuestiones relevantes para la eficacia del régimen

sancionador, centrándose en su efecto disuasorio desde una perspectiva teórica y práctica. Aunque en determinadas jurisdicciones las infracciones de las normas de competencia están sujetas a sanciones penales, el análisis se enfoca sobre las multas, por ser los instrumentos comunes a todos los ordenamientos y los únicos a disposición de la Comisión Europea, así como de los órganos españoles de competencia.

2. La sanción óptima: ¿mejor cuanto más alta?

Desde la perspectiva de la teoría económica², la determinación de la sanción óptima parte, naturalmente, de la existencia de un agente racional, el empresario, que toma sus decisiones utilizando la información disponible con el fin de maximizar su utilidad, su beneficio. Así, el empresario decidirá infringir la Ley cuando el beneficio derivado de su acción supere al coste de ser "cazado". El nivel óptimo de la sanción será el que minimice las infracciones, lo que puede reflejarse en la siguiente ecuación, cuyo primer término reflejaría el efecto disuasorio y el segundo el beneficio para el infractor que no es detectado o sancionado.

$$p U (Y - c - F) > (1 - p) U (Y)$$

Donde:

p= probabilidad de detección e imposición efectiva de sanciones.

U = función de utilidad del infractor

² El trabajo seminal en este campo se recoge en Becker (1968)

Y = ingreso neto de la actividad ilegal

c = costes en los que se incurre en caso de detección, excluyendo las sanciones (defensa legal, efecto de imagen, etc.);

F = nivel de la sanción.

Dado que el rendimiento de la infracción (Y) no está bajo el control de las autoridades de competencia, el efecto disuasorio del sistema en manos del sector público depende del nivel de las sanciones (F), del resto de costes (c) vinculados con los procedimientos de investigación y sanción, y de la eficacia de los órganos de inspección e instrucción, que determina la probabilidad de ser perseguido y sancionado efectivamente (p).

Aunque una lectura apresurada podría llevar a la conclusión simplista de que la multa o pena será mejor cuanto más alta para garantizar que el coste supera al beneficio, es importante recordar que las sanciones no son gratis. El coste de aplicar la ley (incluyendo los recursos de la autoridad de competencia o los judiciales utilizados en la aplicación privada) y la posibilidad de cometer errores en la toma de decisiones ha de ser tenido en cuenta.

Es más, el efecto disuasorio será mayor cuanto más efectiva sea la investigación e imposición de sanciones, lo que no está necesariamente correlacionado con su nivel teórico en la letra de las leyes. De hecho, un sistema con sanciones excesivamente elevadas podría llevar paradójicamente a una menor aplicación efectiva de las normas, dado el mayor estándar de prueba exigido y el coste social de los

errores, y, al final, a un menor efecto disuasorio. Además, una sanción excesiva tampoco será proporcional a la ganancia obtenida.

En todo caso, la ecuación anterior permite formalizar los principios de actuación del empresario pero únicamente refleja una decisión individual aislada y no tiene en cuenta un elemento relevante para la proporcionalidad del sistema: el daño.

Adoptando una perspectiva más general, hay que recordar que la conducta anticompetitiva reduce el bienestar del consumidor y puede llevar a una pérdida neta de eficiencia para el conjunto de la sociedad. Ello explica que, incluso en aquellos países en que hay un mayor desarrollo de la aplicación privada (como en los EE.UU), existan órganos públicos potentes especializados que encarnan la defensa del bien público, la ganancia para el conjunto de la sociedad que se deriva de la protección de la competencia.

Así, un régimen sancionador proporcionado que se adecuara estrictamente a la teoría económica no debería tener en cuenta sólo el beneficio ilegalmente obtenido sino, además, el daño causado a la sociedad, que no se reduce al mayor precio pagado por los consumidores que compran el producto sino que incluye la pérdida de bienestar de aquéllos que no pueden pagarlo³. Este daño superior al

³ Ver los trabajos seminales de Williamson (1969), Posner (1976 y 2001) y Connor & Lande (2005).

beneficio para el productor es especialmente claro en el caso de los cárteles. Así, cabría utilizar un segundo modelo económico que, más allá del empresario individual, considerase la oferta y demanda en el mercado afectado y se centrara en la proporcionalidad con el daño causado al apartarlo del equilibrio competitivo.

Como complemento a cualquier modelo teórico, es importante no olvidar dos elementos adicionales del sistema sancionador óptimo: la transparencia y la correcta identificación del agente. En efecto, para que las sanciones tengan efecto disuasorio, es preciso que sean conocidas por los potenciales infractores. Además, la publicidad aumenta el coste de aquéllos "cazados" que, junto al pago de la sanción, sufrirán en su credibilidad e imagen pública. Por ello, además de su papel para la seguridad jurídica, la publicación de todas las decisiones sancionadoras, la comunicación de líneas directrices y la motivación clara de los principios que determinan la multa final son claves para la efectividad del sistema.

En cuanto a la identificación del agente, es importante que la sanción tenga un efecto disuasorio general sobre los potenciales infractores lo que, desde una perspectiva más microeconómica, exigiría incidir sobre aquella persona capaz de tomar la decisión de infringir o no la ley. En este sentido, de forma recurrente se plantea un debate sobre la posible insuficiencia de las multas a empresas para desincentivar la conducta infractora y la mayor eficiencia de las sanciones individuales, incluso penales, especialmente en el

caso de los cárteles⁴. Este tipo de propuestas se fundamentan en el riesgo de que las multas sean finalmente pagadas por los accionistas, en forma de menores beneficios o en una caída en el valor de las acciones, y que no afecten a las personas directamente responsables: los directivos y miembros de los órganos de administración. Desde esta perspectiva, los problemas internos de principal-agente harían que el sistema sancionador no generase los incentivos correctos de disuasión y proporcionalidad. Se trata de un debate complejo que excede del ámbito de este artículo y que únicamente queda aquí planteado para completar esta breve revisión teórica.

En suma, sea cual sea el modelo económico utilizado, el objetivo del sistema de defensa de la competencia deberá ser la imposición de la sanción mínima óptima, es decir, aquélla que logre el efecto disuasorio de forma proporcional y dentro de la restricción de los recursos públicos y privados necesarios para investigar, perseguir y sancionar efectivamente la infracción.

En mi opinión, basta el párrafo anterior para poner de relieve la complejidad del ejercicio, incluso desde una perspectiva puramente teórica. Si a ello se añade la práctica imposibilidad de disponer de la información necesaria para estimar los modelos y las variables correspondientes, y la necesidad de dotar a los sistemas normativos de un cierto grado de seguridad jurídica y, por tanto, de criterios y

4 OECD (2004). Whelan (2007).

principios lo más objetivos posibles, resulta clara la conveniencia de una aproximación pragmática tanto a la hora de legislar como de fijar la sanción en cada caso concreto.

Así, ya sea con una aproximación más rígida y formal o más sofisticada y económica, los regímenes sancionadores utilizan en la práctica distintos indicadores para proporcionar a los órganos de decisión un conjunto de elementos, cuantitativos y cualitativos, que les permitan ajustar la multa para lograr la disuasión y la proporcionalidad en cada caso concreto. El análisis de estos principios es el objeto del siguiente apartado.

3. Punto de partida teórico para la fijación de la multa: ¿forma o sustancia?

La mayoría de sistemas legales de competencia tienen dos elementos en común a la hora de determinar las sanciones. Por una parte, establecen unas sanciones máximas, en términos absolutos o relativos al volumen de ventas de los infractores. Por otra, fijan distintos criterios para cuantificar la multa de cada infractor individual, dando a la autoridad pública un mayor o menor grado de discrecionalidad para su uso en cada caso concreto.

En este marco, la fijación de la multa suele seguir un proceso con varias fases diferentes: primero, se determina un importe de base que después se ajusta para tener en cuenta las posibles circunstancias agravantes o atenuantes del infractor individual;

a continuación, se aplica el tope máximo y, finalmente, las reducciones que puedan proceder por el programa de clemencia. La fijación del importe de base es pues fundamental, pudiendo diferenciarse dos enfoques alternativos para ello: uno más "formal", basado en la clasificación de las infracciones según su tipo, y otro más "económico", más directamente relacionado con los modelos comentados en el apartado anterior.

3.1. Reglas formales

Una primera aproximación para la fijación de las multas se basa en la graduación de los tipos de infracción según su gravedad. Este esquema parte de la consideración de que algunas actividades son por sí mismas más dañinas que otras para el bienestar y, por tanto, que deben ser sancionadas más gravemente. Por ejemplo, existe un acuerdo generalizado sobre el hecho de que los cárteles, acuerdos secretos de empresas para la fijación de precios o condiciones comerciales o el reparto de mercados, son las prácticas más lesivas para la competencia y deben estar sujetos a las máximas sanciones posibles.

Un sistema de reglas formales tiene aparentes ventajas desde la perspectiva de la seguridad jurídica ya que, en principio, el infractor conoce la sanción a la que se enfrenta según el tipo de infracción y se envía un mensaje claro a la sociedad de que determinados comportamientos son más graves que otros. Pero en la práctica la clasificación de las diferentes infracciones no es una tarea sencilla,

puesto que el daño viene determinado por un conjunto de elementos cuantitativos y cualitativos que no se corresponden necesariamente o únicamente con el tipo de infracción.

En consecuencia, la principal desventaja de un sistema puramente formal, sobre todo desde la perspectiva de la disuasión, es su relativa inflexibilidad con respecto a la realidad económica y los principios de decisión del infractor.

3.2. Aproximación económica

Como se ha expuesto anteriormente, la sanción óptima debe basarse según la teoría económica en la disuasión de la conducta anticompetitiva. Para ello, se pueden utilizar variables fácilmente observables que sirvan para tratar de aproximar beneficio y daño, siendo el volumen de ventas en el mercado afectado por la infracción la más utilizada para ello, por su relación con la cantidad de bienes afectada por la conducta (daño) y con los ingresos generados para el infractor (beneficio) y porque permite utilizar la cuota de mercado de cada operador como punto de partida a efectos de proporcionalidad.

Cabe considerar que esta aproximación, si se relaciona únicamente con el mercado afectado y la duración de la infracción, sólo trata de aproximar el beneficio ilícito y, por tanto, puede no capturar totalmente el daño sufrido y el interés público por eliminar las conductas restrictivas de la competencia. Para intentar superarlo, se

puede imponer una sanción adicional por la mera participación en determinado tipo de infracciones particularmente graves, como los cárteles, con el fin de enviar una señal clara a los operadores económicos y a la sociedad en su conjunto.

Como veremos a continuación, estos dos enfoques son utilizados en mayor o menor medida en los distintos regímenes sancionadores, pudiendo observarse una cierta evolución desde esquemas más formales hacia otros más sofisticados, más consistentes con la teoría económica.

4. La práctica: instrumentos para lograr la disuasión en las distintas jurisdicciones

4.1. El modelo estadounidense

En comparación con el modelo europeo, el estadounidense presenta dos características diferenciales que definen su política anti-trust: la aplicación privada y las sanciones penales.

En efecto, aunque existen autoridades públicas encargadas de investigar y aplicar las normas de competencia mediante procedimientos que generalmente terminan en una decisión judicial⁵, cuyo papel es fundamental en la investigación y persecución de los cárteles, es indudable que la aplicación privada de las normas de

⁵ La *Federal Trade Commission* o FTC y el *Department of Justice* o DOJ.

competencia juega un papel estelar disuasorio al otro lado del Atlántico. Existen distintos instrumentos jurídicos que facilitan la actuación por parte de empresas y ciudadanos, individual y sobre todo colectiva, y que llevan a un gran número de pleitos. Muchos terminan en acuerdo pero otros llegan hasta la sentencia final, que puede fijar el pago de indemnizaciones hasta del triple del daño sufrido por un cártel (*treble damages*)⁶. Además, los jueces pueden imponer sanciones individuales sobre los ejecutivos de las empresas implicadas en los cárteles, que van desde las multas hasta las órdenes de inhabilitación y el encarcelamiento⁷.

En cuanto a las multas, éstas se basan en el más alto de dos elementos: los rendimientos ilícitos o el daño generado, con unos máximos absolutos⁸. En la práctica, se suele partir de un importe de base del 20% del volumen de comercio afectado para cada empresa, que se ve luego aumentado o reducido en atención a diversos criterios⁹.

6 Ver Wehmhórner (2005), Buccrossi and Spagnolo (2005) y AMC (2006). También el documento sobre “*Civil Remedies - Damages and Liability Discussion Memorandum*” preparado para el US *Antitrust Modernization Committee* el 4 de mayo de 2006, en www.amc.com.

7 Ver Connor (2003 y 2006) para una interesante comparación de los distintos regímenes sancionadores.

8 El máximo de la *Sherman Act* de los EEUU (modificado en 2004 por la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*) es de 100 millones de dólares o el doble de la ganancia del infractor o de la pérdida de las víctimas. Las sanciones máximas a personas físicas son de un millón de dólares y hasta diez años de prisión.

9 Ver US Federal Sentencing Guidelines Manual. www.USSC.gov.

4.2. El modelo europeo

En contraposición con el modelo estadounidense, el europeo se ha centrado hasta ahora en la aplicación pública de las normas de competencia por parte de la Comisión Europea y de los órganos administrativos especializados de los Estados miembros. En efecto, a pesar de que la aplicación privada es teóricamente posible en el actual marco normativo, hasta ahora su aplicación es bastante limitada debido a la heterogeneidad de los procedimientos en los distintos Estados miembros y su falta de adecuación al tipo de análisis económico y a las pruebas que exigen este tipo de investigaciones.

Un elemento importante dentro del modelo comunitario es su carácter de red. En efecto, las normas de competencia del Tratado¹⁰ no sólo son aplicadas por la Comisión sino también por los órganos administrativos y judiciales de los Estados miembros (la Comisión Nacional de Competencia y los jueces de lo mercantil en el caso español), siguiendo sus procedimientos nacionales, lo que incluye su régimen sancionador.

Como se ha apuntado, el sistema tiene un carácter eminentemente administrativo y, aunque determinados tipos de infracciones están prohibidos por el ordenamiento penal en algunos países,

10 En esencia, los artículos 81 y 82, que prohíben los acuerdos restrictivos entre empresas y los abusos de posición de dominio.

lo cierto es que en la práctica las multas a empresas son los principales instrumentos de disuasión en el seno de la UE, los únicos en el caso de los expedientes instruidos por la Comisión Europea¹¹.

Este carácter descentralizado plantea el reto principal derivado de la posible inconsistencia o falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas en distintas jurisdicciones. Para tratar de lograr una aplicación coherente, el sistema cuenta con distintos instrumentos, como la aplicación paralela de normas nacionales y comunitarias o las reglas de asignación de casos dentro de la red de autoridades, que favorecen la ventanilla única para evitar procedimientos paralelos sobre una misma infracción. Además, en los últimos años se ha venido produciendo un proceso informal de convergencia en los criterios para la determinación de las multas que se ha visto ayudado sin duda por las Directrices de la Comisión Europea, punto focal para reformas recientes como las de Alemania, los Países Bajos y España.

En efecto, frente a la relativa austeridad de la anterior normativa española en lo que se refiere al régimen sancionador, la nueva Ley de Defensa de la Competencia¹² parte de un enfoque en las

multas a empresas más consistente con las Directrices comunitarias. Así, los criterios básicos para la determinación del importe de las sanciones son la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance y duración de la infracción, los efectos y los beneficios ilícitos obtenidos. La cantidad básica se ajustará con las correspondientes circunstancias agravantes y atenuantes y, finalmente, se aplicará, en su caso, lo dispuesto en cuanto a reducción o exención del pago de la multa (cooperación o clemencia).

Esta aproximación más "económica" se ve completada con unos límites cuantitativos máximos que dependen del tipo de infracción y, por tanto, mantienen un enfoque más "formal", en línea con las exigencias del ordenamiento sancionador español. Así, el techo máximo de las multas dependerá de si la infracción se considera leve, grave o muy grave. Esta última categoría, que llega hasta el 10% del volumen de ventas total, incluye los acuerdos anticompetitivos (esencialmente cárteles) y los abusos de posición de dominio cuando concurren determinadas circunstancias.

11 En un número de Estados miembros se prevén multas a personas físicas e incluso sanciones penales (Alemania, Austria, Chipre, Eslovenia, República Eslovaca, Estonia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia y Reino Unido) que pueden llevar a la cárcel por determinado tipo de infracciones.

12 Artículos 52 a 58 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Cabe señalar que el régimen sancionador español, a diferencia del comunitario, contempla las sanciones pecuniarias a las personas físicas. Los representantes legales o miembros de los órganos de decisión de empresas que hayan intervenido en el acuerdo o decisión infractora podrán ser multados con hasta 60.000 euros.

5. Líneas directrices para la imposición de multas por parte de la Comisión Europea

La normativa aplicable para la fijación de las multas a nivel comunitario se recoge en el Reglamento 1/2003, que únicamente prevé que éstas se fijarán atendiendo a la gravedad y duración de la infracción, con un máximo del 10% del volumen de ventas global del infractor en el ejercicio precedente. Así, en principio la Comisión dispone de una notable discrecionalidad para determinar la multa en cada caso concreto, dentro del tope máximo. Para dotar al sistema de la seguridad jurídica necesaria, la Comisión ha publicado dos Comunicaciones de Directrices para el cálculo de las multas¹³.

Las primeras Directrices, de 1998, establecieron el típico procedimiento en fases para el cálculo de las multas que parte de la fijación de un importe de base determinado por la gravedad de las conductas, clasificadas en leves, graves y muy graves, según el tipo de infracción. El importe podría ser aumentado en un determinado porcentaje dependiendo de la duración y de otros elementos cuantitativos o cualitativos, como el impacto, la aplicación efectiva de los acuerdos, o la cuota de mercado del infractor.

Si bien esas Directrices han sido tremendamente útiles para establecer unos parámetros claros en la aplicación de las normas de competencia y han permitido un importante incremento de las multas impuestas, sobre todo en el caso de los cárteles¹⁴, su punto de partida era relativamente formal, otorgando un gran peso a la clasificación de la infracción en cada uno de los tres tipos.

Así, tras ocho años de experiencia y con el fin de disponer de un sistema más eficaz, más consistente con la teoría económica, en septiembre de 2006 se publicaron unas nuevas Directrices que la Comisión acaba de empezar a aplicar en la práctica. El cambio principal se refiere al cálculo del importe de base, que pasa a fundamentarse en el mercado afectado por la infracción y la duración de la misma. Así, el punto de partida es la valoración de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa correspondiente en relación directa o indirecta con la infracción dentro del Espacio Económico Europeo. A dicha cantidad se aplicará un porcentaje determinado por la gravedad de la infracción según determinados criterios, como su naturaleza, la cuota de mercado combinada de todas las partes, la dimensión geográfica y la aplicación efectiva o no de las prácticas, con un máximo general del 30%. La cantidad resultante de este cálculo se multiplicará por el número de años de la infracción para obtener el importe de base, lo que aumenta sustancialmente la influencia de la duración sobre la multa.

13 "Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 15(2) del Reglamento 17 y del artículo 65(5) del Tratado CECA", DOCE 98 [1998] y "Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) n° 1/2003", DOCE 210 de 1 de septiembre de 2006.

14 Ver Motta (2007).

Además de este componente "variable", la Comisión incluirá en el importe de base una suma comprendida entre el 15% y el 25% del valor de las ventas, independientemente de la duración de la infracción. Se trata de un "peaje de entrada" especialmente orientado a los cárteles para reforzar el efecto disuasorio de las sanciones sobre la decisión inicial de las empresas de participar en la infracción, dado el daño causado con ello al mantenimiento de la competencia.

Una vez que la autoridad ha fijado la cantidad básica para el cálculo de la multa, se aumentará o reducirá según distintos criterios, cuantitativos o cualitativos, para tener en cuenta las circunstancias concretas de la infracción o del infractor. Así, entre las agravantes, se considerará la persistencia o reincidencia en la infracción, que existe cuando haya una decisión previa firme de la Comisión Europea o una autoridad nacional, y que puede llevar a un incremento de hasta en un 100% por cada infracción probada. También se considera agravante la negativa a cooperar u obstrucción en la investigación, que puede además ser considerada una infracción independiente por sí misma, sujeta a multas en el caso comunitario e incluso a sanciones penales en varias jurisdicciones. Finalmente, también se fijarán las agravantes atendiendo a la función o el papel de la empresa dentro de la infracción.

Resulta interesante comentar dos aspectos de este último elemento, relacionado con la intención del infractor. Por una parte, la normativa es clara en cuanto a que se impondrán multas cuando se

produzca una infracción de los artículos correspondientes del Tratado por dolo o negligencia. Así, no es necesario el dolo para que exista infracción de competencia, la Comisión no está obligada a probar la intención de la empresa de violar la legislación aplicable y está claro que el conocimiento de las normas y, por tanto, la negligencia, se presume en el caso de las empresas sujetas a estos procedimientos¹⁵. Por otra, parece importante tener en cuenta el papel concreto de cada empresa en las infracciones colectivas, tanto por razones de proporcionalidad como de disuasión. Así, se considera agravante el que un operador haya tenido función de responsable o de instigador de la infracción, prestándose atención a toda medida de represalia o coacción orientada a limitar la libertad del resto de miembros del cártel.

En cuanto a las atenuantes, las Directrices apuntan un conjunto de circunstancias, como el hecho de que la empresa haya puesto fin a la infracción (no aplicable a los cárteles), la aportación de pruebas de que la infracción se cometió por negligencia o de que la empresa de hecho tuvo una participación limitada en la ejecución de los acuerdos ilícitos, por ejemplo porque no cumplió las reglas del cártel. También se considera atenuante la cooperación efectiva con la inspección, cuando vaya más allá de la normal obligación jurídica y no

¹⁵ Este requisito de negligencia o dolo se exige también generalmente a nivel nacional. En el caso español, resultan destacables las sentencias del Tribunal Supremo en los casos *Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria* (9 de marzo de 2005); *Telefónica* (23 de marzo de 2005) y *Tabacalera* (13 de diciembre de 2004).

sea aplicable la clemencia, elemento que trata de reforzar la efectividad de las investigaciones, para las que resulta importante contar con información de todos los participantes en un cártel y no sólo de aquéllos que puedan beneficiarse de la clemencia. Finalmente, podrá ser atenuante el hecho de que el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa.

Este último elemento se relaciona de nuevo con el requisito de dolo o negligencia e introduce un elemento interesante relacionado con la existencia de una confianza legítima en la legalidad de la conducta. Por ejemplo, porque existe algún acto administrativo del que se deriva la convicción de que esta conducta no era contraria al ordenamiento jurídico¹⁶.

Una vez fijado el importe de base y aplicadas las agravantes y atenuantes, se podrá aplicar un incremento específico para garantizar un efecto disuasorio en el caso de grandes empresas cuyas ventas vayan mucho más allá de las afectadas por la infracción o cuanto sea preciso para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción. La principal razón de ser de este "multiplicador" es precisamente el problema de agencia expuesto en el

apartado 2. En el caso de grandes grupos empresariales, puede darse el caso de que una filial participe en un cártel en un mercado relativamente pequeño y que la sanción impuesta sobre la base del volumen de ventas afectado no se corresponda en absoluto con la dimensión financiera de la matriz y no logre afectar a los órganos que determinan en última instancia la estrategia del grupo. Por ello, puede ser preciso aumentar la multa para garantizar que ésta incide sobre los incentivos del infractor y logra su efecto disuasorio.

Determinado el importe de la multa, se aplicará el máximo del 10% del volumen de ventas en el ejercicio anterior. Este tope responde a la necesidad de proporcionalidad del sistema sancionador, que demanda que cada participante en la infracción pague según su capacidad y que la multa impuesta no ponga en riesgo la viabilidad financiera de este operador, puesto que ello comportaría costes económicos y sociales indeseables. En este mismo ámbito, se prevé la posibilidad de tener en cuenta la incapacidad de pago de una empresa en un contexto económico y social particular, instrumento éste que debe ser utilizado, y de hecho lo es, de forma necesariamente restrictiva, dado el azar moral que comporta y la dificultad de determinar cuándo se da una circunstancia externa que realmente determina la capacidad de pago de la empresa.

Sobre la cantidad resultante de estos cálculos se aplicará, en su caso, el programa de clemencia, que tiene un claro papel en la

¹⁶ Ver las decisiones de la Comisión de 24 de junio de 2004, Arquitectos Belgas, y de 21 de mayo de 2003 en el caso COMP/37.578 - TeleBel+7/DT+Deutschland (Deutsche Telekom) OJ L 263 [2003]. Ver la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003 en el caso C-198/01 Fiammiferi.

disuasión de los infractores¹⁷. En primer lugar, porque la eliminación o reducción de la multa correspondiente al miembro de un cártel que aporta a la autoridad pública información relevante y elementos de evidencia esenciales para su persecución aumenta la inestabilidad del acuerdo ilegal al reducir la confianza entre sus miembros, aumentando los incentivos para desviarse de lo pactado (dilema del prisionero). En segundo lugar, porque proporcionan a las autoridades de competencia información y pruebas indispensables para investigar y perseguir al cártel, aumentando la eficiencia de la política de competencia, la probabilidad de llevar a una decisión final y, con ello, el efecto disuasorio del sistema sancionador¹⁸. Ello explica su éxito y su expansión a aquellas jurisdicciones inicialmente más reticentes, incluyendo la española, cuyo programa de clemencia acaba de entrar en vigor tras la aplicación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia en 2007, con un resultado aparente inmediato en términos de solicitudes.

Finalmente, en cuanto al sistema sancionador europeo, es importante señalar que, si bien hasta el momento los tribunales comunitarios no habían aumentado las multas impuestas por la

Comisión¹⁹, la reciente sentencia en el asunto BASF (cártel de la vitamina B4)²⁰ ha venido a añadir un elemento nuevo en el panorama al incrementar por primera vez la multa inicialmente fijada. Haciendo uso de su potestad de plena jurisdicción en la materia, el Tribunal de Primera Instancia ha entrado directamente en la valoración de los criterios para la determinación de la multa y esta vez ha estimado que la cooperación ofrecida por la empresa no había facilitado a la Comisión la prueba de la infracción, retirándole la reducción que le había sido atribuida por este concepto.

Conclusión

Es indudable que, abstracción hecha de consideraciones morales, las empresas tienen incentivos para maximizar su beneficio mediante todos los medios a su disposición, incluyendo el abuso de la posición de dominio o los acuerdos para la fijación de precios, el reparto de mercados o la coordinación de las pujas en subastas. La secuencia de grandes cárteles internacionales en diversos momentos de la historia reciente pone de relieve que, en ausencia de unas normas de competencia efectivamente aplicadas, esta tendencia está presente en los mercados, especialmente cuando se dan determinadas características que favorecen la colusión, relacionadas por

17 El origen de los programas de clemencia se sitúa en los EEUU, que establecieron el primer programa en 1993. La UE siguió en 1996, aunque el modelo comunitario fue revisado en 2002, dando lugar a un significativo incremento de los cárteles perseguidos desde entonces.

18 Ver Aubert & Rey & Kovacic (2005) y Miller (2007).

19 Ver Geradin & Henry (2005).

20 Sentencia del TPI de 12 de diciembre de 2007 en los casos T-101/05 and T-111/05 BASF y UCB v Commission.

ejemplo con el momento cíclico, el número de oferentes y demandantes, la transparencia y el tipo de bienes.

En este contexto, el objetivo de un sistema legal es el establecimiento de incentivos adecuados para los individuos o las empresas y el régimen sancionador juega un papel importante para disuadir a los potenciales infractores, protegiendo al mismo tiempo la proporcionalidad. Si las sanciones efectivas son demasiado bajas, no se logrará el efecto disuasorio, la actividad de investigación será ineficaz y los recursos empleados en esta tarea serán costes netos para el conjunto de la sociedad. Si son demasiado elevadas, pueden llevar a pérdida de eficiencia y falta de proporcionalidad. Lograr el equilibrio adecuado entre los distintos objetivos con un sistema sancionador óptimo no es tarea fácil.

Aunque existen distintos modelos económicos para tratar de estimar el importe óptimo de la multa, son difíciles de aplicar en la práctica en la mayoría de los casos por una autoridad de competencia media. Por eso, es preciso un enfoque pragmático que, utilizando criterios generales, lleve a un esquema sancionador lo más predecible, eficiente y consistente posible. En este sentido, la Comisión Europea ha publicado unas nuevas líneas Directrices sobre multas que tratan de adoptar una aproximación más económica preservando al mismo tiempo la seguridad jurídica de todos los operadores implicados. Aunque se acaba de iniciar su aplicación práctica y todavía es pronto para valorar los efectos en

el nivel de las multas efectivamente impuestas²¹, es indudable que estas nuevas normas suponen un avance en cuanto a la consistencia con la teoría económica y, desde esta perspectiva, proporcionan a la Comisión un instrumento más afinado para que la actuación pública logre su efecto principal: la disuasión.

Al margen del nivel de las sanciones, es preciso no olvidar que la disuasión se refuerza con la transparencia en la actuación pública y con las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios que se paguen en el ámbito de la aplicación privada de las normas de competencia. Es éste un camino que todavía está en sus inicios en la UE, donde la Comisión trabaja en este momento en la elaboración de un Libro Blanco con el fin de eliminar los obstáculos existentes para la aplicación efectiva de las acciones por daños por la infracción de las normas de competencia comunitarias por parte de los consumidores o empresarios directamente dañados por una conducta anti-competitiva.

En cualquier caso, el debate sobre la idoneidad de las sanciones no está cerrado, tiene una especial actualidad en el ámbito comunitario dado el volumen de las multas impuestas en casos de gran impacto

21 La reciente decisión de 20 de noviembre de 2007 en el caso COMP/38.432 - Cártel de Cintas de Video Profesionales ha sido la primera en que se han aplicado las Directrices de 2006, siendo la de 3 de octubre de 2007, correspondiente al caso COMP/38.710 - Cártel del asfalto en España, la última que ha seguido las anteriores directrices de 1998.

mediático y seguramente seguirá atrayendo la atención del mundo académico y, sobre todo, recibiendo críticas y alabanzas por parte de los operadores económicos a ambos lados de la línea marcada por la Ley: infractores y perjudicados.

Bibliografía

AMC (2006). *“Civil Remedies - Damages and Liability Discussion Memorandum”*. Documento de 4 de mayo de 2006 preparado para el US Antitrust Modernization Committee. www.amc.com.

AUBERT, CECILE & REY, PATRICK & KOVACIC, WILLIAM E. (2005). *“The impact of leniency and whistleblowing programs on cartels”*.

BECKER, GARY S. (1968). *“Crime and punishment: An economic approach”*. Journal of Political Economy.

BUCCIROSSI, PAOLO & SPAGNOLO, GIANCARLO (2005) *“Optimal fines in the era of whistleblowers. Should price fixers still go to prison?”*. LEAR research paper 05-01.

CAMILLI, ENRICO L. (2005). *“Optimal and actual fines in cartel cases: The European challenge”*. Paper prepared for the conference *“Remedies and sanctions in Competition policy”*. Amsterdam University.

CONNOR, JOHN M. (2006). *“Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels”*. Purdue University.

CONNOR, JOHN M. & LANDE, ROBERT H. (2005). *“How High do cartels raise prices?. Implications for reform of the antitrust sentencing guidelines”*. John. M. Connor & Robert H. Lande.

EUI (2007). *“European competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels”*. European University Institute. Hart Publishing.

GERADIN, DAMIEN & HENRY, DAVID (2005). *"The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community Courts' judgements"*. Paper prepared for the conference *"Remedies and sanctions in Competition policy"*. Amsterdam University.

MILLER, NATHAN H. (2007). *"Strategic leniency and cartel enforcement"*. University of California-Berkeley.

MOTTA, MASSIMO & POLO, MICHELE (1999). *"Leniency programs and cartel prosecution"*. EUI Working Paper ECO N° 99/23.

MOTTA, MASSIMO (2007). *"On cartel deterrence and fines in the EU"*. European University Institute, Florence and Università di Bologna. Papel publicado en EUI (2007).

OECD (2004). *"Cartels: Sanctions against individuals"*. DAF/COMP(2004) 39.

POSNER, RICHARD A. (1976 Y 2001). *"Antitrust Law: An economic perspective"*.

WEHMHÖRNER, NONTHIKA (2005) *"Optimal Fining Policies"*. Paper prepared for the conference *"Remedies and sanctions in Competition policy"*. Amsterdam University.

WHELAN, PETER (2007). *"A principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law"*. The competition law review Vol 4. October 2007.

WILLIAMSON, OLIVER E. (1969). *"Economies as an antitrust defense: The welfare Tradeoffs"*. American Economic Review 18.

WILS, WOUTER P.J. (2005). *"Optimal antitrust fines: Theory and practice"*. Journal of Competition Law & Economics. Vol 1 N° 4.

Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España

1. Las premisas.

1. Una de las principales novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), es lo que se ha descrito como consecución de la plenitud de la “aplicación privada” del Derecho de la Competencia en España.

* (Madrid, 1963) se licenció en Derecho por la Universidad Complutense con premio extraordinario. Fue becario del Real Colegio de España en Bolonia y Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Ha sido Profesor Titular de las Universidades de Extremadura y Complutense y Catedrático de las Universidades de Extremadura y San Pablo CEU. Asimismo, es miembro excedente del Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional. Es coautor de un manual de Introducción al Derecho Procesal y de Derecho Procesal Civil y de unos Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es autor asimismo de otras muchas publicaciones y ha participado en numerosos congresos y jornadas, tanto nacionales como internacionales. Ha sido director y en la actualidad forma parte de los consejos de redacción de varias revistas jurídicas. Formó parte de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación encargada de redactar el borrador de Ley de Arbitraje y fue Presidente de la Sección Especial encargada de redactar los borradores de las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre juicios rápidos y prisión provisional. Es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Junta Directiva del Club Español del Arbitraje. Dirigió el departamento

La expresión “aplicación privada” es una traslación al castellano de la expresión inglesa “private enforcement” y no deja de resultar equívoca en castellano. En los ordenamientos anglosajones se distingue entre el “public enforcement” y el “private enforcement”; distinción ésta que resulta aplicable tanto al Derecho de la Competencia como a otros ámbitos del tráfico jurídico mercantil en que existe intervención administrativa. El “public enforcement” es el que realizan las autoridades administrativas reguladoras. El “private enforcement” es el que realizan los Tribunales sobre la base de pretensiones formuladas por particulares. La distinción resulta confusa porque también los Tribunales están llamados a decidir sobre la legalidad de las actuaciones de esos reguladores cuando los interesados plantean pretensiones al respecto.

En todo caso, lo cierto es que la economía contemporánea conoce un buen número de intervenciones administrativas. Las empresas han de girar en el tráfico con un ojo puesto en un número variable, según su ámbito de actividad, de entes reguladores a los que se dota de potestades administrativas de autorización, inspección, supervisión, cesación y, sobre todo, y en lo que más acaba importando, de sanción. El Derecho de la competencia es un caso señero de este tipo de intervención administrativa. Todos los ordenamientos

desarrollados incorporan “reguladores” (de la competencia, de los mercados de valores, de la energía, de las telecomunicaciones, etc.) y la eficacia de su “public enforcement” resulta capital para la economía de su “jurisdicción”. El ámbito y las técnicas de ese “public enforcement”, así como su eficacia real, varían de país a país y de sector regulado a sector regulado, pero nadie pone en cuestión con carácter general que los “reguladores” resultan imprescindibles para el capitalismo globalizado.

Dicho esto, la cuestión estriba en cómo articular ese imprescindible “public enforcement” con las pretensiones de los particulares ante los Tribunales. Sobre todo, porque el “public enforcement” no abarca una cuestión capital: la reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares. El regulador del Derecho de la competencia tiene respecto a los ilícitos potestades para su declaración, su cesación y su sanción, pero no para su reparación. La óptica de la intervención administrativa es de cesación y sanción, pero no de reparación o indemnizatoria.

2. Como es sabido, la concepción de la legislación de competencia hasta ahora ha sido la de que sólo cuando la declaración administrativa del ilícito de competencia hubiera ganado firmeza (tras el procedimiento administrativo y, en la mayoría de los casos, el procedimiento contencioso-administrativo en todas sus instancias o grados de jurisdicción) podía el particular que se considerase perjudicado formular una pretensión indemnizatoria ante los tribunales civiles. En la práctica esto no sucedía prácticamente nunca

por el tiempo transcurrido. La concepción del sistema abocaba sin remedio a la imposibilidad práctica de pretensiones indemnizatorias por violaciones de normas de competencia.

El primer cambio del sistema se produjo en 2003 con la atribución a los Juzgados de lo Mercantil (y a las Audiencias Provinciales en apelación; y al Tribunal Supremo en casación) de competencia para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado (art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Este precepto suponía la incorporación en España de ese llamado “private enforcement” del Derecho comunitario de la competencia. Faltaba hacer lo mismo con el Derecho interno de la competencia, puesto que resultaba absurda la asimetría. Esto es lo que ha hecho la LDC.

Veamos el cuadro preexistente y el cuadro que resulta. A efectos de simplificación del esquema podemos resumir en cuatro las potestades que han de poder ejercerse respecto de los ilícitos: i) declaración; ii) cesación; iii) sanción; iv) reparación. Nuestro ordenamiento encomendaba hasta ahora en exclusiva la declaración, la cesación y la sanción al regulador (y a los tribunales contencioso-administrativos), y la reparación a los tribunales civiles pero sólo cuando la declaración del ilícito fuera firme. A partir de ahora nuestro ordenamiento cambia este esquema en lo que se refiere a los dos tipos principales de ilícitos de competencia: las conductas colusorias y los abusos de posición dominante. La sanción sigue reservada lógicamente al regulador (y a los tribunales contencioso-administrativos),

pero i) la reparación por parte de los tribunales civiles (en primera instancia encomendada a los órganos especializados de lo mercantil) no ha de esperar a la firmeza de la actuación del regulador, por lo que ii) respecto de la declaración y la cesación se da una confluencia o solapamiento entre las competencias del regulador administrativo (y de los tribunales contencioso-administrativos) y las de los tribunales civiles.

Dicho esto, las líneas que siguen pretenden aportar algunas reflexiones sobre las preguntas que muchos juristas y operadores económicos se están haciendo incluso desde antes de la entrada en vigor de la nueva LDC en relación con ese llamado “private enforcement” del Derecho de la competencia. ¿Realmente van a cambiar las cosas? ¿Va a haber un número significativo de demandas ante los Juzgados de lo Mercantil por conducta colusoria y por abuso de posición dominante? ¿Cuál es el panorama procesal con que se van a encontrar los potenciales demandantes y los potenciales demandados? Como vaticina el título con que se encabezan estas reflexiones, mi conclusión anticipada es que esa denominada “aplicación privada” se va a encontrar con muchas dificultades. Trataré de poner sobre el tapete algunas de ellas, sucintamente. Pero me interesa también anticipar las conclusiones que se extraen de la conclusión. Para los potenciales demandantes presentar demandas por conducta colusoria o por abuso de posición dominante se va a convertir en un camino plagado de dificultades. Pero para los potenciales demandados el panorama cambia porque su grado de incertidumbre aumenta exponencialmente. Dicho de otro modo, nuestro

ordenamiento no ha hecho más que abrir la puerta para que los particulares puedan presentar demandas de cesación y reparación por colusiones y abusos de posición dominante sin ofrecer instrumentos adecuados para una genuina eficacia de un sistema de “aplicación privada” del Derecho de la competencia en España; pero al tiempo las empresas demandadas se van a enfrentar a un alto grado de incertidumbre sobre la suerte de esas demandas, lo que puede forzarlas a considerar preferible una transacción. Un sistema que dificulta la labor de los potenciales demandantes no sitúa automáticamente a los potenciales demandados en una mejor posición, porque si el sistema genera falta de certeza, el operador económico preferirá la certeza de un mal pacto a la incertidumbre del resultado final.

3. Las conclusiones que me he atrevido a anticipar se intentarán sustentar, muy resumidamente, en las próximas páginas, pero desde ya hay una base que nos ha de servir de indicio: la LDC ha considerado que para conseguir esa “aplicación privada” del Derecho de la competencia no había que cambiar casi nada en nuestro ordenamiento procesal. La LDC ha dejado nuestro ordenamiento procesal prácticamente intacto. Dicho de otro modo, el legislador considera que en la inmensa mayoría de los casos justiciables, abogados y jueces se pueden valer de los instrumentos que les brindan las normas procesales generales o comunes para lidiar con los pleitos por conductas colusorias y por abusos de posición dominante. Los procesalistas siempre hemos contemplado con recelo, cuando no criticado abiertamente, la proliferación de especialidades

procesales con que nos ha obsequiado el legislador durante décadas cada vez que regulaba una determinada materia, por considerarla innecesaria o mal concebida. En este caso, sin embargo, mi modesta impresión –por primera vez- es la contraria: el legislador se ha quedado corto y ha sido inusitadamente parco a la hora de regular las cuestiones procesales que puede plantear y que exige la eficacia de la “aplicación privada” del Derecho de la competencia. La nueva LDC tiene una amplia exposición de motivos, setenta artículos, once disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Pues bien, al “private enforcement” del Derecho de la competencia sólo se dedican el párrafo antepenúltimo y penúltimo de la exposición de motivos y las disposiciones adicionales primera y segunda.

La lectura de esas dos disposiciones adicionales puede crear una falsa impresión que desmienta mi afirmación de la parquedad de la regulación. Es verdad que se incorporan normas sobre competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil, papel de los reguladores en los procedimientos (intervención procesal, aportación de información, comunicaciones del tribunal), determinación del procedimiento adecuado y suspensión del plazo para dictar sentencia. Pero, sin desmerecer la importancia de lo regulado (que en algunos casos merece críticas desde el punto de vista técnico-jurídico), es mucho más lo no regulado que resulta capital desde el punto de vista de la eficacia real y práctica. Además, existen determinados factores difícilmente legislables que tienen que ver con la situación de nuestra Administración de Justicia y, más en general, de nuestra

cultura jurídica, que tampoco juegan a favor de la eficacia de esa aplicación privada del Derecho de la competencia.

Es ya un tópico afirmar que los ordenamientos europeo-continental no están particularmente preparados para obtener un grado de aplicación privada del Derecho de la competencia similar ni de lejos al que se produce al otro lado del Atlántico en los Estados Unidos. El tópico en lo que respecta a España no puede ser más cierto. El legislador se ha limitado a permitir algo, esto es, que los particulares puedan presentar demandas por conductas colusorias y por abusos de posición dominante sin esperar a la firmeza de las decisiones administrativas. Pero prácticamente no ha hecho nada más.

A partir de aquí trataré de exponer algunas de esas dificultades anunciadas. No pretendo ser exhaustivo ni en el elenco ni en el análisis de cada una. Mi modesto propósito es describir un panorama, centrándome en los trazos principales.

2. Las dificultades.

4. *Procedimientos simultáneos.* La primera dificultad con que se van a encontrar los intérpretes, aplicadores y destinatarios de la nueva LDC es precisamente dar respuesta al cúmulo de dudas que va a plantear lo que precisamente la LDC principalmente perseguía: al abrir la puerta a la presentación de demandas sin necesidad de que las resoluciones de los reguladores administrativos (comunitario,

nacional o autonómicos) hayan ganado firmeza, se puede producir un abanico de situaciones diversas de pendencia simultánea de procedimientos administrativos (o contencioso-administrativos) y procesos civiles.

La LDC contempla este fenómeno en los apartados Cinco y Siete de la Disposición Adicional Segunda, que añaden un apartado 3 al artículo 434 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y un apartado 5 al artículo 465 LEC. La herramienta que brinda la ley es la posibilidad de que se suspenda el plazo para dictar sentencia, tanto en primera como en segunda instancia (no se prevé, sin embargo, para los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal), cuando el tribunal civil tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante cualquier regulador de la competencia (comunitario, nacional o autonómico) y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. En estos preceptos se contiene una regulación especial y *ad hoc* de la prejudicialidad administrativa en el proceso civil. Sucede, sin embargo, que ese fenómeno ya tiene una regulación general en el artículo 42 LEC. ¿Qué aporta, modifica o excluye el régimen específico de prejudicialidad administrativa de Derecho de la competencia en el proceso civil al régimen general de prejudicialidad administrativa en el proceso civil? Si uno compara los nuevos artículos 434.3 y 465.5 LEC, de un lado, con el artículo 42 LEC, de otro lado, el primer comentario técnico es que los primeros habrían tenido mejor ubicación sistemática precisamente como nuevos apartados del segundo. Habría resultado más claro que se añadieran nuevos apartados

al artículo 42 LEC, que regula la prejudicialidad no penal en el proceso civil, que incorporar apartados a los artículos que lo que regulan es el plazo para dictar sentencia.

Dicho esto, la principal diferencia es que en el caso de la cuestión prejudicial administrativa de Derecho de la competencia la decisión del tribunal de primera o de segunda instancia de suspender o no el proceso antes de dictar sentencia debe considerarse discrecional. Los artículos 434.3 y 465.5 LEC dicen que "se podrá suspender el plazo para dictar sentencia", pero no imponen dicha suspensión en ningún caso. Ni siquiera expresamente en el caso de que ambas partes se muestren de acuerdo en hacerlo, como prevé el art. 42 LEC (aunque considero que si ambas partes están de acuerdo, la suspensión viene en todo permitida por los artículos 19.4 y 179.2 LEC y el tribunal está obligado a acordarla). Pero no se puede sostener que la pendencia de un expediente ante una autoridad comunitaria, nacional o autonómica de competencia cuya decisión resulte relevante para la decisión del pleito obliga sin más al tribunal civil a suspender el proceso. Eso sería contradictorio, en primer lugar, con la expresión "se podrá"; y, en segundo lugar, con todo el sentido de la reforma: si la pendencia de un expediente administrativo con relevancia en la controversia abocara a la suspensión, nada habría cambiado. En este sentido, nótese que la exposición de motivos de la LDC dice que "se prevé la posible suspensión de los procedimientos judiciales en determinadas circunstancias, cuando el juez competente considere necesario conocer el pronunciamiento administrativo para dictar una sentencia definitiva

en aplicación de normas nacionales y comunitarias de competencia". La propia exposición de motivos parece aclarar que la suspensión es "posible", no obligada o preceptiva; y que es el juez competente quien ha de considerarla necesaria. Ello tampoco ha de interpretarse, a mi juicio, como una potestad del tribunal de apreciar esa necesidad de oficio. Los tribunales civiles no tienen más potestades ejercitables de oficio que las que la ley procesal expresamente les atribuye. Y además resulta contrario a los principios generales del proceso civil y a los criterios que inspiran la regulación de las cuestiones prejudiciales en el proceso civil permitir que sea el tribunal de oficio quien suspenda el plazo para dictar sentencia. Por ello, a mi juicio, los artículos 434.3 y 465.5 LEC sólo pueden aplicarse si una de las partes solicita la suspensión y alguna de las demás partes se opone. Si ninguna de las partes lo solicita, el tribunal no puede hacerlo de oficio. Y si todas las partes lo solicitan, el tribunal sí está obligado a acordar la suspensión. Ahora bien, dentro de ese ámbito, la decisión judicial no es reglada, sino discrecional. Otra cosa, como digo, distorsionaría el sentido de la reforma. La LDC, a mi juicio, otorga discrecionalidad a los Juzgados de lo Mercantil en primera instancia y a las Audiencias Provinciales en segunda instancia para que, solicitada la suspensión del proceso antes de dictarse sentencia por alguna de las partes y formulada oposición a dicha solicitud por alguna otra parte, el tribunal decida a la luz de las circunstancias del caso si resulta razonable o no esperar a la decisión del expediente administrativo de competencia. Y esa decisión no sólo debe estar guiada por el hecho de que la autoridad administrativa de competencia se vaya a pronunciar en todo o en parte sobre las mismas cuestiones

sobre las que ha de pronunciarse el tribunal civil, porque, insisto, en tal caso más habría valido conservar la legislación anterior.

Es evidente que la LDC no quiere evitar a toda costa que el tribunal civil se pronuncie antes que el regulador sobre si existe o no conducta colusoria o abuso de posición dominante. Lo que pretende es brindar al tribunal la posibilidad de suspender y esperar, tras ponderar las concretas circunstancias del caso. Por ejemplo, el tribunal puede tener en cuenta el tiempo que conllevaría la suspensión, la existencia de otros procedimientos judiciales conexos y no acumulados, la relevancia de fuentes de prueba todavía por aportar en el procedimiento administrativo, etc. Ciertamente puede resultar sorprendente para el jurista español la conclusión de que la potestad judicial de suspensión es en cuanto al fondo discrecional; pero ello se debe únicamente a la falta de costumbre: no estamos acostumbrados a que las leyes procesales otorguen a nuestros jueces potestades discrecionales. En otros ordenamientos, esto resulta totalmente común. Por lo demás, me parece criticable que los nuevos artículos 434.3 y 465.5 LEC digan que "contra el auto de suspensión del proceso sólo se dará recurso de reposición". Lo razonable sería haber mantenido el régimen de recursos general de las cuestiones prejudiciales (arts. 41 y 43 LEC): contra el auto que deniega la suspensión cabe sólo reposición y contra el auto que la acuerda cabe directamente apelación. No veo ningún motivo para privar al litigante de la posibilidad de que la Audiencia Provincial revoque la decisión del Juez de lo Mercantil, incluso aunque contenga elementos de discrecionalidad. Finalmente, hay que plantearse si en los casos en

que el tribunal acuerde la suspensión estará vinculado al contenido de la decisión del órgano administrativo de competencia. La primera impresión aboca a la conclusión positiva. ¿Para qué suspender si lo que decida el órgano de competencia no va a vincular al tribunal civil? Creo, sin embargo, que las cosas son un poco más complejas. Si la decisión debiera vincular jurídicamente al tribunal civil (a imagen de una cosa juzgada positiva o prejudicial), lo lógico sería que la suspensión tuviera que abarcar no sólo el procedimiento administrativo ante el órgano de competencia, sino también el eventual proceso contencioso-administrativo posterior contra el acto administrativo. Y eso no lo dice la LDC, que sólo prevé la suspensión hasta que se dicte la resolución administrativa y porque el tribunal estime que resulte necesario conocerla antes de dictar sentencia. Pero, al margen del valor que la resolución administrativa indudablemente pueda tener, no puede sostenerse que vincule sin más al tribunal civil. No tiene sentido que vincule a un tribunal civil un acto administrativo todavía susceptible de ser revocado por un tribunal contencioso-administrativo.

El sistema admite, por tanto, que lleguen a producirse pronunciamientos contradictorios. O si se prefiere, el legislador considera que el coste que tendría conjurar totalmente el riesgo de decisiones contradictorias sería demasiado elevado, puesto que pasaría por conservar el sistema anterior. Es preferible arriesgarse a que en algún caso se produzcan pronunciamientos contradictorios, pues la alternativa es la falta de acceso a la justicia en la práctica de las pretensiones indemnizatorias por violación del Derecho de la competencia.

El riesgo de decisiones contradictorias no se conjura totalmente, pero se atempera a través de, entre otras cosas, una potestad discrecional de suspensión (así como a través de la comunicación entre tribunales y reguladores, y de la intervención del regulador como “amicus curiae”).

Hasta aquí he llevado a cabo la interpretación que creo correcta de lo que la LEC, reformada por la LDC, establece. La posible pendencia simultánea del procedimiento ante el regulador y ante el tribunal civil planteará, sin duda, otros muchos problemas sin solución en la ley. Como botón de muestra, la confluencia de la potestad cautelar del regulador y la del tribunal, sobre todo en materia de cesación de las actuaciones ilícitas e incluso de anticipación por vía cautelar de la remoción de los efectos. Y planteará a los posibles demandantes (y a sus abogados), a la luz de las circunstancias de cada caso, un buen número de cuestiones de estrategia procesal, pero, sobre todo, una: cuándo demandar. A mi juicio, cabe vaticinar que en un gran número de casos los demandantes decidirán esperar a la decisión sancionadora del regulador para presentar su demanda ante el Juzgado de lo Mercantil. El arsenal probatorio que haya acumulado el regulador se encontrará ya enteramente a su disposición. En los casos en que los litigios por colusiones o abusos de posición dominante se inicien antes de que el procedimiento administrativo concluya (o incluso antes de que se inicie), creo que se deberá a que el demandante considere necesario plantear una solicitud de medidas cautelares de cesación.

5. *Ineficacia de las acciones colectivas.* La LDC no ha reformado en ningún punto la regulación contenida en la LEC sobre acciones colectivas, esto es, el conjunto de disposiciones aplicables en caso de acciones para la defensa de intereses colectivos o de intereses difusos. Ahora bien, resulta indiscutible que dichas disposiciones son aplicables en materia de Derecho de la competencia. Es más, una vez abierta la puerta a que las pretensiones de daños se ejerciten sin necesidad de esperar a la firmeza de las decisiones administrativas, el Derecho de la competencia es un ámbito muy señalado, si no el que más, para el ejercicio de acciones en defensa de intereses colectivos y difusos. Lo que en la terminología ya común en el Derecho comparado se conoce como “effective collective redress”, el Derecho de la competencia es uno de los paradigmas.

Naturalmente, se puede pensar que mejor es contar con algún tipo de regulación de acciones colectivas que no contar con ninguna. Y justo es reconocer que la incorporación de previsiones a este respecto en el momento de elaboración de la LEC fue un avance. Y, sin embargo, el tiempo transcurrido demuestra que también en este aspecto (que no afecta sólo al Derecho de la competencia) hay aspectos mal legislados y muchos sin legislar. La efectividad de un sistema de acciones colectivas exige transformaciones de grandísimo calado. Y exige un cambio de mentalidad por parte de todos. Sobre todo, aunque parezca una paradoja, por parte de los potenciales demandados. La gran empresa española haría bien en entender que promover un modelo eficaz de acciones colectivas no es algo que la perjudique. El ejemplo del medio ambiente nos puede

valer: hoy por hoy los empresarios entienden perfectamente la necesidad de la legislación medioambiental y son los primeros en desear que se persiga y castigue al incumplidor, al que miran como un competidor desleal. Lo mismo vale para las acciones colectivas en todos los ámbitos y en el que ahora nos ocupa del Derecho de la competencia. Es preferible un sistema bien diseñado y eficaz a un sistema plagado de imperfecciones. El segundo lo que genera es incertidumbre sobre los resultados, que es lo peor para el sistema económico.

No voy a intentar describir con detalle esas imperfecciones e ineficacias del modelo español de acciones colectivas, cosa que excede con mucho del modesto objetivo de estas líneas. Desde mi punto de vista es, sin duda, el gran tema de la justicia civil del siglo XXI. Me limitaré a decir que tenemos que incorporar al carro del debate que se está generando actualmente en toda Europa. Apuntaré meramente alguna de las grandes cuestiones a discutir en materia de acciones colectivas: i) la conveniencia de permitir, aun con límites, un sistema de “contingency fees” y, más en general, de contemplar y promover sistemas de financiación (seguros y préstamos); ii) la conveniencia de permitir, al menos parcialmente, condenas por “daños punitivos”; iii) la conveniencia de promover no sólo acciones colectivas por parte de entes representativos, sino genuinas “class actions”, en las que baste la presencia como demandantes de algunos de los miembros de una “clase”. Entiéndaseme bien: no estoy propugnando una traslación absoluta y sin matices del sistema norteamericano de acciones de clase,

daños punitivos y honorarios. Pero la inacción tampoco es una receta. La globalización económica también afecta a los sistemas jurídicos y, dentro de ellos, a los sistemas de justicia civil. Cabe hablar de una suerte de “mercado de jurisdicciones”. Si los europeos nos mantenemos en la inacción, lo que sucederá (está sucediendo ya) es que los sistemas eficientes de justicia civil supraindividual o colectiva prevalecerán. Ante infracciones graves del Derecho de la competencia con afectados en varias jurisdicciones, la reclamación surgirá en aquella que ofrezca mayores alicientes. Ante esto cabe esconder la cabeza como el avestruz o ponerse en marcha y diseñar un sistema competitivo.

Hoy por hoy, las posibilidades de que se planteen acciones colectivas de daños y perjuicios por violaciones del Derecho de la competencia en España son muy escasas. Vaticinar implica el obvio riesgo de errar, pero la impresión es que las únicas acciones de daños que veremos, mientras no cambien esencialmente algunas claves del sistema, serán las que den lugar a litigios por colusiones y abusos de posición dominante planteados entre empresas con no muy desigual potencial y recursos.

6. *Clemencia y responsabilidad por daños.* Como es sabido, una de las grandes novedades de la LDC es la creación de un “procedimiento de clemencia”. Como señala la exposición de motivos de la LDC, las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para la investigación, siempre y cuando cesen en su conducta infractora y

no hayan sido los instigadores del resto de miembros del acuerdo prohibido, podrán ser exoneradas del pago de la multa. Asimismo, cabe la reducción de la multa a las empresas que colaboren pero no cumplan los requisitos para la exención total. Pues bien, resulta claro que la clemencia afecta a la sanción, pero no a la responsabilidad civil. Cabría pensar que esto es un contrasentido, puesto que es un desincentivo para las empresas a la hora de tomar la decisión de acogerse al procedimiento de clemencia. Sin embargo, a poco que se reflexione, el contrasentido, incluso lo aberrante, sería lo contrario. Los sistemas de clemencia no pueden abarcar la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, pues ello supondría obtener un resultado de interés público a costa del derecho al resarcimiento de los particulares. La empresa que se acoja al sistema de clemencia debe ponderar este extremo. Por ello, siendo de todo punto razonable y necesario el sistema de clemencia, sus efectos no deben extenderse a la responsabilidad por daños. Y, en lo que me interesa subrayar, esto ha de ser así no sólo en la letra de la ley, sino en su aplicación práctica. Los reguladores han de adoptar en los procesos civiles de daños la misma actitud en los casos en que la demandada sea una empresa acogida al procedimiento de clemencia que en los demás casos. Ni el demandante debe encontrarse con dificultades mayores ni el demandado con mayores facilidades, en lo que a la conducta del regulador se refiera, por el hecho de que el demandado sea “beneficiario” de un procedimiento de clemencia.

Así pues, la premisa ha de ser, a mi juicio, que los perjudicados no deben verse afectados por la clemencia y que el regulador

debe comportarse siempre igual. Lo que cabría plantearse es la conveniencia de establecer que quien se acogió al procedimiento de clemencia pueda, sin perjuicio de responder solidariamente frente a los perjudicados junto con los demás miembros del cártel, repetir frente a éstos por las cantidades que haya tenido que pagar.

7. *La prueba del ilícito.* El principal problema con que se va a encontrar el potencial demandante ante un Juzgado de lo Mercantil por conducta colusoria o por abuso de posición dominante es la prueba de la conducta ilícita. El arsenal de herramientas de obtención de fuentes de prueba es en el Derecho procesal civil español más que escaso. La diferencia entre el “public enforcement” y el “private enforcement” es en esto abismal. El regulador cuenta con potestades administrativas de investigación muy considerables; y aún así considera necesario contar con la colaboración activa de alguno de los infractores a través del procedimiento de clemencia. El particular cuenta con apenas nada. Desde luego, no cuenta con nada parecido a un “discovery”. Las reglas sobre exhibición de documentos son en este punto insuficientes.

Hoy por hoy, a mi juicio, quienes se propongan demandar sólo cuentan con dos herramientas para intentar antes de demandar algún tipo de averiguación. La primera es el artículo 732.2 LEC, que permite la adopción “inaudita parte” de diligencias de comprobación de hechos en relación con medidas cautelares de prohibición o cesación de actividades ilícitas. La segunda, más rebuscada, consiste en entender que las diligencias de comprobación de hechos

reguladas en los artículos 129 y ss. de la Ley de Patentes y aplicables en materia de competencia desleal en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Competencia Desleal, son también aplicables en los procesos por conductas colusorias y por abusos de posición dominante. Al fin y al cabo, las pretensiones por colusiones o abusos de posición dominante podrían ser formuladas también como ilícitos concurrenciales por infracción de normas.

Con tan escasos mimbres resultará muy difícil hacer un cesto, sobre todo uno tan complejo como la prueba de colusiones o abusos de posición dominante. Los abogados expertos en Derecho de la competencia, conocedores de los entresijos de los procedimientos ante los reguladores, seguramente se estremecerán ante lo poco que brinda la legislación procesal civil. De ahí el vaticinio hecho con anterioridad de que en muchos casos los demandantes esperarán a la resolución administrativa del regulador (no a su firmeza). Si el interés del demandante es el resarcimiento de los daños, con toda lógica esperará a que el regulador le allane el camino en lo que respecta a la existencia del ilícito. Si el interés del demandante es obtener de manera rápida la cesación por vía cautelar, incluso antes de que el regulador se haya siquiera puesto en marcha, será cuando nos encontremos con la cuestión apuntada. De nuevo quien vaticina corre el riesgo de equivocarse, pero la impresión es que las grandes batallas probatorias ante los Juzgados de lo Mercantil sin contar con material obtenido previamente por los reguladores se van a dar en procedimientos cautelares de cesación.

8. *La prueba del daño.* El segundo gran problema con que se van a encontrar los demandantes es la prueba del daño. No creo que sea necesario extenderme en las inmensas complejidades de este extremo en litigios sobre conductas colusorias y abusos de posición dominante. Y aquí el regulador no cuenta, porque su actividad y, por tanto, sus resoluciones no abarcan este extremo. En este punto me limitaré a enunciar algunos problemas. Evidentemente en estos casos en el seno del litigio se producirá una "batalla pericial" de grandes dimensiones, donde la sofisticación y experiencia resultarán decisivas. Pero habrá que contar con las rigideces que nuestra LEC impone a las demandas ilíquidas o con bases de liquidación (art. 219 LEC). Los problemas periciales no sólo serán de métodos de cálculo, sino de bases de cálculo. Es obvio que una de las grandes defensas de los demandados en los casos en que los demandantes sean otras empresas será que éstas repercutieron los supuestos daños en sus precios a los consumidores y usuarios finales.

9. Mas sin perjuicio de todo lo expuesto, y aun habiéndome dedicado en estas breves y muy incompletas páginas a ilustrar las dificultades con que se van a encontrar los litigantes de pleitos por conductas colusorias y abusos de posición dominante, mi impresión es que entre los grandes litigios mercantiles de los próximos años, muchos, si no la mayoría, van a ser litigios de Derecho de la competencia. No estamos particularmente bien armados para afrontarlos, pero habrá que hacer cestos con estos mimbres. Particular relevancia tendrá que los Jueces de lo Mercantil perciban las complejidades de los sustratos fácticos de este tipo de controversias. Y también

el “modus operandi” de la abogacía, sobre todo de los abogados especialistas en Derecho de la competencia. Es evidente que el cambio de mentalidad se impone. Han de pasar de lidiar sólo con los reguladores, que no es poco, y a litigar desde los despachos en largos y absolutamente escritos procedimientos contencioso-administrativos, a un mundo totalmente distinto, en el que han de litigar ante Jueces de lo Mercantil y conocer los entresijos de un modo de litigar distinto. Se impone para los asuntos de gran envergadura la creación de equipos multidisciplinares de abogados de competencia y litigantes generalistas, con capacidad de actuar en varias jurisdicciones y acceso a los mejores peritos del mundo. Ese es el reto.

Defensa de la competencia y seguridad jurídica en la actuación empresarial

1. La modernización del derecho de defensa de la competencia

El 17 de julio de 1989, las Cortes Españolas aprobaron la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, sentando las bases para la aplicación del derecho de defensa de la competencia moderno en

* Es socio en la oficina de Madrid del despacho Uría Menéndez, despacho al que se incorporó en 1992, tras haber estado asesorando a varios organismos públicos españoles en temas europeos. Actualmente dirige el Grupo de Práctica de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea de Uría Menéndez. Además, es profesor de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea en el Instituto de Empresa y la Universidad Pontificia Comillas, en Madrid. Participa habitualmente como ponente en seminarios profesionales y conferencias relacionados con su área de práctica.

** Es Asociado Senior en la oficina de Madrid del despacho Uría Menéndez. Se incorporó al Despacho en 2002, habiendo trabajado en el Grupo de Práctica de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea en las oficinas de Bruselas y Madrid. También ha trabajado nueve meses en el departamento de Derecho de la Competencia en la oficina de Nueva York del Despacho Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom.

España. Esta Ley, actualizando el magro legado de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia y asumiendo, de una vez por todas, el acervo comunitario en materia de competencia, ha sido el instrumento jurídico que ha permitido situar la aplicación del derecho de defensa de la competencia en España en el ámbito de los estándares europeos.

Esta sintonía entre derecho nacional y comunitario, a salvo del mantenimiento puntual de ciertas peculiaridades, más anecdóticas que significativas, se ha preservado más o menos íntegra hasta el proceso de reforma o “modernización” iniciado por la Comisión Europea en abril de 1999 mediante la elaboración de un Libro Blanco que identificaba los cambios que se habían producido en la aplicación de la defensa de la competencia en la Unión Europea en los últimos cuarenta años y diseñaba un plan estratégico para afrontar los retos que esta evolución planteaba junto a los derivados de su ampliación a nuevos Estados.

En esos momentos la mayoría de Estados miembros ya habían aprobado normativas modernas de defensa de la competencia, inspiradas esencialmente en las normas comunitarias de defensa de la competencia y control de concentraciones creando, a imagen y semejanza de la Comisión Europea, autoridades administrativas especializadas en esta materia que han podido desarrollar un notable know-how y una extensa jurisprudencia en la aplicación tanto de las normas nacionales como de las comunitarias. Asimismo, las decisiones de la Comisión Europea y las Sentencias del Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas se fueron consolidando como guías a seguir por las autoridades de los Estados miembros, abarcando casi todas las materias relativas a esta rama del Derecho. Esta realidad, unida a la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados, culminada en 2004, obligó a las instituciones comunitarias a replantearse la estructura del sistema de aplicación de las normas de competencia del Tratado de la Comunidad Europea (“Tratado CE”) y emprender un arduo y difícil camino de modernización que culminó en 2004 con la entrada efectiva en vigor del Reglamento 1/2003¹ y del Reglamento 139/2004².

Desde el punto de vista cualitativo, este proceso de modernización ha supuesto la “mayoría de edad” del derecho de la competencia europeo. La aproximación tradicional a la política de defensa de la competencia primaba la intervención administrativa previa frente a cualquier otra garantía de cumplimiento. Así, la Comisión Europea (y en España, el Tribunal de Defensa de la Competencia) mantenía un monopolio en la aplicación de las normas de competencia. Esta centralización administrativa garantizaba, por un lado, la aplicación coherente y uniforme de estas normas y, por otro, la seguridad jurídica de las empresas, que tenían

1 Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOUE 2004 L 1/1).

2 Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE 2004 L 24/1).

en los pronunciamientos de estas autoridades una garantía en la aplicación de estas normas.

Sin embargo, este sistema presentaba algunas disfunciones. Por una parte, la tutela administrativa sobre los acuerdos restrictivos implicaba que las autoridades administrativas debían invertir elevados recursos en el control de la aplicación ordinaria de las normas de competencia, detrayendo recursos significativos para la investigación de las infracciones potencialmente más graves. Por otra parte, la exclusividad en la aplicación de estas normas por los órganos administrativos llevaba aparejada la práctica exclusión de los tribunales civiles y convertía las posibles acciones de daños por infracciones de derecho de la competencia en largos procedimientos judiciales que podían no resolverse hasta más de diez años después de cometida la infracción.

Con la mirada puesta en el modelo de aplicación de derecho de la competencia en los Estados Unidos, la Comisión Europea adoptó la decisión de emancipar a las empresas de la tutela de esta institución y adoptar dos pasos de gran relevancia práctica:

- (i) sustituir el régimen de autorización de acuerdos entre empresas por un régimen de auto-evaluación, en el que cada empresa debe ser responsable de la evaluación de sus conductas, y
- (ii) descentralizar la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, permitiendo su aplicación directa por jueces y autoridades nacionales.

Tras unos años de necesaria adaptación, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y su Reglamento de aplicación³ han culminado el ejercicio imprescindible de actualización por el legislador español para alinear los presupuestos y principios básicos del derecho de defensa de la competencia españoles con el nuevo modelo comunitario.

La Ley de 2007 ha restaurado, pues, la armonía entre los modelos español y comunitario de defensa de la competencia, pero, al hacerlo, también ha puesto de manifiesto algunos efectos del cambio de sistema.

2. Reflexiones desde el otro lado del Atlántico o los peligros de la “importación jurídica”

Desde la Comisión Europea no se ha ocultado nunca que la inspiración de una parte significativa de estas medidas se encuentra en los Estados Unidos de América, país en el que las normas de defensa de la competencia, ya centenarias, han permitido consolidar una intensa aplicación judicial (“privada”) que dota de un gran dinamismo a esta rama del ordenamiento jurídico.

En efecto, la vigorosa aplicación privada de las normas de defensa de la competencia por los jueces y tribunales norteamericanos a lo

³ Aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de 2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

largo de más de cien años ha supuesto la popularización de estas normas entre los consumidores y operadores económicos, que las perciben como un elemento de protección frente a infracciones. Pero también se ha convertido en un poderoso mecanismo disuasorio para evitar infracciones (distorsiones del mercado) y las empresas son más conscientes de las consecuencias que la inobservancia de estas normas puede suponer en términos económicos y de prestigio.

De este modo, en los Estados Unidos la litigiosidad privada en relación con normas de defensa de la competencia supone un control permanente y descentralizado de las posibles actividades anti-competitivas de las empresas. Esta situación permite, por tanto, a los órganos administrativos de control (Comisión Federal de Comercio y División "Antitrust" del Departamento de Justicia) focalizar su actividad en la investigación de los casos con efectos más graves en los mercados. De hecho sólo la cuarta parte de las demandas privadas por infracción de las normas de defensa de la competencia en los Estados Unidos se refieren a casos previamente iniciados por los organismos encargados de la aplicación de estas normas ⁴.

Sin embargo, las enormes diferencias entre la cultura legal norteamericana y la cultura legal europea continental hacen que los éxitos alcanzados en aquel país en la persecución de las conductas

anticompetitivas sean difícilmente exportables a la Unión Europea. La inspiración que pueda derivarse de las historias de éxito que nos llegan del otro lado del Atlántico debe de ser valorada muy cuidadosamente, al objeto de evitar el fracaso de un trasplante demasiado precipitado o en exceso literal.

En efecto, en los Estados Unidos de América tanto las agencias responsables como los particulares deben recurrir a la jurisdicción ordinaria para determinar la existencia de una infracción. En el modelo continental, existe una dicotomía de procedimientos, lo que motiva que pueden, en teoría, existir disfunciones entre los diferentes procesos respecto de una misma conducta.

Por ejemplo, en el caso de una infracción de las normas prohibitivas de acuerdos restrictivos, la empresa presuntamente infractora podrá alcanzar un acuerdo transaccional con las autoridades que será sancionado por un juez y al que, en principio, podrían sumarse los perjudicados. En el sistema continental europeo, por ejemplo, la transacción entre un presunto infractor y la autoridad sólo tiene efectos en el procedimiento administrativo, sin que sea inmediatamente trasladable a la vía civil en la que los particulares puedan tener un interés en la resolución.

Otro ejemplo de esta divergencia lo constituye la obligación legal, vigente en los Estados Unidos, de que los afectados por daños causados por una infracción de las normas de la competencia percibieran automáticamente el triple de los daños acreditados ante un

⁴ Posner, R., *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 47.

tribunal⁵. Esta solución, dirigida a incrementar el efecto disuasorio de estas normas puede tener un difícil encaje en los sistemas de responsabilidad aquiliana (por daños) de los países del continente europeo.

3. El abandono del régimen de autorización singular

Como se ha avanzado, una de las novedades más importantes de la Ley de 2007 es el abandono del régimen de autorización singular, vigente con la Ley de 1989. El precedente obvio e inmediato para este cambio se encuentra ineludiblemente en el mencionado Reglamento 1/2003.

Este Reglamento comunitario ha venido a sustituir al veterano Reglamento 17/1962, y ha supuesto un cambio de gran calado en la aplicación de la normativa comunitaria de competencia tanto desde el punto de vista procedimental como institucional. El Reglamento 1/2003 introduce reformas muy importantes, la mayoría de ellas de procedimiento e institucionales, entre las que destacaba la instauración de un nuevo régimen de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

Este nuevo sistema de autoevaluación conlleva un cambio trascendental en la forma de actuar de los operadores económicos. A diferencia de lo ocurría con el antiguo procedimiento de autorización, los

operadores económicos deben decidir internamente si los acuerdos o contratos que vayan a firmar y que sean susceptibles de infringir el artículo 81(1) del Tratado CE pueden beneficiarse de la exención prevista por el apartado tercero de este artículo, sin contar con la posibilidad de notificar previamente el acuerdo a la Comisión para su evaluación a través del régimen de autorización singular.

La Ley de 2007 ha incorporado este sistema con las mismas características que el Reglamento 1/2003. El régimen de autorización singular implantado de la Ley de 1989, que requería el proceso de notificación y autorización de los acuerdos por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, se abandona por un sistema de autoevaluación por parte de las empresas, en un sistema análogo al establecido en la norma comunitaria europea.

En líneas generales, este cambio constituye uno de los puntos de la reforma que mayores voces críticas ha suscitado al considerarse, con razón, que conlleva elevadas dosis de incertidumbre para la actuación empresarial. El nuevo régimen de autoevaluación impone a los operadores económicos el análisis de estos acuerdos, obligándoles a asumir la realización de un análisis económico que, en ocasiones, no está exento de inseguridad en cuanto a la posición que las autoridades puedan manifestar ante una cuestión concreta.

Sin embargo, centrar exclusivamente el análisis de esta cuestión en la inseguridad jurídica sería erróneo. En realidad, los riesgos temidos se encuentran limitados por varios motivos.

⁵ Artículo 4 de la Clayton Act (15 U.S.C. §15).

En primer lugar, la actuación de la Comisión Europea, el Tribunal de Defensa de la Competencia y los Tribunales comunitarios y españoles en estas últimas décadas ha generado una extensa jurisprudencia que abarca casi todo tipo de conductas y sectores, por lo que un buen número de prácticas susceptibles de beneficiarse de la exención del apartado tercero del artículo 1 de la Ley de 2007 habrán sido ya evaluadas por las autoridades de defensa de la competencia y tanto las empresas como sus asesores pueden encontrar ciertas referencias orientadoras de la legalidad o ilegalidad de las mismas.

Asimismo, la Comisión Europea ha recopilado la doctrina y jurisprudencia desarrollada en estas últimas décadas en una serie de principios y orientaciones a este respecto en una Comunicación en la que hizo públicas sus Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁶. Estas Directrices, que forman parte del paquete de modernización, constituyen una inestimable ayuda para clarificar aquellos conceptos y principios que aun permanecieran dudosos y que la Comisión Nacional de la Competencia debería asumir como propios no sólo en la aplicación de dicho artículo sino también de la Ley de 1989.

Además, respecto a los nuevos casos que se puedan plantear, la Comisión Europea ha elaborado una Comunicación sobre

orientaciones informales⁷ cuya filosofía es establecer una comunicación entre las partes y la Comisión Europea para aquellos tipos de acuerdos o contratos en los que no existan precedentes.

Por último, la Comisión Europea también ha plasmado en diversas partes de las Comunicaciones que acompañan al Reglamento 1/2003 su intención de aplicar multas simbólicas en aquellos casos que sean novedosos y en los que las empresas hubieran carecido de guías claras para determinar la legalidad o no de su actuación desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia.

Tanto la posibilidad de ofrecer orientaciones informales como la de aplicar multas simbólicas a situaciones novedosas son dos iniciativas comunitarias que sería conveniente trasladar a nivel nacional, en aras a incrementar la seguridad jurídica de las empresas respecto a aquellas actuaciones en las que no existan precedentes claros o, con suficiente grado de similitud, para determinar mediante un ejercicio de autoevaluación la legalidad o ilegalidad de las mismas. En cualquier caso, los operadores económicos ya estaban aplicando de hecho un sistema similar a la autoevaluación (aunque de manera parcial) en la interpretación de los Reglamentos de exención por categorías publicados por la Comisión Europea.

⁶ DOUE 2004 C 101/97.

⁷ Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (DOC 101 de 27 de abril de 2004, pág. 78).

Por otro lado, resulta claro que son diversos los beneficios derivados de la eliminación del régimen de autorización singular, en particular, a la hora de racionalizar los recursos de las autoridades administrativas y permitirles centrar sus esfuerzos en la persecución de las prácticas más dañinas para el funcionamiento competitivo de los mercados y una mayor homogeneidad entre los sistemas español y comunitario.

Así pues, el cambio de sistema es, en principio, positivo. Sin embargo, esta valoración no puede ignorar el coste en términos de seguridad jurídica para las empresas que se deriva de la transición de un modelo a otro.

Esta pérdida de seguridad jurídica debe ser reconocida por la Comisión Nacional de la Competencia y por los tribunales en la aplicación práctica del nuevo régimen y, por ejemplo, llevar asociada un valoración positiva para aquellos casos en los que las empresas hayan decidido, de buena fe y de manera diligente, poner en marcha programas de autoevaluación para asegurar la compatibilidad de sus actuaciones con las normas de defensa de la competencia. En aquellos casos en los que, a pesar de haber actuado de buena fe y de forma diligente, la empresa haya errado en su diagnóstico, los órganos responsables deberían ser sensibles a estos esfuerzos, por ejemplo, en forma de una reducción importante, o incluso eliminación, de la posible multa. No cabrá hablar en estos casos de una culpa o negligencia (grave o leve) que justifique una responsabilidad administrativa o civil y la consiguiente carga económica en términos de multa o de indemnización.

Sólo a través de esta interpretación flexible puede lograrse, aunque sea de manera temporal un equilibrio adecuado entre las ganancias de eficacia derivadas del abandono del régimen de autorización singular y la imprescindible salvaguarda de la seguridad jurídica en las actuaciones empresariales, igualmente necesaria para un correcto funcionamiento de los mercados

4. El incremento de los poderes de investigación de acuerdos de precios o de reparto de mercados

4.1. El principal objetivo de las autoridades de defensa de la competencia

La prioridad en la lucha contra los acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercado o clientes (cárteles) ha sido siempre una constante en la aplicación de las normas de defensa de la competencia y viene refrendada por el análisis económico. En esta sede las autoridades de competencia de todo el mundo han alcanzado un consenso respecto a que los cárteles constituyen, al menos en el plano teórico y de una forma genérica, la práctica prohibida que mayores efectos dañinos puede desplegar tanto sobre el funcionamiento competitivo de los mercados como sobre los consumidores.

En todo caso, no debe olvidarse que los efectos reales sobre la competencia pueden diferir notablemente de unos cárteles a otros existiendo, incluso, experiencias en las que un determinado cártel no llegó a afectar de manera alguna a los consumidores. Además,

algunos acuerdos entre competidores pueden incluso ser procompetitivos, como demuestran los reglamentos de exención por categorías de acuerdos de cooperación horizontal publicados por la Comisión Europea (automáticamente asumidos en la legislación interna en aplicación del Artículo 1(4) de la Ley de 2007)⁸.

Al margen de estas circunstancias puntuales, se afirma que los acuerdos entre competidores para la fijación de precios o el reparto de mercados no pueden estar justificados con base en argumentos de eficiencia económica trasladable a los consumidores y que, por tanto, se trata de prácticas prohibidas en sí mismas, al margen de los efectos concretos que desplieguen, por las legislaciones de defensa de la competencia de los países más desarrollados.

Asimismo, la experiencia muestra que el cártel es un tipo de infracción que presenta una especial complejidad para que la autoridad o los consumidores puedan detectar su existencia y acceder a la documentación probatoria correspondiente. Mientras en el caso de los expedientes relacionados con abusos de posición de dominio es habitual que la disputa entre la autoridad de competencia y las partes afectadas se refiera a la calificación jurídica de los hechos o

la correcta delimitación de conceptos jurídicos importantes como la definición del mercado relevante, la existencia o no de posición de dominio o el carácter abusivo de la conducta enjuiciada; en el caso de los cárteles, no ocurre lo mismo. La complejidad de los expedientes y procedimientos judiciales en estos asuntos no suele girar en torno a la calificación jurídica de las conductas sino a la existencia o no de documentación o pruebas suficientemente acreditativas de los hechos denunciados.

Esta circunstancia ha provocado, en ocasiones, que las autoridades de competencia rebajaran notablemente los requisitos probatorios acudiendo únicamente a meros indicios provocando una cierta inseguridad jurídica en la actuación de los operadores económicos. El Tribunal Supremo ha dado cobertura, en diversas ocasiones, a esta prueba de indicios, incluso, en casos de aplicación de las normas de competencia. Pero, en todo caso, es importante que en los casos de cárteles las autoridades de competencia sean extraordinariamente respetuosas con el principio de presunción de inocencia.

Los principios mismos del sistema legal español imponen que ninguna empresa pueda ser sancionada por una práctica de este tipo si no existen pruebas suficientes que evidencien su participación en el acuerdo. Recurrir a la prueba de indicios debe ser, en todo caso, un recurso excepcional y no una práctica habitual de las autoridades de competencia, y debe fundamentarse en una interpretación de las circunstancias caso a caso, sin que sea posible extrapolar conclusiones entre situaciones con circunstancias diferentes.

⁸ Véanse el Reglamento 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DOCE 2000 L 304/3) y el Reglamento 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DOCE 2000 L 304/7).

Además, debe evitarse la tentación de utilizar figuras como la prohibición de las conductas conscientemente paralelas, prevista por el artículo 1 de la Ley de 2007, para rebajar el estándar de prueba aplicable a los acuerdos entre competidores.

Estos argumentos, que eran ya válidos en relación con la Ley de 1989, resultan, en este momento más importantes, si consideramos que la Ley de 2007 realiza un esfuerzo importante para dotar a la Comisión Nacional de Competencia de instrumentos poderosos de investigación para luchar contra los cárteles y traslada a nuestro modelo los programas de reducción o exención de multas.

4.2. Las nuevas facultades de investigación de las autoridades

A la vista de todas estas cuestiones, durante el proceso de modernización del derecho comunitario y el posterior procedimiento de reforma de la legislación nacional⁹, entre los objetivos específicos de la reforma se identificó, y dotó de clara prioridad, a la lucha más eficaz contra los cárteles. La Ley de 2007 aspira a alcanzar esta mayor eficacia, fundamentalmente, a través de un cuádruple instrumento:

- (i) la reducción de la carga potencial de trabajo de las autoridades a través de la implantación de un sistema de autoevaluación y la aplicación judicial directa de las normas de defensa de la competencia,
- (ii) el incremento del carácter disuasorio de las multas a imponer a este tipo de prácticas, mediante su calificación de muy graves,
- (iii) la dotación a la Comisión Nacional de la Competencia de mayores poderes e instrumentos de investigación, y
- (iv) la puesta en marcha de un programa de exención y/o reducción de multas, similar al aplicado por la Comisión Europea.

El antiguo Servicio de Defensa de la Competencia ya disponía, bajo la vigencia de la Ley de 1989, de potestades de investigación muy amplias, pudiendo, por ejemplo, personarse sin advertencia previa en cualquiera de los locales de una empresa, registrar ficheros y archivadores, rastrear archivos informáticos y servidores, precintar estancias o armarios, revisar agendas personales y coches de empresa o solicitar explicaciones verbales a cualquier representante o miembro del personal de la empresa (y todo ello, incluso, sin la presencia de un abogado).

La Ley de 2007 amplía estos poderes otorgando a la Comisión Nacional de la Competencia incluso la facultad de acceder al domicilio particular de cualquier empleado de la empresa. Para ello, será preciso contar con el previo consentimiento del afectado o, en su defecto, con la correspondiente autorización judicial. Es preciso recordar

⁹ Como figuraba en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia publicado el 20 de enero de 2005. Puede consultarse en: <http://www.cncompetencia.es/PDFs/memorias/64.pdf>

que esta facultad, que también está prevista en el orden comunitario desde mayo de 2004, es utilizada por las autoridades comunitarias excepcionalmente y, en todo caso, con extraordinaria prudencia.

Es comprensible que cualquier autoridad de competencia intente buscar mecanismos para mejorar su eficacia en la lucha contra los cárteles pero, en cualquier circunstancia, esta mayor eficacia no debe obtenerse a expensas de una vulneración del imprescindible respeto a los derechos de defensa de las empresas. En un Estado de Derecho no es aceptable que los derechos de defensa se conviertan en víctima propiciatoria en aras de una mayor eficacia en la actuación de la Administración Pública, por muy loable que sea el objetivo perseguido, como es en este caso, el del funcionamiento competitivo de los mercados.

De ello se deriva necesariamente que la Comisión Nacional de la Competencia debe hacer uso de sus facultades de investigación con extrema precaución y responsabilidad, y garantizando, en todo caso, los derechos de las empresas afectadas por dichas inspecciones.

Por ejemplo, es necesario que, al inicio de cualquier inspección se ponga claramente de manifiesto el objeto específico de la misma y, de esta forma, se solicite información y documentación, y se interrogue a los empleados de la empresa inspeccionada, sobre cuestiones relacionadas exclusivamente con el objeto de la inspección. Si el objeto de la inspección es demasiado ambiguo o abierto, una petición indiscriminada de información o documentación

puede poner en riesgo el mantenimiento de la confidencialidad de los mismos y suponer una carga injustificada para las empresas.

Además, una actuación en exceso abierta de la Comisión Nacional de la Competencia puede llevar aparejada la anulación posterior de la resolución finalmente adoptada si los tribunales aprecian cualquier tipo de abuso.

En todo caso, en relación a los nuevos poderes de inspección, en la medida que afectan a derechos fundamentales de los inspeccionados (como puede ser la inviolabilidad del domicilio, consagrada en el artículo 18(2) de la Constitución Española) debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto hacia la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la entrada y registro domiciliario en el ámbito penal¹⁰.

Por ejemplo, la solicitud de autorización judicial necesaria para acceder al domicilio de una persona física debería contener, al menos, la identificación del funcionario autorizado para la entrada, la descripción precisa del objeto y finalidad de la inspección, una motivación suficiente de la existencia de indicios fundados objetivos de que en dicho domicilio pueden encontrarse documentos relacionados con la empresa y el objeto de la inspección que pueden servir para probar una infracción de especial gravedad. Esta

¹⁰ Entre otras, STC núm. 56/2003 (Sala Segunda), de 24 de marzo, y STC núm. 14/2001 (Sala Segunda), de 29 de enero.

solicitud deberá contener, igualmente, los motivos que justifiquen la imposibilidad o dificultad de obtener las pruebas acudiendo a medios alternativos menos onerosos y a la existencia de un riesgo cierto y real de que se dañen o destruyan pruebas de no procederse a dicha inspección domiciliaria.

Se trata de garantías habituales en cualquier investigación domiciliaria en el ámbito penal que parece razonable extender al campo de la aplicación de las normas de defensa de la competencia dado que el daño potencial ocasionado a la esfera jurídica del afectado no difiere de forma relevante de un ámbito a otro.

Junto a todo ello es preciso garantizar que el registro se haga en presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente y que se adoptarán las garantías y precauciones necesarias para no comprometer su reputación, y mantener confidencial la información recabada que no resulte relevante para el objeto y finalidad de la inspección.

Sólo una aplicación de estas facultades respetuosa con los derechos de los interesados logrará equilibrar la búsqueda de una mayor eficacia en la lucha contra los cárteles con el respeto a la seguridad jurídica, los derechos de defensa y otros derechos fundamentales de las empresas, y los individuos, afectados.

5. Las políticas de clemencia frente a la recuperación de los daños

5.1. La reducción o exención de multas a las empresas que colaboran en la inspección administrativa

La investigación de los cárteles está estrechamente vinculada a dos políticas esenciales en la modernización del derecho de la competencia comunitario y español: las políticas de clemencia y las políticas de recuperación de daños.

Las políticas de clemencia, exitosamente desarrolladas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos desde 1993, consisten en la adopción de mecanismos de exención de responsabilidad para empresas participantes en un cártel que denuncien la existencia del mismo y aporten a la investigación pruebas suficientes para su sanción bajo compromiso de inmunidad frente a multas. El motivo que inspira estas políticas reside en sembrar la desconfianza entre los miembros del cártel e incentivar a sus miembros a romper la colaboración secreta entre ellos.

La Comisión Europea adoptó este tipo de políticas desde 1996, con un considerable éxito en cuanto a la denuncia de cárteles¹¹. La

¹¹ La Comunicación original de 1996 ha sido modificada en dos ocasiones. Actualmente se encuentra en vigor la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DOUE 2006 C 298/17).

Ley de Defensa de la Competencia de 2007 expresamente ha previsto la aplicación de este tipo de programas en sus artículos 65 y 66, desarrollado posteriormente por los artículos 46 y siguientes del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia¹².

Por otro lado, los incentivos a las reclamaciones de daños son otro de los pilares en los que se cimenta la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia. En la medida en que los perjudicados por conductas anticompetitivas puedan obtener una compensación económica rápida y suficiente, mayor será el interés de las empresas en evitar estas reclamaciones.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, el artículo 4 de la Clayton Act¹³, dispone que la persona a quien se hubieran producido daños como resultado de una infracción de cualquier norma de derecho de la competencia tiene derecho a percibir, legalmente, el triple de los daños que hubiera sufrido (*treble damages*). Obviamente, esta posibilidad es muy atractiva para estimular la aplicación privada del derecho de la competencia, ya que los demandantes de daños tienen un poderoso incentivo para atacar comportamientos anticompetitivos en la vía civil.

¹² La reciente entrada en vigor de esta norma no permite en este momento realizar una valoración crítica de su desarrollo.

¹³ 15 U.S.C. §15.

La Unión Europea ha dado un paso muy significativo al permitir la aplicación judicial.

En relación con la normativa española, uno de los cambios más significativos de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 lo constituye la desaparición de la prejudicialidad administrativa del Artículo 13 de la Ley de 1989 y la aplicabilidad directa, por jueces y tribunales, de las normas de la Ley de 2007, sin necesidad de pronunciamiento previo de la Comisión Nacional de la Competencia¹⁴. En el régimen anterior, la intervención preceptiva de la autoridad administrativa competente a la hora de declarar una infracción de la normativa de competencia, garantizaba una unidad de criterio frente a la posibilidad de recuperar daños. Este sistema, sin embargo, conllevaba un largo proceso administrativo (generalmente seguido de otro largo proceso judicial) antes de que el damnificado tuviese siquiera la oportunidad de exigir al infractor los daños ocasionados por un comportamiento anticompetitivo en primera instancia. Este sistema suponía, en la práctica, la virtual inexistencia de este tipo de procedimientos.

La Ley de 2007 suprime este procedimiento previo y habilita a la jurisdicción ordinaria para conocer de infracciones de la competencia directamente, de manera que cualquier afectado por una

¹⁴ La Disposición Adicional Segunda de la LDC 2007 modifica el artículo 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil al objeto de introducir esta modificación.

práctica anticompetitiva puede dirigirse a un juez o tribunal a exigir el cese de la conducta y, en su caso, la indemnización que le pudiera corresponder. Este sistema busca incentivar la presentación de demandas privadas, de manera que los operadores perjudicados por una conducta anticompetitiva se conviertan en colaboradores de las administraciones públicas a la hora de aplicar una política de competencia de tolerancia cero. En efecto, los operadores económicos están en una mejor posición que las autoridades para detectar cualquier práctica anticompetitiva en el mercado (si bien son más sensibles a la tentación de elevar a infracción de normas de la competencia conflictos meramente privados).

Obviamente, el nuevo sistema conlleva una importante carga de incertidumbre, dado que, al margen de sutilezas procesales, la existencia de focos de decisión diferentes y, sobre todo, independientes, lleva indisolublemente aparejado el riesgo de resoluciones y sentencias diferentes, e incluso contradictorias, al menos durante el período que tarde en consolidarse una jurisprudencia definida.

Con independencia de estas consideraciones, lo cierto es que la dinamización de la aplicación privada de la Ley de 2007 puede constituir un elemento eficaz para la lucha contra las prácticas anticompetitivas

5.2. El equilibrio precario

A pesar de la importancia que las políticas de clemencia y de recuperación de daños tienen en la aplicación privada, la coexistencia entre ambas políticas se basa en un equilibrio precario que, pudiendo llevar a la anulación de la eficacia de estos mecanismos, introduce un nuevo elemento de incertidumbre en la aplicación privada del derecho de la competencia.

El punto clave de este equilibrio se encuentra en que la presentación de una solicitud de clemencia no supone más que la inmunidad frente a multas ante la autoridad o autoridades ante las que se ha presentado. En este contexto, la autoridad competente declarará la inmunidad de la empresa solicitante sólo tras haber declarado la infracción. Sin embargo, la solicitud de clemencia no supone (ni podría suponer) una inmunidad frente a reclamaciones de daños presentadas por terceros perjudicados y cuyo montante podría, eventualmente, superar la multa que previsiblemente cabría imponer al cártel.

En los Estados Unidos, los solicitantes de clemencia cuentan con un incentivo adicional: el compromiso de la autoridad de no instar acciones penales contra los infractores. Sin embargo, en la Unión Europea, y en España, donde las consecuencias de la investigación de las autoridades sólo llevan aparejadas la imposición de una multa, la presentación de una solicitud de clemencia presenta una mayor incertidumbre cuando puedan esperarse reclamaciones significativas por daños y perjuicios.

Consciente de este problema, la Comisión Europea ha propuesto algunas medidas. Sin embargo, la viabilidad jurídica de alguna de estas medidas propuestas es más que discutible.

Un ejemplo de estas medidas sería la inmunidad frente a reclamaciones por daños para el solicitante de clemencia. Lo que supone, en la práctica, que ciertos perjudicados no puedan obtener compensación por todos los daños sufridos o (si se opta por hacer responsables de estos daños a los otros operadores), que se vulnere el elemental principio de la responsabilidad del daño que preside cualquier sistema de responsabilidad extracontractual.

En efecto, en esta sede se impone que una persona está obligada a reparar el daño que cause. La primera opción mencionada deja desprotegidas a todas las personas que hubieran sido perjudicadas por el comportamiento específico de la empresa solicitante de clemencia. La segunda opción supondría imponer sobre los demás participantes en el cártel la obligación de indemnizar a los perjudicados por la empresa solicitante de clemencia, lo que claramente excede los principios de responsabilidad¹⁵ actualmente en vigor con carácter general.

¹⁵ En este sentido, incluso admitiendo una objetivación de la responsabilidad que hiciera al operador que no ha obtenido clemencia el responsable principal, nunca podría eliminarse la acción de repetición de éste contra el solicitante de clemencia.

Además, no está claro qué papel tendrían en este esquema las empresas que han obtenido una inmunidad parcial o una reducción significativa de sus multas.

Entre tanto, las empresas deben enfrentarse al dilema de valorar si es preferible la multa a las indemnizaciones. Por su parte, las empresas o consumidores perjudicados deben tener derecho a ser resarcidos por los daños ocasionados por una conducta anticompetitiva en su esfera privada. Las autoridades de competencia deben saber articular un sistema que sin lastimar este derecho sepan, al mismo tiempo, mantener los incentivos suficientes para dotar de la máxima eficacia posible a los programas de clemencia.

6. Conclusiones

Dentro de poco, la Ley de 2007 cumplirá un año de vigencia. Las razones que puedan determinar su éxito o su fracaso como herramienta para la defensa de la competencia están directamente vinculadas al desarrollo del Derecho Comunitario y al desarrollo de la aplicación judicial.

En cualquier caso, la modernización del derecho de la competencia ha supuesto una clara apuesta de las autoridades nacionales y comunitarias por primar la eficacia frente a la seguridad jurídica. Los mecanismos que se han desarrollado y las cuestiones pendientes de desarrollo apuntan a una dispersión en la aplicación del derecho de la competencia que lleva en sí, al menos de

manera temporal, una potencial diferencia en el tratamiento de problemas similares.

Las autoridades encargadas de esta aplicación deben ser conscientes de su responsabilidad en lograr una aplicación coherente y uniforme que proporcione a los operadores económicos la seguridad necesaria para garantizar el buen funcionamiento del sistema. Un excesivo celo en la implantación de figuras e instituciones de lucha contra las infracciones pueden tener el efecto contrario de obstaculizar el desarrollo de otros procedimientos. Por ello, se impone la necesidad de contrastar adecuadamente las ventajas e inconvenientes de cada figura.

En todo caso, ante los posibles conflictos potenciales que se deriven de la aplicación práctica de la nueva LDC, en relación a la búsqueda de la máxima eficacia de las actuaciones y la seguridad jurídica de las empresas y el respeto a sus derechos de defensa, los tribunales de justicia y la CNC deben hacer un esfuerzo para buscar en cada caso la solución más equilibrada. Del acierto en la búsqueda de este equilibrio dependerá, en buena medida, el éxito del nuevo modelo en el medio y largo plazo.

El efecto tiempo: eficacia vs seguridad jurídica

*Eficacia pro seguridad jurídica*¹

1. Introducción

En castellano empleamos el término “versus” como sinónimo de confrontación, para contraponer conceptos. Algunos filólogos sostienen que esta acepción de versus no deja de ser un barbarismo importado del mundo anglosajón, al parecer por periodistas deportivos, que a su vez lo tomaron del lenguaje jurídico inglés. Etimológicamente en su origen latino “versus” es una preposición

* Inmaculada Gutiérrez Carrizo es licenciada en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid. Ingresó en el Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado en el año 1992. Ha desempeñado diversos puestos en la administración, siempre relacionados con el análisis de la regulación de mercados y con la defensa de la competencia. En el año 2001 pasó a trabajar en el sector privado, en diversas consultoras económicas especializadas en competencia. En 2006 se reincorporó a la administración y fue nombrada Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, pasando a ser Consejera de la Comisión Nacional de Competencia a raíz de la entrada en vigor de la Ley 15/2007.

¹ La autora quiere agradecer a Rafael García Monteys y a Julio Costas Comesaña sus comentarios y aportaciones a este artículo. Los puntos de vista y las conclusiones del mismo son de exclusiva responsabilidad de la autora y no comprometen la posición de la CNC.

que indica “hacia”, “lugar a donde nos dirigimos”. De hecho, este significado del término “versus” se conserva todavía en lengua italiana.

En materia de defensa de la competencia, resultaría más adecuado dar esta segunda acepción a la palabra “versus” cuando la intercalamos entre los conceptos de eficacia y seguridad jurídica. Y ello porque no es lógico plantearse estas dos cualidades en términos de confrontación. Ni un sistema ineficaz es capaz de reportar seguridad jurídica a los administrados, ni cabe calificar a un sistema de eficaz cuando adolece de falta de seguridad jurídica. Ambas propiedades deben conjugarse y afianzarse mutuamente.

Este ha sido sin duda uno de los propósitos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: reforzar la eficacia del sistema con pleno respeto a la seguridad jurídica de los administrados. No en vano tenemos en nuestro haber casi dos décadas de aplicación de la anterior norma, la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, además de toda la experiencia que dimana del sistema comunitario. El legislador ha tomado buena nota de todo ello y ha tratado con la reforma de diseñar un sistema donde ambas propiedades, seguridad jurídica y eficacia, se conjuguen de mejor manera.

En el presente artículo reflexionamos sobre estos aspectos. Primero, exponemos brevemente una interpretación de los conceptos de seguridad jurídica y de eficacia. Después profundizamos en las razones por las que consideramos que la relación entre ambos

conceptos no es de oposición. Por último, contrastamos esta hipótesis con la experiencia acumulada durante la vigencia del sistema desarrollado al amparo de la Ley 16/1989. Ello nos permitirá analizar cómo las mejoras introducidas en la Ley 15/2007 redundan en una mayor eficacia sin que a nuestro juicio la seguridad jurídica se deteriore, más bien al contrario.

2. Sobre los conceptos

2.1. Eficacia

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el término eficacia se define como la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera.

El conjunto de reglas e instituciones de defensa de la competencia tiene por objeto prevenir determinadas conductas que restrinjan la competencia con el efecto último de reducir el bienestar. Luego el sistema de defensa de la competencia será eficaz en la medida en que prevenga esas conductas capaces de obstaculizar la competencia con un resultado dañino desde el punto de vista del interés general.

A la eficacia del sistema contribuyen múltiples factores que podemos agrupar en seis categorías: cuestiones de diseño sustantivo del sistema, instrumentos de disuasión y prevención, procedimientos, control jurisdiccional, organización institucional y recursos humanos.

a) *Diseño sustantivo.* Dado que el fin último del sistema es evitar las conductas que reducen la competencia con un coste significativo en términos de bienestar económico, el marco normativo debe tipificar y sancionar las conductas que son realmente nocivas, minimizando el riesgo de errores, tanto positivos falsos (sancionar conductas que realmente no perjudican al bienestar) como negativos falsos (dejar “escapar” conductas que realmente sí son nocivas). Pese a que el sistema español cuenta con ciertas particularidades, lo cierto es que la Ley 16/1989 se sumó a la tipificación de las conductas que el Tratado de la Unión Europea contiene. En cuanto a la aplicación de la norma, es indudable que las autoridades españolas han tendido a reflejar en sus decisiones la doctrina comunitaria.

b) *Instrumentos de disuasión y prevención.* El sistema de defensa de la competencia requiere de instrumentos que contribuyan a evitar que se produzcan las conductas tipificadas. Para que estos instrumentos sean efectivos es conveniente tener en cuenta en su diseño cuáles son los factores que influyen en la frecuencia y gravedad de las conductas. Al menos hay que destacar tres variables:

- Ganancia: cuánto más gana el operador económico cometiendo la infracción.
- Riesgo: cuál es la probabilidad de que se descubra y se sancione la infracción.
- Coste: cuál es el coste que lleva aparejado ser descubierto.

Contribuyen a la eficacia del sistema aquellos instrumentos que reduzcan el beneficio esperado por cometer conductas prohibidas, aumenten el riesgo de ser “sorprendido” cometiéndolas e

incrementen el coste derivado de infringir la norma. En particular, se considera que una actuación de oficio activa y decidida o las políticas de clemencia son instrumentos que incrementan el riesgo de detectar conductas prohibidas. Por su parte, la imposición de sanciones y de condiciones estructurales o de comportamiento a los operadores económicos incrementan claramente el coste de infringir la norma. En este sentido, las sanciones en el ámbito de la defensa de la competencia tienen teóricamente un propósito disuasorio, porque con ellas se pretende evitar que los operadores consideren la conducta infractora asequible y rentable. Por último, las políticas de promoción de la competencia pueden reducir la capacidad para desarrollar comportamientos no compatibles con las reglas de un juego competitivo.

c) *Procedimientos.* Resulta necesario contar con procedimientos eficaces, esto es, procedimientos que contribuyan a que el sistema de defensa de la competencia prevenga las conductas restrictivas de manera efectiva. Para ello, los procedimientos deben resultar, en primer lugar, ágiles, porque si las decisiones no llegan a tiempo pueden perder su eficacia. En segundo lugar, dada la complejidad de las materias que a menudo se analizan, la agilidad debe conjugarse con la necesidad de un análisis riguroso de los asuntos. Por último, como no, los procedimientos deben ser transparentes y salvaguardar de manera adecuada los derechos de los interesados.

d) *Control jurisdiccional.* La eficacia del sistema también depende de un control externo adecuado. El hecho de que las decisiones de la autoridad de competencia estén sujetas a un control jurisdiccional contribuye a garantizar que las mismas estén adecuadamente

instruidas y fundamentadas. No obstante, para que este control resulte efectivo será necesario que a su vez el mismo se produzca sin un excesivo retraso, que se establezca sobre bases consistentes con los objetivos que la normativa de competencia busca y que se concentre en el menor número posible de órganos, para evitar problemas derivados de la dispersión doctrinal.

- e) *Organización institucional*. La eficacia del sistema depende del diseño institucional del órgano que va a administrarlo. Esta organización condiciona los procedimientos que se pueden diseñar y afecta a otras cuestiones vitales como los mecanismos de financiación del órgano y su independencia. Por otro lado, la independencia de los órganos de competencia con respecto al poder político asegura que se defienden los objetivos de la norma y no otros ajenos a ella. Es por ello que la eficacia de un sistema de defensa de la competencia puede verse comprometida por factores externos que pongan en cuestión la capacidad de actuación de la autoridad o autoridades que administran el sistema o la credibilidad de la institución.
- f) *Recursos humanos*. La composición de los órganos de competencia y la capacitación técnica de las personas que los componen influyen de manera crucial en la eficacia del sistema. Sin la adecuada capacitación técnica de los recursos humanos la eficacia del sistema se puede ver seriamente comprometida, incluso aunque los principios sustantivos, los instrumentos de disuasión y los procedimientos diseñados sean los óptimos.

2.2. Seguridad jurídica

El valor de la seguridad jurídica está proclamado junto con otros principios constitucionales, en el artículo 9.3 de la Constitución. *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

La seguridad jurídica es un principio del Derecho universalmente reconocido, que adquiere importancia a lo largo del siglo XIX coincidiendo con el proceso de positivación de los derechos humanos, así como con el desarrollo de la ciencia jurídica.

En palabras del Consejo de Estado, en su *Memoria 1992*, *“la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 CE significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un Estado de Derecho”*.

La seguridad jurídica se entiende por tanto como certeza práctica del Derecho, representa la seguridad de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás

para con uno. En la seguridad jurídica influyen los criterios técnicos que inspiran las normas, su capacidad de dar respuesta a las cuestiones que se plantean, su claridad, su publicidad y su estabilidad².

Más allá del ámbito meramente normativo, la seguridad jurídica es un principio que obliga a los poderes públicos en sus actuaciones. Así lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias³. De acuerdo con el Alto Tribunal, entendida en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone *“la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”*⁴. El Tribunal Constitucional también ha señalado que el principio de seguridad jurídica garantiza *“la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes”*⁵. Más en concreto, en el principio de seguridad *“está ínsita la confianza del ciudadano en que su caso o su pretensión será resuelta o merecerá la misma respuesta que se dio en casos anteriores e iguales. En él se imbrica el principio de igualdad. Y es precisamente por la interferencia del cambio en esos principios y derechos constitucionalmente reconocidos por lo que, para su salvaguardia, se impone la explicitación razonable y justificada de la*

2 Para un análisis al respecto ver SAINZ MORENO, F: *“Seguridad jurídica”*, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995, tomo IV, ed. Civitas.

3 Ver a este respecto RUBIO LLORENTE, F. *“Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)”*, Ariel Derecho, 1995.

4 STC 36/1991, FJ 5°.

5 STC 147/1986, FJ 4°.

*diferenciación, en armonía, por lo demás, con el deber judicial de motivar las Sentencias (art. 120.3 de la CE)”*⁶.

De estas Sentencias del Tribunal Constitucional se puede deducir que para que las actuaciones de los poderes públicos en general y, en particular, de los órganos de competencia respeten el principio de seguridad jurídica deben ser predecibles para satisfacer esa *“expectativa razonablemente fundada del ciudadano”* sobre cuál ha de ser la aplicación de la norma. Deben, además, asegurar la igualdad de trato, entendida como obligación de dar la misma respuesta a situaciones equivalentes, lo que lleva también implícito el respeto al principio de proporcionalidad.

Para que tales requisitos garantes de la seguridad jurídica – predecibilidad e igualdad de trato- se consigan, será conveniente que las actuaciones de las autoridades de defensa de la competencia reúnan una serie de garantías. En primer lugar, el marco normativo debe ser claro, porque con ello se reducirá el riesgo de arbitrariedad de las decisiones y aumentará la predecibilidad. En segundo lugar, las actuaciones han de tener un efecto cierto, porque de lo contrario se frustrarán la predecibilidad y la confianza de los agentes en el resultado de las actuaciones. En tercer lugar, han de ser transparentes, para fomentar esa predecibilidad. En cuarto lugar, se debe atender a las circunstancias del caso, para dilucidar de manera adecuada cuál es la respuesta que merece. A este respecto, el procedimiento debe

6 STC 120/1987, FJ 2°.

garantizar que las partes interesadas puedan poner de manifiesto lo que a su juicio constituyen tales circunstancias del caso.

3. ¿“Versus”?

El artículo 103 de la Constitución, en su apartado 1 nos dice que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”*. El principio de objetividad, compaginado con las ideas de eficacia y de sometimiento a la ley conducen, en aras de la seguridad jurídica, a una serie de criterios recogidos en la propia Constitución o en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) que vinculan a la Administración en sus actuaciones. En particular⁷:

- El sometimiento a un procedimiento administrativo⁸ que garantice su carácter contradictorio -el principio de audiencia, por tanto- y el principio de prueba plena⁹.

7 GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, JJ. Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo. Noticias Jurídicas. Abril 2005.

8 Art. 105.c) CE y art. 53 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

9 Los hechos en los que la Administración fundamente su resolución han debido ser comprobados por la Administración, según el art. 78 LRJAP-PAC.

- La resolución expresa del procedimiento administrativo¹⁰, obligación que se complementa con la técnica del silencio administrativo, a falta de resolución expresa.
- La obligación de motivar suficientemente las razones por las cuales se separa de su criterio anterior¹¹. De esta forma, aunque la seguridad jurídica no supone la vinculación de la Administración a sus decisiones precedentes, sí obliga a motivar las razones que le llevan a separarse de sus propios actos, por exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley.
- La obligación de publicar regularmente instrucciones y consultas en respuesta a peticiones de los administrados¹², para facilitar el conocimiento de sus criterios al interpretar y aplicar la ley.
- La falta de eficacia retroactiva de las resoluciones¹³.
- La imposibilidad de que la Administración revoque sus propios actos, salvo en los casos y con las garantías previstas para la revisión de los actos nulos y anulables¹⁴.
- La prescripción de las acciones, infracciones y sanciones administrativas, así como la imposibilidad de ejercitar las facultades de revisión de actos “cuando por prescripción de acciones, por el

10 Art. 42 LRJAP-PAC en su redacción dada por la Ley 4/99, de 13 de enero.

11 Art. 54.1.c) LRJAP-PAC, en su redacción por ley 4/99, de 13 de enero.

12 Art. 37.10 LRJAP-PAC.

13 Art. 9.3 CE y el art. 37 LRJAP-PAC. Este principio opera salvo cuando las Resoluciones se dicten en sustitución de actos anulados, o cuando produzcan efectos favorables para el interesado, siempre que los supuestos de hecho existieran ya en la fecha a la que se retrotrae la eficacia del acto y éste no lesione los derechos o intereses de terceros.

14 Arts. 102,103 y 105 LRJAP-PAC, redacción dada por ley 4/99, de 13 de enero.

tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”¹⁵.

Como no puede ser de otra manera, el sistema de defensa de la competencia, tanto bajo la Ley 16/1989 como con la norma vigente, observa estos principios, lo que garantiza un adecuado respeto a la seguridad jurídica de los administrados. Garantizada la seguridad jurídica conforme a los criterios de la propia Constitución y de la LRJAP-PAC, parece lógico que el diseño y ejecución del sistema tengan que procurar la eficacia del mismo.

Pese a que se satisfagan estas garantías, se percibe una cierta tendencia a reexaminar recurrentemente el nivel de seguridad jurídica del sistema y a contraponer este principio con el objetivo de que la norma sea eficaz. Recurriendo de nuevo a los anglicismos, se pretende hacer ver que existe entre ambos conceptos un *trade-off*, esto es, que aquello que redundaría en beneficio de la eficacia puede reducir la seguridad jurídica.

Este fue un argumento que estuvo presente en los debates del Libro Blanco para la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia. Algunos ejemplos sirven para ilustrarlo. En concreto, se proponía la simplificación de los procedimientos y la mayor separación entre las

fases de la instrucción y pura resolución, algo que simplificaba notablemente el sistema, eliminaba duplicidades de actuaciones y trámites de recurso, en especial en casos de archivo y sobreseimiento. Esta reducción de trámites, en particular, de la posibilidad de recurso, se interpretó desde diversas instancias como una reducción de la seguridad jurídica. Asimismo, se consideró que podía ir en contra de la seguridad jurídica la supresión del procedimiento de autorización singular a favor de un régimen de autoevaluación, porque el régimen propuesto podía generar mayor incertidumbre en los agentes. Más controvertido aun resulta el tratamiento del plazo de los procedimientos planteado en la reforma. La opción de reducir los plazos del procedimiento reservándose la autoridad la capacidad de “parar el reloj” en aquellos casos en que resulte necesario es algo que ha seguido siendo cuestionado en las observaciones al recientemente aprobado Reglamento de la Ley¹⁶ por considerar que deteriora la seguridad jurídica para las empresas inmersas en un procedimiento.

Este tipo de conclusiones suelen ser, a nuestro parecer, fruto de al menos dos tipos de problemas. Por una parte, se debe a una visión excesivamente estrecha y mecanicista del concepto de seguridad jurídica. La mera supresión de un trámite de recurso, por ejemplo, no puede llevarnos a concluir de manera lineal que se está mejor o peor en términos de seguridad jurídica. El recurrir más veces y alargar los procedimientos no necesariamente mejora la predecibilidad y la

15 Art. 106 LRJAP-PAC.

16 Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

igualdad de trato en las actuaciones de las autoridades. De hecho, puede ir en su detrimento. Puede que ese trámite de recurso esté trayendo una cantidad de recursos de la autoridad que pudiera ser mejor aprovechada en otras tareas que contribuyeran en mayor medida a la seguridad jurídica de los administrados. Además, tiende a prolongar para las empresas demandadas la incertidumbre sobre la licitud de su estrategia comercial, lo que sin duda no favorece su seguridad jurídica, igualmente respetable.

A este respecto, es importante tener presente que con frecuencia se tiende a restringir el debate sobre las cuestiones de eficacia al ámbito de los procedimientos. Sin embargo, como hemos expuesto anteriormente la eficacia del procedimiento es uno más de los aspectos que contribuyen a la eficacia del sistema. Hay que evitar confundir la parte con el todo, porque equiparar eficacia del procedimiento con eficacia del sistema puede sesgar el análisis e inducirnos a olvidar para qué hacemos las cosas.

En segundo lugar, este tipo de argumentos suele surgir a veces de una confusión sobre los objetivos de la normativa de competencia. Se pretende que la autoridad de competencia ampare un interés privado supuestamente dañado y, caso de no ser así, se argumenta que ello provoca inseguridad jurídica. Sin perjuicio de que interés público y privado muchas veces converjan, es necesario tener presente que las autoridades de competencia deben servir al objetivo reconocido en la exposición de motivos de la Ley que no es otro que *“garantizar el buen funcionamiento de*

los procesos de mercado”, en beneficio del *“bienestar del conjunto de la sociedad”*.

En definitiva, el impacto sobre la seguridad jurídica del marco normativo y de las actuaciones de la autoridad de competencia se debe contemplar con una visión panorámica, que permita tener presente su coste de oportunidad, el efecto sobre las diferentes partes involucradas, sobre el sistema en su conjunto y, en última instancia, sobre el interés general.

Desde esta perspectiva, la introducción de determinados cambios en el sistema puede reportar inmensos beneficios desde el punto de vista de eficacia sin que la seguridad jurídica se vea esencialmente resentida. Hay que relativizar pues el aludido *trade-off* eficacia – seguridad jurídica. De hecho, la eficacia del sistema es una condición necesaria para que exista seguridad jurídica. Ambos términos deben ser necesariamente conciliables. Es difícil pensar en un sistema ineficaz que reporte seguridad jurídica y, viceversa, que en ausencia de seguridad jurídica el sistema pueda ser eficaz.

4. Enseñanzas del anterior modelo

La Ley 16/1989 dio lugar a un modelo que ha sido objeto de desarrollo y aplicación a lo largo de casi dos décadas, coincidiendo con un periodo de desarrollo de la actividad económica en España sin precedente. Este periodo ha sido suficiente para

aprender dónde estaban las fortalezas y las debilidades de ese modelo y, a partir de ello, qué aspectos eran susceptibles de mejora.

Ese fue el enfoque del Ministerio de Economía y Hacienda, que planteó un proceso de revisión que culminó en el Libro Blanco publicado en enero de 2005¹⁷. Este proceso consistió en identificar las áreas donde era preciso mejorar el funcionamiento del sistema, analizarlas a través de la experiencia comparada y hacer en vista de ello propuestas de reforma.

Interesa subrayar que desde un inicio se planteó que la reforma debía estar guiada por cinco principios: 1) seguridad jurídica; 2) independencia; 3) transparencia y responsabilidad frente a la sociedad; 4) eficacia y 5) coherencia. Sobre el cuarto de los principios, la eficacia, el Libro Blanco exponía lo siguiente: *“Las decisiones de las autoridades de competencia pueden tener una enorme incidencia económica. Por tanto, la celeridad y eficacia en la actuación es esencialmente importante en este ámbito, sin minimizar con ello la seguridad jurídica y garantía de los derechos de los administrados. Además es preciso que la administración disponga de instrumentos eficaces para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia, especialmente aquellas que suponen un mayor perjuicio para el bienestar general, con el fin de aumentar el beneficio social de la intervención*

¹⁷ Libro Blanco para la reforma del sistema de defensa de la competencia, Ministerio de Economía y Hacienda, 2005.

administrativa.” La revisión del modelo tuvo en cuenta, por tanto, que una mejora de la eficacia no tiene que ir en menoscabo de la seguridad jurídica.

Dado el contexto de nuestro análisis, resulta interesante identificar algunos de los aspectos del modelo desarrollado a partir de la Ley 16/1989 que han resultado más débiles desde el punto de vista de la eficacia y ver qué soluciones se han propuesto al respecto. Ello nos permitirá analizar las consecuencias desde el punto de vista de la seguridad jurídica para el sistema. Para estructurar este análisis tomaremos en cuenta los factores que en la sección 2.1. hemos identificado como determinantes para la eficacia del sistema: el diseño institucional, el diseño sustantivo, los instrumentos de disuasión y prevención y el diseño de los procedimientos. No abordaremos aquí aspectos relacionados con los recursos humanos y el control jurisdiccional, porque aunque consideramos que su importancia es capital tanto para la eficacia como para la seguridad jurídica del sistema, ambos dependen de restricciones que exceden con mucho el proceso de revisión de la normativa de competencia que se ha producido.

4.1. Diseño institucional

El Libro Blanco dedicó un análisis detallado a los aspectos institucionales del modelo que venía funcionando desde 1989. Una de sus conclusiones fue que el modelo de dos órganos orgánica y funcionalmente separados lastraba la eficacia del sistema. De acuerdo con el Libro Blanco, la existencia de dos órganos distintos

de instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores hacía posible la reiteración de determinadas actuaciones que ralentizaban el procedimiento. Además, esta separación y relación jerárquica entre órganos forzaba un sistema en el que los distintos actos del Servicio de Defensa de la Competencia eran recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que dilataba los procedimientos¹⁸ y se traducían en un aumento de la carga de trabajo, especialmente sangrante dada la escasez de recursos de ambos órganos. Concluía el Libro Blanco: *“Por ello, la realización de trámites redundantes y la interposición de recursos dilatorios resulta en una ineficiente asignación de dichos medios, que no podrán destinarse a actuar de oficio para descubrir y perseguir las conductas más dañinas para el bienestar general”*.

Esta falta de eficacia del anterior modelo ha sido una de las razones fundamentales que han llevado a implantar un modelo de autoridad única, manteniendo la necesaria separación entre las fases de instrucción y resolución. El órgano de instrucción, la Dirección de Investigación, eleva su propuesta al Consejo, cuyas resoluciones son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁹. De esta forma, se limitan drásticamente las

oportunidades de recurso administrativo, puesto que son pocos los actos de la Dirección de Investigación recurribles.

Con este nuevo esquema se logra una mayor eficacia en los procedimientos, una mayor eficiencia en la asignación de recursos y una reducción de costes de transacción (de información, de coordinación...) en el sistema.

El hecho de que bajo el nuevo modelo las posibilidades de recurso administrativo sean más limitadas se ha leído como una menor seguridad jurídica para los administrados y ha sido uno de los aspectos más debatidos de la reforma. Sin embargo, considerar que necesariamente la reducción de “oportunidades para recurrir” supone una merma de seguridad jurídica puede resultar equívoco cuando se alcanza una situación en la que el uso extensivo de los recursos, sobre todo concernientes a acuerdos de archivo y sobreseimiento, puede llevar a alargar innecesariamente los procedimientos. El modelo anterior había favorecido un uso excesivo de los recursos, sobre todo concernientes a acuerdos de archivo y sobreseimiento, que comprometía la eficacia del sistema y que llegaba a poner incluso en peligro, paradójicamente, la seguridad jurídica. Ante el recurso de una de las partes el resto venían obligadas a invertir recursos en defensa de unos intereses que también se veían afectados. La incertidumbre sobre la duración de los procedimientos que introducían estos mecanismos de recurso también resultaba contraproducente para la seguridad jurídica.

¹⁸ El recurso paralizaba el procedimiento hasta la resolución motivada del mismo por el Tribunal.

¹⁹ El artículo 47 de la Ley 15/2007 prevé el recurso administrativo contra resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. No obstante, dado que la capacidad de resolución no recae sobre la Dirección de Investigación la posibilidad de recurso es muy limitada. Puede darse, por ejemplo, en relación a declaraciones de confidencialidad, de parte interesada o de pago de la tasa por control de concentraciones.

En definitiva, la reforma no ha perjudicado a la seguridad jurídica de las partes, porque no afecta a su derecho de defensa dado que mantienen su capacidad para recurrir en vía contenciosa-administrativa. Con ello además se ha ganado mucho en eficacia de los procedimientos y del sistema.

4.2. Diseño sustantivo

La definición de conductas prohibidas que se suele hacer en las normas de competencia resulta bastante amplia. Sin duda con ello se busca no dejar fuera del ámbito de actuación de las autoridades conductas que puedan tener un efecto nocivo. Sin embargo, dado que denunciar ante las autoridades de competencia tiene un coste relativamente bajo, se corre el riesgo de que la autoridad se llene de denuncias sobre casos cuya influencia sobre el bienestar general sea más que cuestionable. Esta es la razón de que, junto a una amplia definición de conductas prohibidas, las normas suelen contener reglas de *minimis*, por las que la prohibición no aplica a casos cuyo impacto no es significativo.

La Ley 16/1989 es heredera de esta tradición. En sus artículos 1 y 6 establecía la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y del abuso de posición de dominio, siguiendo de cerca la normativa comunitaria²⁰. En relación con los primeros

el artículo 1 en su apartado 3 establecía una cláusula de *minimis*: *“Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”*.

Sin embargo, la falta de definición de lo que se consideraban acuerdos de menor importancia ha restado potencial a la aplicación de esta regla en la etapa pasada, que no ha servido para evitar la proliferación de denuncias sobre casos poco relevantes desde el punto de vista del orden público económico. A ello se suman otros factores. Primero, que el Servicio como garante del interés público es quien llevaba el peso de la investigación –y no el denunciante- lo que supone que denunciar tiene un menor coste. Segundo, que bajo el anterior modelo los acuerdos que el Servicio adoptaba archivando o sobreseyendo expedientes de estas características eran recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que ya de por sí complicaba el procedimiento. Tercero, que la falta de aplicación de la normativa de competencia por los tribunales ha inducido a considerar que si no se actuaba podría no quedar garantizada la tutela judicial efectiva de los intereses en conflicto²¹. El resultado de todo ello es que una buena parte de los esfuerzos de las autoridades en estos años se han consumido analizando expedientes cuya importancia para el buen funcionamiento de los mercados era, en el mejor de los casos, relativa.

²⁰ Aunque con matices significativos, como es el caso de la mención a las conductas conscientemente paralelas en el artículo 1 de nuestra Ley, que no aparece en el caso del artículo 81 del TCE.

²¹ Así lo reconoce textualmente el Libro Blanco en su página 50.

Con la reforma se ha pretendido que la norma contenga mecanismos que aseguren que la actuación de las autoridades se centra en la persecución de las conductas que realmente tienen o pueden tener un efecto más nocivo para la competencia y el bienestar. La Ley introduce una regla de minimis más amplia, que ya ha sido objeto de desarrollo en el Reglamento (Real Decreto 261/2008). El Reglamento además clarifica que las autoridades no están obligadas a investigar los hechos. El artículo 25.5 establece que *“La formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.* Ello, por supuesto, sin perjuicio de la capacidad del denunciante de recurrir esta Resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

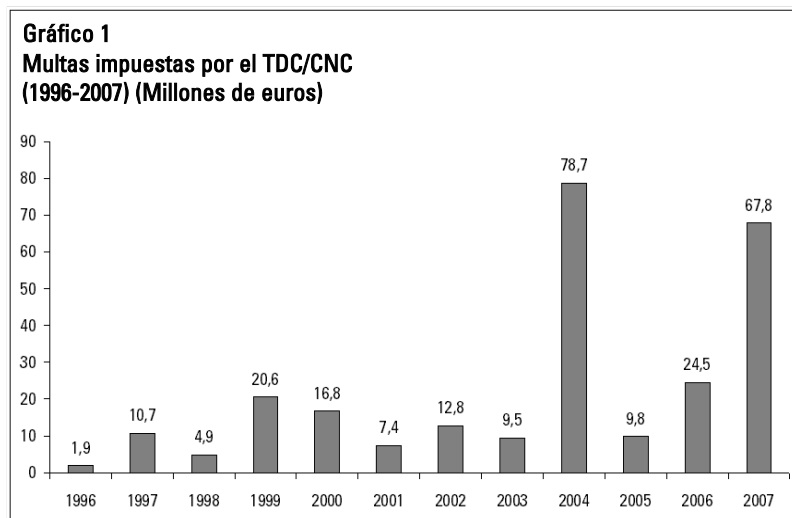
Es ciertamente posible que estos mecanismos reduzcan el número de denuncias que se refieren a conflictos entre partes o, al menos, el número de expedientes abiertos por este motivo. Desde luego ese es su objetivo. Pero de ello no debe deducirse que la seguridad jurídica se vea menoscabada. Primero, porque los potenciales denunciantes disponen de otras instancias para defender sus intereses legítimos. Segundo, porque la seguridad jurídica que proporciona el sistema debe valorarse a nivel del agregado. En este sentido, es cuestionable que sea acorde con el principio de

igualdad de trato el que se dediquen proporcionalmente más recursos a analizar meros conflictos entre partes que casos con un impacto significativo sobre el interés público, al menos potencial. En definitiva, que la CNC tramite denuncias indiscriminadamente no es sinónimo de que el sistema proporcione una mayor seguridad jurídica a los administrados.

4.3. Instrumentos de disuasión y prevención

El modelo producto de la Ley de 1989 se había ido quedando anticuado en relación a los sistemas de nuestro entorno en cuanto a instrumentos de disuasión y prevención de las conductas prohibidas.

Un repaso a las memorias anuales del Tribunal permite comprobar que las multas bajo el sistema anterior no han alcanzado niveles excesivamente elevados, lo que puede poner en cuestión la efectividad de su papel como instrumento disuasorio. En el cuadro se resume el importe de las multas impuestas por el Tribunal en los últimos años.



Mientras la Comisión Europea en 2006 en sólo siete decisiones finales de cártel multó a 41 empresas por un importe total de 1.846 millones de euros, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en los veinte expedientes sancionadores que en total resolvió en 2006 sumó un importe de 24,5 millones de euros. Obviamente el tamaño de las empresas y probablemente el alcance de las infracciones bajo cada uno de estos dos sistemas sesga estas comparaciones. Pero aún así la comparación sugiere que el importe de las multas por infringir la Ley 16/1989 ha sido comparativamente más reducido.

Esta no es una cuestión que dependa estrictamente del texto legal. De hecho la Ley 16/1989 permitía imponer sanciones de hasta un 10% del volumen de negocios del grupo. Sin embargo, al margen de otro tipo de consideraciones que aquí resultan ajenas, la

falta de tipificación de las infracciones y de las sanciones de la que ha adolecido el anterior marco normativo sin duda ha influido en la cuantía de las multas.

La Ley 16/1989 contenía criterios a tener en cuenta para el cálculo de las multas, pero no establecía criterios de gradación de la gravedad de las infracciones, ni tampoco de las sanciones a imponer. Este vacío fue a menudo criticado por dejar margen a una mayor discrecionalidad a la hora de imponer las sanciones cuya motivación, por otra parte, no ha acostumbrado a ser demasiado extensa en las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia²².

La Ley 15/2007 ha venido a cubrir esta laguna. En sus artículos 62 y 63 tipifica las infracciones y las sanciones aparejadas a ellas, esfuerzo que ha merecido los elogios, sin ir más lejos, del Consejo de Estado en su informe sobre la Ley. Independientemente de la valoración técnica que merezca la tipificación que se ha realizado, este cambio supone una mejora desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en cuanto mejora la predecibilidad y la igualdad de trato a la hora de sancionar las conductas prohibidas. También puede redundar en una mayor eficacia del sistema, en la medida en

²² Con todo, aunque los márgenes previstos en el artículo 10 de la Ley 16/1989 para la imposición de sanciones sean amplios, el Tribunal Supremo ha considerado que no se puede cuestionar la legalidad del precepto. Y añade: “De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un

que ayude a que las multas cumplan de forma más efectiva su misión como instrumento disuasorio.

Yendo un paso más allá, otros Estados Miembros, con la Comisión Europea a la cabeza, han introducido hace años otros mecanismos de disuasión. En particular, mecanismos de clemencia²³, que se han revelado muy útiles para desestabilizar los cárteles y facilitar la labor de las autoridades para detectar y acreditar este tipo de prácticas, con el consiguiente ahorro de recursos públicos.

Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una gran tradición en esta materia, si bien tampoco es totalmente ajeno a este tipo de figuras. Por ejemplo, en el ámbito penal, en materia de narcotráfico o delitos fiscales, existen figuras de fundamento similar que permiten reducir e incluso exonerar a los sujetos de las sanciones.

Las reticencias a este mecanismo han venido más por el lado de las implicaciones que pueda tener la información desvelada sobre

cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de "dosimetría sancionadora" rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia, ..." Tribunal Supremo, Sentencia de 6 de marzo de 2003, RJ\2003\3021.

²³ Nos referimos a la introducción en la norma de mecanismos que posibiliten que empresas que hayan participado en un cártel puedan ser parcial o totalmente exoneradas del pago de la multa si aportan elementos de prueba concluyentes sobre las prácticas prohibidas que se han cometido y las empresas responsables de las mismas.

los implicados en procedimientos penales. Esta cuestión, más que afectar a la seguridad jurídica que el sistema de defensa de la competencia ofrece a los administrados, puede afectar a su eficacia, puesto que podría ocurrir que, por miedo a las repercusiones penales, el número de arrepentidos sea menor.

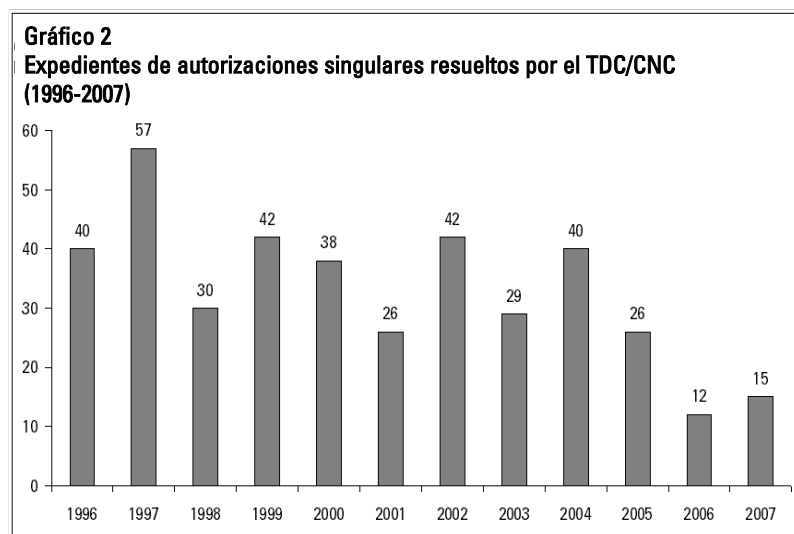
4.4. Procedimientos

Los procedimientos no son el único elemento que determina la eficacia de un sistema, pero sí un factor determinante. Como a continuación exponemos, el anterior modelo había puesto en evidencia la ineficacia del régimen de autorizaciones singulares y ciertas debilidades del régimen de terminación convencional, cuya reforma se objetó desde diversos frentes por razones de seguridad jurídica. Al mismo tiempo, la reforma institucional propuesta dejaba margen para plantear una revisión de los plazos de los procedimientos.

El sistema nacional mantenía el régimen de autorización singular, que la normativa comunitaria ya había abandonado. Ello suponía que los acuerdos entre empresas que cumplieran los requisitos del artículo 3²⁴ de la Ley 16/1989 podían ser autorizados por las autoridades de competencia a solicitud de las partes. En ausencia de esta autorización los acuerdos que caían en el ámbito de aplicación

²⁴ El artículo 3 básicamente nos dice que pueden ser autorizados aquellos acuerdos cuyas eficiencias superen el efecto restrictivo que generan, siempre y cuando tales ventajas se

del artículo 1 debían considerarse prohibidos. El artículo 1 tiene un ámbito de aplicación muy amplio que incluye, entre otros, los acuerdos verticales – entre productor y distribuidor por ejemplo. Así las cosas, el número de acuerdos para ser examinados por las autoridades de competencia o, en su defecto prohibidos, era enorme, incluso teniendo en cuenta los reglamentos de exención. De esta forma, este régimen resultaba sobre el papel excesivamente burocrático e intervencionista. En la práctica no lo fue a la vista del número de solicitudes de autorización presentadas, buena parte de ellas de registros de morosos. Lo cual, en todo caso, pone de manifiesto que el sistema era ineficaz.



trasladen a los consumidores y no impongan restricciones innecesarias para la obtención de los beneficios que reportan.

La desaparición del régimen de autorización era una de las conclusiones obvias que se extraían del análisis del modelo imperante. Se imponía converger al régimen comunitario, donde son las empresas quienes se autoevalúan para determinar si sus acuerdos cumplen los criterios para considerarse exentos y el control de las autoridades se realiza en todo caso *ex post*.

Con todo, fueron numerosas las observaciones que apuntaban a una pérdida de seguridad jurídica del sistema. Se argumentaba básicamente que con la autoevaluación las empresas perdían la seguridad que otorga la autorización de la administración.

Vistas las cifras de autorizaciones tramitadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 este argumento, a mi juicio, carece de sentido. Por lo demás, el régimen de autoevaluación no tiene por qué reducir la seguridad jurídica de los administrados en tanto en cuanto los criterios sean claros. Al igual que en el sistema comunitario, la norma establece unos principios sobre los que ya existe una cierta doctrina acumulada que facilita la autoevaluación. Resulta razonable pensar que en la medida en que nos movamos en sistemas transparentes, donde los criterios de decisión de las autoridades estén claros, el régimen de autoevaluación no represente serios problemas.

En este sentido, es importante subrayar que la Ley 15/2007 hace un sincero esfuerzo por reforzar la transparencia de un sistema que, bajo el modelo anterior, ya había alcanzado unos niveles más que

satisfactorios, especialmente si lo comparamos con países de nuestro entorno. De hecho, este ha sido uno de los cinco principios rectores de la reforma, como antes hemos mencionado. Por un lado, el artículo 26 regula la obligación que la CNC tiene de dar publicidad a sus actuaciones. Este es un cambio importante con el modelo anterior. Hasta ahora, la propia Resolución sancionadora hacía recaer la obligación de publicidad sobre la empresa sancionada. Ahora, será la CNC quien dé publicidad a sus Resoluciones de oficio, lo que puede mejorar la eficacia del sistema. No hay que perder de vista que las sanciones no sólo tienen un efecto disuasorio por el coste que comportan, sino también por su influencia sobre la reputación de las empresas. En este sentido, el incentivo de la CNC a que la publicidad de las Resoluciones se lleve a cabo de manera efectiva y a tiempo es, sin duda, mucho mayor.

Por otra parte, la Disposición adicional tercera de la ley dota a la CNC de la capacidad de publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, en particular, los artículos 1 a 3, oído previamente el Consejo de Defensa de la Competencia. Este instrumento, tan utilizado en el modelo comunitario, permitirá aclarar los principios sustantivos que guían la aplicación de la norma, buscando mejorar la claridad del marco normativo en beneficio de la seguridad jurídica.

Bajo el modelo anterior se introdujeron plazos máximos para la adopción de decisiones, tanto en procedimientos de control de concentraciones como sancionadores. Esto es algo que, pese a que

supone una garantía básica para los operadores económicos, no sucede en otras jurisdicciones. Se trata además de plazos muy exigentes por su relativa brevedad, especialmente si tenemos en cuenta la complejidad de algunos de los asuntos que se tratan. Pese a ello, por razones de eficacia, siempre existe una presión, a veces excesiva, para que los plazos se reduzcan aún más.

En esta reforma la integración del Servicio y del Tribunal en un solo órgano y la supresión de duplicidades en el procedimiento que ello conlleva se ha aprovechado para acortar aún más los plazos generales de tramitación, situándolos en 18 meses para los expedientes sancionadores. No obstante, la norma prevé ciertas posibilidades para la suspensión de los plazos cuando las circunstancias así lo requieran (artículo 37 de la Ley 15/2007).

En el trámite de audiencia sobre el borrador del Proyecto de Ley se recogieron observaciones que criticaban esta capacidad de suspensión y argumentaban que la discrecionalidad a la hora de suspender los plazos iba en detrimento de la seguridad jurídica. Estas críticas resultan poco fundadas cuando se observa que los motivos de suspensión del plazo están tasados y que requieren además resolución motivada. Por otra parte, si se renunciara a suspender el procedimiento, habría que dimensionar el mismo teniendo en cuenta las vicisitudes que pueden ocurrir y el tiempo que lleva resolver los expedientes más complejos, lo que sin duda supondrá alargar los plazos con carácter general. Por tanto, la introducción de estos mecanismos de suspensión introduce flexibilidad en los

procedimientos y permite reducir los plazos para una gran parte de los expedientes.

Por último, una referencia a la terminación convencional. Respecto a ella el Libro Blanco decía: *“Si bien el procedimiento de terminación convencional supone una vía efectiva para lograr los objetivos de la defensa de la competencia y, en particular, la terminación de las infracciones en un plazo rápido, la experiencia práctica de su aplicación en España es desalentadora: sólo un expediente se ha terminado por esta vía. Las razones de su poca aplicación pueden radicar en la rigidez del procedimiento y, en concreto, en la exigencia de que se produzca sólo en primera fase, antes del Pliego de Concreción de Hechos, y deba contar con el acuerdo de todas las partes, incluyendo los denunciantes”*.

Se ha optado por ello por flexibilizar el procedimiento, permitiendo presentar la propuesta de terminación convencional hasta antes de la elevación del informe propuesto al Consejo. Además, el Consejo puede, a propuesta de la Dirección de Investigación, resolver la terminación del procedimiento sancionador cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público (artículo 52 de la Ley 15/2007). No es necesario por tanto el consentimiento expreso de terceros interesados, lo que una vez más se ha interpretado como pérdida de seguridad jurídica.

De nuevo volvemos a encontrarnos con un argumento de supuesta pérdida de seguridad jurídica que confunde el objetivo de la norma. La Ley de Defensa de la Competencia y la actuación de la CNC sirven al objetivo de proteger el interés general. En este sentido, si los compromisos presentados son suficientes para proteger ese interés público, no hay motivo para rechazar la solución propuesta. Por supuesto, los terceros interesados tienen la posibilidad de presentar sus alegaciones al respecto. Requerir además el consentimiento de un tercero, que defiende su interés particular, resulta un elemento ajeno a la finalidad de la Ley. Es más, puede resultar perverso, porque permite bloquear a una parte soluciones que favorecerían el interés general. Con ello no se mejoran ni la predecibilidad del sistema ni la igualdad de trato.

Conclusiones

Los hechos no corroboran el tópico de que existe una cierta relación de intercambio o *trade-off* entre la eficacia y la seguridad jurídica de un sistema. Por un lado, el pasado nos enseña que lo que ha ido en contra de la eficacia no ha mejorado la seguridad jurídica. Por otro lado, con base en la experiencia que nos aporta el modelo producto de la Ley 16/1989, la nueva ley 15/2007 ha planteado la reforma de los aspectos que lastraban la eficacia del sistema y ello sin menoscabo de la seguridad jurídica. Es más, hay elementos en la nueva Ley que la potencian, porque sientan las bases para una mayor predecibilidad y reforzamiento del principio de igualdad de trato.

Ambos son principios que han guiado la reforma y que la Ley 15/2007 trata de conjugar. Su exposición de motivos dice: *“...la Ley parte de la experiencia adquirida en los últimos quince años mediante la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia y está guiada por cinco principios claros: garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno”*.

El término versus no aparece en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. No se le puede por tanto asignar un antónimo “oficial”. Pero, si hubiera que buscarle alguno, probablemente emplearíamos el término “pro” que, como “versus”, también proviene del latín (“prode”) y significa “provecho”, “ventaja”, “a favor de”.

Eficacia pro seguridad jurídica. Creo sinceramente que esta expresión refleja de manera mucho más acertada los principios y valores que el sistema español de defensa de la competencia persigue.

Eficiencia y seguridad jurídica

1. Introducción

Se considera que el objetivo último del derecho de la competencia debe ser proteger al consumidor y no al competidor. Así, con la intervención de las autoridades de competencia se pretende garantizar el buen funcionamiento de los mercados, de forma que mediante la rivalidad entre las empresas se consiga la máxima

* Es Director de la práctica Política de Competencia de NERA Economic Consulting en la oficina de Madrid. Es licenciado en Economía por la Universidad Complutense de Madrid, donde también realizó los cursos de doctorado. Posteriormente, ingresó por oposición en el cuerpo de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado. Antes de su incorporación a NERA ocupó distintos cargos de responsabilidad en la función pública: Director General del Servicio de Defensa de la Competencia, Subdirector General de Política Económica y Economía Internacional, Consejero Económico en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea en Bruselas, Asesor del Ministro de Economía y Hacienda y Jefe de Estudios del Centro de Estudios Comerciales. En su etapa en NERA, ha participado en numerosas operaciones de concentración y de conductas restrictivas de la competencia tanto en la jurisdicción española como en otras jurisdicciones nacionales de Europa, así como la de la U.E., en sectores como el energético, el de las telecomunicaciones, el de servicios financieros, el transporte, la distribución comercial, la producción musical, así como en cuestiones relativas

eficiencia productiva, y el traslado de dicha eficiencia al consumidor, a través de unos menores precios en los bienes o servicios que ofrecen las empresas.

Una peculiaridad del derecho de la competencia es el limitado número de reglas que contiene. Básicamente se prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición de dominio. Esta parquedad de la normativa puede introducir incertidumbre jurídica y, en consecuencia, una menor eficiencia económica. Por ejemplo, en la medida en la que una empresa con posición de dominio en el mercado desconozca los límites de su política de precios, puede disminuir su competitividad y su esfuerzo inversor ante el temor a ser sancionada.

a derechos de autor. Finalmente, ha participado en proyectos de análisis y cuantificación de daños por prácticas restrictivas de la competencia y ha testificado ante diversas autoridades de competencia administrativas y judiciales.

** Es consultor senior en la práctica de competencia de la oficina de NERA Madrid desde septiembre de 2004. Su experiencia como consultor abarca proyectos para empresas nacionales y europeas en diversos sectores (telecomunicaciones, energía, derechos de propiedad intelectual, transporte, audiovisual, etc.) y se centra en el análisis de prácticas de abuso de posición de dominio, acuerdos restrictivos y fusiones empresariales, así como asistencia al diseño de instituciones de competencia. Antes de su incorporación a NERA Eduardo Prieto ocupó el cargo de Subdirector General de Conductas Restrictivas en el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía durante más de 5 años. Es licenciado en derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Técnico Comercial- Economista del Estado

Así, a un operador dominante se le prohíbe que adopte precios excesivos, esto es demasiado altos. Se entiende que con ello está obteniendo una renta extraordinaria del consumidor, a quién en última instancia se trata de proteger.

No obstante, se suele reconocer que el beneficio es la esencia del mercado y la recompensa al riesgo asumido con las inversiones, y la iniciativa empresarial. Así, si se sancionan los beneficios, se están eliminando los incentivos a la inversión, la innovación y la asunción de riesgos, de forma que en última instancia también se está perjudicando al consumidor que no resultará beneficiado de la innovación y del esfuerzo empresarial.

Simultáneamente, al operador dominante se le prohíbe que aplique precios demasiado bajos. Esto es así al entender que el objeto de esta política de precios puede ser expulsar del mercado al rival para elevar los precios una vez que éste haya abandonado el mercado.

No obstante, al operador dominante se le reconoce el derecho a competir, y se observa que los consumidores salen beneficiados de la guerra de precios, durante el período de la predación.

Finalmente, las autoridades de competencia intentan evitar convertirse en reguladores y decir a las empresas a qué precios tienen que vender sus productos. Simplemente, pretenden que se respeten las reglas del mercado, y que los precios cumplan su función

de indicadores de escasez para lograr una asignación eficiente de los recursos.

En ese contexto, parece obvio que la prohibición genérica de no abusar de una posición de dominio no es suficiente para que una empresa, supuestamente dominante, sepa con certidumbre qué política de precios puede seguir y cuál no.

Esta falta de certidumbre es mala para el buen funcionamiento de los mercados, en tanto que puede tener una incidencia negativa en la inversión y en la agresividad de las políticas comerciales de los operadores supuestamente dominantes y, en consecuencia, en la competencia. Por tanto, la incertidumbre jurídica genera ineficiencia económica.

Ante esta situación, las autoridades de competencia, administrativas y judiciales, han tratado de introducir reglas que traten de aclarar de antemano los límites de las políticas comerciales de las empresas. No obstante, este tipo de reglas plantean también problemas de índole similar a los mencionados. Por las peculiaridades de los mercados, una prohibición “per se” puede dar lugar a “falsos positivos”, esto es prohibición de prácticas procompetitivas y beneficiosas para el consumidor.

Por ejemplo, se podría prohibir a un operador dominante que discrimine en precios, esto es que cobre precios distintos por la prestación de servicios equivalentes. No obstante, este tipo de tarificación

puede tener una justificación objetiva, distinta de la explotación del consumidor; puede facilitar la financiación de los costes fijos en industrias donde estos tienen una importancia significativa; o permitir una expansión del output total bajo determinadas circunstancias.

Esto nos llevaría a un análisis caso a caso de las circunstancias específicas de cada práctica en cada industria, y de la racionalidad económica de la misma. Aún así, se deben identificar unas directrices que orienten sobre los criterios que se han de aplicar, y que permitan a las empresas conocer los límites legales de sus conductas.

En este artículo exponemos cómo ha tratado de resolverse en diferentes ordenamientos el mencionado conflicto entre seguridad jurídica y eficiencia económica en el ámbito de las políticas de precios de los operadores dominantes. Diferenciaremos el análisis para los precios excesivos y para los precios predatorios.

2. La posición de dominio

Antes de entrar en el análisis de valoración de las políticas de precios de las supuestas empresas dominantes, es preciso conocer lo que se entiende por posición de dominio, ya que si el operador no es dominante no debe preocuparse sobre los límites que la legislación de competencia impone a sus políticas de precios.

En términos económicos se entiende por dominio, la capacidad de subir los precios por encima de costes de forma duradera,

obteniendo con ello un beneficio extraordinario. Esto es, la empresa debe poder mantener los precios de forma duradera por encima de sus rivales, sin por ello ver mermados sus beneficios por la consecuente aminoración de las ventas. En términos jurídicos se entiende por dominio la capacidad de comportarse de forma independiente a competidores y clientes¹.

Normalmente, se entiende que hay dominio cuando concurren una elevada cuota de mercado y barreras de entrada. El problema de esta aproximación es que la cuestión depende de cómo se define el mercado. Por eso, con frecuencia la autoridad de competencia tiende a definir el mercado de forma restringida, y el supuesto operador dominante tiende a hacerlo de forma amplia.

Como ejemplo de la dificultad de definir el mercado relevante, se puede citar el caso de Pepsi (y Schweppes en España) contra Coca Cola². En esta ocasión, ¿formaban todas las bebidas refrescantes no alcohólicas el mercado relevante?, ¿Contrariamente, lo formaban sólo las bebidas refrescantes con gas –carbonatadas?, ¿O incluso, cada sabor de bebida carbonatada formaba un mercado relevante?. No cabe duda de que la valoración sobre la posición de dominio de Coca Cola dependía de cómo se definiera el mercado.

1 Hoffmann-La Roche, asunto 85/76 [1979] ECR 461, 520:3 CMLR 211, 274.

2 Comunicado de prensa IP/05/775 de fecha 22/06/2005 sobre los compromisos asumidos por Coca Cola.

Existen técnicas cuantitativas que permiten definir el mercado con relativa precisión³. No obstante, se requiere bastante información de mercado y ésta no siempre está disponible.

En todo caso, incluso resuelto el problema de la definición de mercado relevante, el análisis de las barreras de entrada no está exento de problemas, dejando al margen las barreras legales que son las únicas realmente claras.

El riesgo está en aplicar de forma mecanicista determinados conceptos. Por ejemplo, normalmente se considera que las inversiones hundidas o los costes de cambio de suministrador constituyen una barrera de entrada.

Los costes hundidos son los correspondientes a las inversiones en activos cuyo valor residual es muy pequeño en el caso de que se decida abandonar el negocio. Por ejemplo, la inversión en una máquina que únicamente sirva para fabricar una pieza específica para un determinado producto (un modelo de coche, por ejemplo) constituye un coste hundido en tanto que dicha máquina perderá su valor fuera de ese mercado. Los gastos en publicidad e imagen, las inversiones en red y los gastos en I+D son otros ejemplos. Pues bien, la presencia de costes hundidos puede indicar la existencia de barreras de entrada, ya que constituye una inversión significativa

3 Dificultades para la definición del mercado relevante. Fernando Jiménez et al. El Abuso de la Posición de Dominio. Colección Derecho. Fundación Rafael del Pino.

cuyo valor se puede perder, actuando como disuasor a la entrada de la empresa en el mercado.

Los costes de cambio son aquellos costes en los que incurre el consumidor para cambiar de suministrador. Estos también pueden actuar como obstáculo a la entrada cuando el competidor haya de enfrentar obstáculos para atraer a los clientes que ganó la empresa ya establecida, que representan una parte significativa del mercado. Así, por ejemplo, ocurre con la fidelidad de la clientela a la empresa que primero entró en el mercado.

Un ejemplo de coste de cambio de suministrador se encuentra en el mercado de telefonía, antes de que se impusiera la portabilidad del número.

En todo caso, el tamaño puede no ser relevante para decidir si una empresa es o no dominante, debiéndose considerar otros muchos factores para poder alcanzar una conclusión definitiva acerca de la existencia de posición de dominio (posición relativa en el mercado; barreras legales; costes hundidos; economías de escala, alcance o red; superioridad tecnológica; integración vertical; madurez del mercado o poder de la demanda, entre otros).

3. Precios excesivos

Cabría pensar que en la medida que el fin último de la política de competencia es proteger al consumidor, en casos en los que el

mercado falla y no hay competencia, la intervención tiene sentido para evitar que la empresa monopolista imponga precios excesivos a los consumidores. No obstante, veremos como la cuestión no es tan clara.

La distinta valoración del carácter excesivo de los precios que hacen las autoridades americanas de competencia, la Comisión Europea y las autoridades españolas pone de manifiesto que se trata de una cuestión controvertida. Veamos a continuación lo que dice cada una de ellas sobre los precios excesivos.

3.1. Aplicación en EE.UU.

En EE.UU. no se persigue la aplicación de precios excesivos. En dicho país, predomina la intervención orientada al mercado, considerándose que los precios excesivos son autocorrectores. Es decir que atraerán la entrada de nuevos competidores, y el consecuente incremento de la oferta tenderá a moderar el precio, eliminando el beneficio extraordinario. Mientras esta entrada se produce, los beneficios extraordinarios sirven para recompensar a la empresa dominante por sus inversiones o su mayor eficiencia⁴.

⁴ Ver Faull, J. and Nikpay, A. (1999), op. cit., punto 3.296, y Lowe, P. (2003), "An overview of EU competition law and policy on commercial practices" speech at ABA Fall Meeting "How different is EU anti-trust? – A route map for advisors", Brussels, October, disponible en <http://europa.eu.int/>.

Igualmente, el sistema estadounidense otorga gran importancia a los incentivos perversos que tal intervención produciría sobre la inversión, la innovación y la eficiencia económica.

En este sentido se pueden destacar los siguientes pronunciamientos judiciales. Por una parte, destaca la sentencia del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito (Court of Appeals for the Second Circuit), en el caso *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.* en el que se dijo:

*“El establecimiento de un precio elevado puede ser consecuencia del uso de poder de mercado, pero no es en sí mismo anticompetitivo [...] La supervisión judicial de la política de precios convertiría a los tribunales en comisiones regulatorias.”*⁵

Por otra parte, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Supreme Court) en el caso *Trinko* se dijo:

“La mera posesión de poder de mercado, y el simultáneo establecimiento de precios de monopolio, no sólo no es ilegal, sino que es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cargar precios de monopolio — al menos durante un período corto de tiempo — es lo que atrae “al ingenio del hombre de negocios”;

⁵ *Berkey Photo, Inc v Eastman Kodak Co* 603 F 2d 263, 294 (2nd Cir 1979), cert denied 444 US 1093 (1980).

*estimulando la asunción de riesgos que generan innovación y crecimiento económico.”*⁶

3.2. Aplicación en la U.E.

Contrariamente, en la U.E. no existe una posición de partida tan contraria a sancionar los precios excesivos. Y ello a pesar de que el Tribunal de Justicia estableció la necesidad de alcanzar un estándar de prueba especialmente exigente para sancionar este tipo de práctica. Así, las primeras decisiones adoptadas por la Comisión, en los casos de *General Motors Continental*⁷ y *United Brands*⁸, fueron anuladas por el Tribunal de Justicia por ausencia de fundamentación suficiente, estableciendo el Tribunal un doble test para poder sancionar este tipo de práctica. El primero era un test de costes que exigía que el precio fuera excesivo en relación con un determinado parámetro de coste de producción.

“El exceso podría determinarse objetivamente, entre otras cosas, si fuera posible calcularlo comparando el precio de venta del producto con su coste de producción.”

⁶ *Verizon Communications, Inc v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, No. 02–682; Argued October 14, 2003—Decided January 13, 2004 (disponible en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/02-682.pdf>).

⁷ OJ [1975] L 29/14, [1975] 1 CMLR D20.

⁸ OJ [1976] L 95/1, [1976] 1 CMLR D 28.

En segundo lugar, se establecía un test de comparación de precios de productos semejantes en diferentes mercados.

A partir de entonces, la Comisión ha optado por evitar sancionar a las empresas por precios excesivos, dado que ello comporta riesgos, como el de desincentivar, a medio y largo plazo, las inversiones que no parece dispuesta a tomar. Cabe mencionar a este respecto la siguiente declaración de la Comisión en su XXIV Informe Anual de Política de Competencia, de 1994 (párrafo 207):

“Sin embargo, la práctica de la Comisión normalmente no controla o condena como tales los niveles de precios elevados. Más bien examina el comportamiento de la empresa dominante dirigido a preservar su dominancia, generalmente de forma directa contra competidores o nuevos entrantes que normalmente introducirían competencia efectiva y el nivel de precios asociados a ella”.⁹

No obstante, se trata de reglas ambiguas en la medida en la que no explicitan el parámetro de costes o el período de tiempo que se ha de tomar como referencia para considerar que los precios son excesivos.

Desde una aproximación de teoría económica, dado que en un contexto competitivo, donde no existen elevados costes fijos, los

⁹ En la misma línea ver Vth Report on Competition Policy (1975), puntos 3-7 y 76, y XXVIIth Report on Competition Policy (1997), punto 77.

precios se igualan a los costes marginales en el corto plazo, cabría pensar que la referencia de costes debe ser la de los costes marginales o, en su defecto, la de algún otro concepto de coste que sea más fácil de observar y que pueda utilizarse como proxy, como es el caso de los costes variables. No obstante, la jurisprudencia comunitaria no ha llegado a este grado de detalle y simplemente ha indicado que se trata de los costes incurridos en la producción del bien¹⁰ o la prestación del servicio.¹¹

Por otra parte, la comparación de precios en otros Estados miembros fue rechazada por el TJCE¹², aunque posteriormente fue aceptada para casos de propiedad intelectual, como por ejemplo los casos de *Lucazeau v SACEM*¹³ y *Ministère Public v Tournier*¹⁴, relativos a las tarifas cargadas a las discotecas francesas por la utilización de la música. El TJCE sugirió en estos asuntos que, para determinar si las tarifas eran excesivas, éstas debían compararse con las fijadas en otros Estados Miembros.

¹⁰ Id. Asunto “United Brands contra Comisión”, párrafo 254.

¹¹ Id. Asunto “Ahmed Saeed”, párrafo 43.

¹² Id. Asunto “United Brands contra Comisión” La Comisión concluyó que los precios de los plátanos de United Brands en Alemania eran excesivos después de compararlos con los precios fijados en Irlanda, donde United Brands obtenía beneficios positivos. Como se ha comentado anteriormente, esta decisión fue anulada por el Tribunal de Justicia.

¹³ STJCE en el Asunto 110/88 [1989] ECR 2811, [1991] 4 CMLR 248.

¹⁴ STJCE en el Asunto 395/87 [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248.

A este respecto, conviene destacar, sin embargo, la peculiaridad de la propiedad intelectual y la dificultad de su valoración con base en los costes de producción. En consecuencia, en estos casos, recurrir a la comparativa con otros mercados resultaría aceptable, ya que la referencia a los costes de producción no es en absoluto útil.

En todo caso, como apuntan diversos autores,¹⁵ esta metodología sólo es factible cuando existen referencias adecuadas de comparación, esto es, cuando las áreas geográficas que se comparan se caracterizan por tener condiciones de mercado similares (excepto el grado de competencia).

3.3. Aplicación en España

Esta cautela en la sanción de precios excesivos en la U.E. contrasta con el activismo con el que se están sancionando este tipo de prácticas en España, aunque ninguna de las decisiones tomadas hasta ahora sea firme.¹⁶

En todo caso, el análisis de los precios excesivos que realizan las autoridades españolas ha ido ganando en rigor y exigencia del nivel de prueba.

Así, por ejemplo, en la Resolución del TDC sobre restricciones técnicas de 2001, se sancionó a ENDESA, IBERDROLA y UNION FENOSA por ofertar a precios excesivos algunas de sus centrales en 3 días del año.¹⁷ Igualmente, en la decisión relativa a las ofertas de dos centrales de Viesgo Generación¹⁸ durante 2002 y 2003, se detectan un número muy limitado de días en los que se constata que las ofertas estaban por encima de los parámetros de costes y precios de comparación que se consideraron relevantes. Concretamente, seis días en 2002, y ocho en 2003.

No cabe duda que si se atiende al beneficio extraordinario o la venta por encima de coste en algún día del año, muy probablemente se observe tal circunstancia en un gran número de sectores. No parece que sancionar a las empresas por precios excesivos durante periodos de tiempo tan cortos, y para un número tan poco representativo de sus servicios, esté en línea con el nivel de prueba especialmente exigente que parece apropiado para sancionar este tipo de conducta. En todo caso, ambas decisiones están pendientes de revisión jurisdiccional.

Posteriormente se ha tratado de valorar el carácter excesivo o no de los precios durante un período de tiempo más dilatado. No obstante, al intentar ampliar el período de análisis, se ha disminuido el nivel de exigencia en lo relativo al parámetro de referencia con el

¹⁵ Por ejemplo, Wish (2001), op. cit., pág. 696, y Bishop, S. and Walker, M. (1999) "The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement", Sweet & Maxwell Ltd., London, punto 5.10.

¹⁶ Expedientes TDC 552/02; 601/05; 602/05; 624/07; 626/07.

¹⁷ Resolución expediente.552/02.

¹⁸ Resolución del TDC expediente 602/05, del 28/12/06.

que se comparan los precios excesivos. Así, por ejemplo, en la Resolución del TDC 601/05, de marzo de 2007 referente a las ofertas de determinadas centrales de IBERDROLA, el Tribunal pasa a basarse en un criterio de intencionalidad, y de cambio de estrategia en las ofertas, rebajando el estándar de prueba en lo que se refiere a la comparativa con los parámetros de costes y precios.¹⁹ Concretamente, supone que los costes de operar en restricciones son los mismos que en diario, sin probarlo suficientemente, y se toman los precios del mercado en la comparativa de las ofertas, imponiéndose una de las multas más elevadas de las puestas por el TDC a una empresa por infracción del derecho de la competencia.

En todo caso, en las resoluciones de la nueva CNC²⁰ parece que se opta por un seguimiento más fiel a los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria, haciendo una comparación de precios con costes de producción, y complementando dicha comparación con los precios de mercados asimilables, centrándose la discusión en si los parámetros de costes y de precios que se toman como término de referencia para la comparación son o no los adecuados, y si el nivel de prueba en el que se basan las decisiones es o no suficiente.

19 Resolución del TDC expediente 601/05, del 08/03/07.

20 Resoluciones de la CNC 625/07 y 626/07.

4. Precios predatorios

Los precios predatorios tienen por objeto la expulsión del competidor del mercado, o su disciplina, para en un momento posterior a la predación imponer unos precios sustancialmente más elevados, que permitan obtener un beneficio extraordinario, que permita más que recuperar las pérdidas incurridas durante la predación. Normalmente se considera que los precios son predatorios cuando están por debajo de un determinado parámetro de costes, o cuando se renuncia a los beneficios.

La relación entre certidumbre jurídica y eficiencia económica es muy clara en la persecución de las políticas predatorias. La empresa dominante debe saber en qué medida puede o no reaccionar a las acciones de sus rivales, rebajando sus precios. En caso contrario, puede actuar con excesiva cautela, disminuyendo la competencia en el mercado y facilitando la entrada ineficiente, lo que en última instancia acaba produciendo unos precios más elevados y una situación menos favorable para el consumidor.

La teoría y el análisis económico facilitan la orientación de esta intervención, y permiten identificar unos criterios que las empresas puedan tener en cuenta para conocer de antemano qué políticas de precios pueden adoptar y cuál no.

No obstante, la persecución de los precios predatorios es controvertida, como lo demuestra el hecho que ha llevado a interpretaciones

distintas en EE.UU. y en Europa. Así, mientras que en EE.UU. raramente se persiguen las prácticas predatorias, en Europa sigue habiendo cierto activismo contra este tipo de prácticas.

4.1. Valoración en EE.UU.

En EE.UU., la valoración de las supuestas políticas de precios predatorios se ha basado en las teorías desarrolladas por la Escuela de Chicago, y sus recomendaciones de política de competencia²¹. En esencia, se defiende que esta práctica no es racional y en consecuencia rara vez se va a encontrar, como lo confirmaban los estudios empíricos realizados²². En consecuencia, la persecución de este tipo de práctica tiene una alta probabilidad de terminar sancionando falsos positivos, esto es, conductas que no son restrictivas de la competencia, tratándose de una intervención que genera efectos perversos²³. Por tanto, se recomienda no perseguir este tipo de conducta.

Se defiende que la predación no es una conducta racional, en la medida en la que comporta una pérdida cierta en el corto plazo (durante el período de ventas por debajo de costes), a cambio de

una ganancia incierta y en el largo plazo (durante el período posterior a la expulsión del competidor). Es decir, se trata de un intercambio entre pérdidas a corto plazo y posibles ganancias a largo que no compensa tomar.

Téngase en cuenta que nos estamos refiriendo únicamente a los recortes generalizados de precios, y no a los selectivos, que requieren de otro tipo de análisis. Efectivamente, si el recorte de precios se dirige únicamente a los clientes que haya podido conseguir el nuevo entrante, el coste de esta práctica es más limitado. Contrariamente, si en el mercado en cuestión tal descuento selectivo no es posible, entonces el recorte de precios es muy costoso, y supone una importante aminoración de ingresos.

En la decisión *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp*²⁴ el Tribunal Supremo sostuvo que para que una denuncia por precios predatorios pueda prosperar será necesario demostrar que los precios de la empresa denunciada se sitúan por debajo de una medida apropiada de costes y que el supuesto predador tenga una “peligrosa probabilidad” de recuperar la inversión que supone vender por debajo del coste.

Si bien el estándar de prueba que este criterio establece es exigente y por tanto dificulta la sanción de este tipo de práctica, también es cierto que un estándar más laxo aumenta los riesgos de limitar

21 Phillip Areeda & Donald f. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harv.L.Rev 697 (1975).

22 Roland H.Koller II. *The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study*, 4 ANTITRUST L. & ECON. REV. 105 (1971).

23 Elhauge, Einer. *Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power*; The Yale Law Journal, Vol 112: 681 (2003).

24 *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 U.S. 209.

reducciones de precios legítimas. Según el Tribunal, un estándar más amplio hubiese corrido el riesgo de considerar ilegales precios pro-competitivos, siendo los costes de cometer esos errores elevados, dado que los mismos (falsos positivos) limitarían las conductas que las leyes de competencia tienen la misión de proteger. Y el riesgo de que ese tipo de errores sean cometidos es alto porque los mecanismos a través de los cuales una empresa realiza prácticas predatorias es el mismo que el empleado para competir.

En definitiva, se adoptó una regla clara, de fácil comprensión por la empresa, coherente con la teoría económica, respetuosa con la iniciativa privada y con la protección del consumidor.

4.1.1. Aplicación en la U.E.

En el caso AZCO²⁵ el Tribunal de Justicia aceptó una comparación entre precios y costes como estándar para determinar si se producía o no una práctica predatoria. El criterio es considerar que hay abuso de posición de dominio si los precios se sitúan por debajo de los costes variables medios, dado que en esa circunstancia la empresa siempre incurrirá en pérdidas y tendrá interés en hacerlo sólo si su propósito es expulsar a los competidores del mercado, como medio para enriquecerse posteriormente mediante la elevación de precios que el refuerzo de su posición le permite.

Los precios por debajo de los costes variables medios se presumen ilegales, mientras que cuando se sitúan por encima de éstos pero por debajo de los costes medios totales, el tribunal exige que se aporte evidencia adicional que demuestre de manera incontrovertible la existencia de una estrategia dirigida a la expulsión. Incluso en situaciones en las que los precios se sitúan por encima de costes, se considera que los precios pueden ser predatorios cuando existe la intención de expulsar al competidor del mercado.

El punto más débil del estándar AZCO es que en ningún momento se exige demostrar que la estrategia pudo haber tenido éxito. El estándar americano exige como condición para considerar la predación racional que el que la ejecuta recupere las pérdidas en las que ha tenido que incurrir una vez que ha logrado expulsar los competidores. Téngase en cuenta que cuanto más tiempo dure la política de precios bajos, mayores serán las pérdidas y mayor será la necesidad de recuperarlas. Esto se hará difícil si existen competidores potenciales ávidos por entrar al mercado atraídos por los ulteriores precios elevados.

Estos elementos no parecen ser tenidos en cuenta por el estándar de predación aplicado en el contexto europeo, estándar que el Tribunal de Justicia pudo haber refinado con ocasión del asunto Tetrapack II en 1994, pero que decidió no hacerlo.

Esta situación pudiera no obstante cambiar en el futuro. El Papel de Discusión sobre el artículo 82 elaborado por la Comisión

²⁵ Caso C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission; 1991 RTJ I-3359.

Europea a finales de 2005 dedicaba una parte al análisis de los precios predatorios. En ella se señala que para que una empresa incurra en un abuso por predación, además de ser dominante y de que sus precios no superen un determinado nivel de costes, es necesario que tenga la posibilidad de obtener rentas monopolísticas, una vez lograda la expulsión de una empresa rival²⁶. El largo tiempo transcurrido desde la publicación de la consulta hace, sin embargo, dudar de que dichos propósitos lleguen a materializarse en un futuro cercano en la doctrina comunitaria.

En definitiva, en Europa, los desarrollos post-Chicago²⁷ han tenido una mayor recepción por las autoridades de competencia. En esencia, estos desarrollos se basan en la teoría de juegos y en los modelos de señalización, basados en la hipótesis de que las decisiones empresariales se adoptan en contextos de información imperfecta. Así, explican cómo los costes de la predación pueden ser menores que los inicialmente previstos, y sus beneficios ciertos y a corto plazo.

Más concretamente, se indica como la predación puede ser una forma de señalizarse, haciendo que aunque en un mercado

²⁶ "La empresa realizará este sacrificio cuando considere que es probable que pueda recuperar las pérdidas o los menores beneficios en un momento ulterior cuando su práctica haya tenido el efecto expulsión deseado.⁶⁵ Por tanto, la expulsión deberá permitir al depredador volver a, o obtener precios elevados posteriormente." Párrafo 96 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses Public consultation (December 2005).

²⁷ Tirole, J. (1989), *The Theory of Industrial Organisation*, MIT Press.

comporte un coste a corto plazo, en otros puede tener el efecto positivo de disuadir la entrada, teniendo por tanto un efecto beneficioso también en el corto plazo.

5. Conclusiones

La persecución de prácticas abusivas es controvertida en distintos aspectos, como lo demuestran los problemas identificados en la persecución de las políticas de precios adoptadas por las empresas dominantes.

Esto no quiere decir que los precios excesivos o los predatorios no se tengan que perseguir, sino que la dificultad de determinar a priori sus efectos sobre el funcionamiento del mercado y los consumidores aconseja su análisis individualizado, considerando las circunstancias específicas del mercado en el que se desarrolla la práctica.

Además, esta intervención debería ser cautelosa y los criterios claros y conocidos. De lo contrario se genera inseguridad jurídica y en consecuencia ineficiencia económica. Si el dominante sospecha que puede ser sancionado por perseguir beneficios extraordinarios, no asumirá los riesgos ni acometerá las inversiones necesarias para obtener dichos beneficios, dejándose de percibir por la sociedad los posibles beneficios que de ella se puedan derivar en términos de mejora de los productos, aparición de nuevos servicios o reducción de los precios.

Por el contrario, si se logra definir un marco de actuación claro y estable -que equilibre adecuadamente la sanción de las conductas perjudiciales y la libertad de los operadores para diseñar estrategias competitivas-, se facilitará la vida a las empresas a la vez que se protegerá adecuadamente al consumidor.

La experiencia de los últimos años en España muestra un sesgo excesivamente contrario a las conductas de empresas dominantes -frente a otras prácticas-, sesgo que casa mal con la postura casi unánime en el ámbito de la teoría acerca de las enormes dudas que plantea esta figura del derecho de la competencia.

En este contexto, hoy en día, existe consenso acerca de la conveniencia de que las autoridades de competencia centren sus esfuerzos en la persecución de los cárteles de núcleo duro. Se trata de prácticas que no generan eficiencias, con efectos adversos sobre el consumidor claros. La seguridad jurídica en este caso es máxima ya que se trata de prohibiciones *per se*, que no requiere mucho análisis sobre su racionalidad. El problema en la sanción de este tipo de conducta es encontrar la prueba necesaria. Otra cosa es la colusión tácita, y el comportamiento conscientemente paralelo que sí exige un análisis de su justificación objetiva.

Las decisiones pactadas pueden hacer más eficaz el Derecho de la Competencia

Al hacer un balance, desde el punto de vista empresarial, de los diecinueve años de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 1989, que acaba de ser sustituida el 1 de septiembre pasado por la ley del mismo nombre, de 3 de julio de 2007¹, debemos preguntarnos por sus resultados para valorar su eficacia como instrumento en manos del legislador.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid. Amplió sus estudios en la Escuela de Funcionarios Internacionales de Madrid, la Escuela Diplomática, la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el "Europa Instituut" de Amsterdam y el INSEAD de Fointainebleau. Es funcionario de la Carrera Diplomática en excedencia. Ha estado destinado en Argel, Libreville, Sofía y París. Como abogado y consultor de empresas fundó en 1985 el Despacho Martínez Lage & Asociados, especializado en Derecho de la Unión Europea y de la Competencia, que en 2007 se fusionó con el Despacho estadounidense Howrey LLP, siendo actualmente el Socio Director de Howrey Martínez Lage. Es miembro del Consejo de Administración de Iberdrola Renovables, Secretario del Consejo de Administración de SKF Española y de Fujitsu Services, y en el pasado lo fue de otras sociedades como Telettra España y la Empresa Nacional Elcano de la Marina Mercante. Es miembro de la Junta Directiva del Círculo de Empresarios.

¹ Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 de julio.

De una ley de defensa de la competencia cabe esperar fundamentalmente dos cosas: que promueva la competencia allí donde no la haya, y que restablezca la competencia allí donde, habiéndola, ha sido reducida o anulada, o está amenazada de serlo. A estos dos objetivos de la legislación concurrencial se les viene conociendo en la doctrina y práctica norteamericanas como “*antitrust policy*” (política de la competencia) y “*antitrust practice*” (práctica de la competencia), respectivamente.

Vamos a centrar nuestra contribución a este Libro Marrón del Círculo de Empresarios en el balance de los resultados de la “*práctica de la competencia*” en la aplicación de la LDC hasta ahora vigente, dejando para otros, u otra ocasión, la valoración de los resultados de la “política de la competencia”. Y dentro de la práctica vamos a dejar también de lado el ámbito del control de las operaciones de concentración empresarial, que plantean problemas distintos de los que queremos abordar aquí.

Vamos, pues, a intentar (i) hacer un balance de los resultados de la aplicación de la LDC para restablecer la competencia allí donde pudo ser dañada. Veremos a continuación (ii) cómo la nueva LDC trata de mejorar estos resultados. Y concluiremos con (iii) una propuesta algo novedosa para mejorar la práctica de la competencia: las decisiones pactadas.

1. Balance de aplicación de la LDC: el factor tiempo y otras imperfecciones del régimen hasta ahora vigente

Es bien sabido que la LDC (tanto la vigente como la de 1989) parte de la prohibición de dos grandes categorías de conductas: los acuerdos, de todo tipo y caracterización, que puedan restringir la competencia, y los abusos de posición dominante, en sus muy diferentes versiones. Coincide en esto nuestra LDC con el Tratado de la Comunidad Europea y con el Derecho de la mayoría de los casi cien países que cuentan ya con legislación protectora de la competencia².

Para la aplicación de estas prohibiciones, nuestro legislador, al igual que el de la mayoría de los países europeos –y en contraste con el legislador norteamericano– optó en su día (en 1963 y en 1989) por encomendar la aplicación de la LDC, en principio, a un órgano administrativo especializado: el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, que, pese a su nombre, era un órgano administrativo) cuyas actuaciones iban precedidas por las de otro órgano administrativo (el Servicio de Defensa de la Competencia, SDC). El procedimiento se desarrollaba en dos fases –una ante cada uno de los órganos citados– las decisiones del SDC podían ser recurridas ante el TDC y las resoluciones del TDC podían ser recurridas en vía contencioso-administrativa, primero ante la Audiencia Nacional

² Contiene la nueva LDC, al igual que la de 1989 y la de 1963, un extraño precepto –que no tiene igual en otras legislaciones– que prohíbe también el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, de escasísima aplicación en el pasado.

(AN) y, luego, en casación, ante el Tribunal Supremo (TS). Si, además, el perjudicado por la conducta anti-competitiva quería reclamar la compensación de los daños que había sufrido, debía iniciar un nuevo procedimiento (civil ordinario) cuya sentencia podía ser primero apelada, ante la Audiencia Provincial (AP), y luego recurrida en casación ante el TS.

Habrá caído en la cuenta el lector –si no lo supiera ya por propia experiencia– que una de las críticas más frecuentemente oídas en los círculos empresariales acerca de la legislación española de la competencia (y también de la comunitaria) es la extraordinariamente larga duración de los procedimientos necesarios para obtener una resolución firme. (Y, no digamos si, posteriormente, se pretende obtener la reparación de los daños).

Hay algunos casos cuya duración es realmente sangrante y obliga a interrogarse sobre la eficacia del Estado de Derecho.

Uno de ellos es, sin duda, el de la denuncia presentada por *McLane* (hoy *Conway*) contra *Tabacalera* (luego, *Altadis*, hoy *Imperial Tobacco*) por abuso de posición de dominio (negativa de suministro). *McLane* presentó su denuncia en septiembre de 1996. En mayo de 1997 el TDC acordó una medida cautelar ordenando a *Tabacalera* el suministro a *McLane* de labores de tabaco de sus propias marcas. La medida cautelar fue suspendida (cauteladamente) por la AN. Frente a esta resolución *McLane* interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que en junio de 2000 revocó la suspensión

cautelar dictada por la Audiencia Nacional. Mediaron todavía otras resoluciones favorables a *McLane* y, en abril de 2002, el TDC estimó, finalmente, que *Tabacalera* había infringido el artículo 6 de la LDC al negarse a suministrar labores de tabaco de sus marcas a *McLane*, resolución que fue confirmada en noviembre de 2003 íntegramente por la AN. Pues bien, a fecha de hoy (abril de 2008), es decir, casi doce años después de presentada la denuncia, está pendiente de resolverse todavía el recurso de casación interpuesto por *Tabacalera/Altadis*, y la resolución del TDC no ha sido ejecutada, a pesar de que *McLane* ha obtenido finalmente, hasta ahora, todas las resoluciones a su favor.

Es verdad que esta situación sería hoy irrepetible porque, en materia de plazos, algo se ha mejorado.

Hasta 1998 –año en que la situación cambió con la entrada en vigor de la ley 66/1997 que introdujo, entre otras cosas, un plazo de caducidad para los procedimientos sancionadores– no existía plazo para la resolución de los procedimientos administrativos de defensa de la competencia, que, en algunos casos –no sólo en el citado de *McLane/Tabacalera*– llegaron a durar más de seis años. A partir de 1998, el plazo total no podía sobrepasar, salvo excepciones tasadas, los treinta y seis meses. La vigente LDC ha reducido este plazo a dieciocho meses.

En la AN la duración de los recursos, que en el pasado se situó en una media superior a los tres años, últimamente está muy cercana a los veinticuatro meses.

También en el TS la duración de los recursos de casación en esta materia se ha reducido considerablemente, cifrándose –salvo incidentes– en algo más de dos años.

De todos modos, aún hoy, un procedimiento iniciado ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, que ha venido a sustituir al SDC y al TDC) puede durar cinco años hasta que la resolución administrativa sea firme.

Esta duración resulta excesiva para todo el mundo. Desde luego para el posible denunciante, que necesita –si tiene razón– que la infracción que le afecta cese cuanto antes. Igualmente para el mercado y los consumidores, que –de ser justa la denuncia– estarán padeciendo indebidamente en eficacia el primero, y, en calidad del producto, o servicio, y en precio, los segundos. Y también es un plazo excesivo para la Administración –la ordinaria y la de Justicia– que estará empleando sus medios con manifiesta ineficiencia en relación con el resultado.

Se habrá observado que en el párrafo anterior no menciono entre los perjudicados por la excesiva duración de los procedimientos a los denunciados o investigados. Es verdad que muchas veces la empresa que es objeto de una investigación puede optar, torpemente en mi opinión, por prolongar abusivamente un procedimiento cuya resolución final teme que le resulte adversa. La opción, repito, será torpe si con ella pretende obtener una duración ficticiamente larga, que le permita continuar la práctica cuestionada,

y la resolución final termina siéndole adversa. Aunque sea años más tarde, nada impedirá que las víctimas de esa conducta reclamen al declarado responsable todos los daños que han padecido desde que comenzó la infracción.

La reclamación de los daños causados por las infracciones al Derecho de la Competencia está empezando a ser en Europa, como lo es en EE.UU., desde hace muchos años, la clave de la eficaz aplicación de sus normas. La reclamación de los daños causados es tan importante, o más, que el pago de las multas.

Pero no hay que confundir el alargamiento artificioso de los procedimientos con un uso normal de todos los medios de defensa, incluidos los recursos, al alcance de los interesados. La duración de los procedimientos no puede reducirse mediante un puro ejercicio de arbitramento. Es necesario respetar los legítimos derechos de defensa. No cabe tampoco, como alguna vez se sugirió, limitar los recursos de los imputados en estos procedimientos que, con cierta frecuencia, terminan con el archivo de las actuaciones o la constatación de que todos, o algunos, de los imputados no han incurrido en ninguna infracción. Las empresas no pueden ser privadas de estas garantías procedimentales en aras de una mayor eficacia en la aplicación de las normas. Es absolutamente necesario evitar los “falsos positivos”.

Pero, incluso para las empresas que son objeto de uno de estos procedimientos, su larga duración implica serios perjuicios entre los

cuales se hallan, sin duda, la distracción del equipo directivo de su actividad fundamental que es la conducción del negocio, no los pleitos; la incertidumbre en cuanto al marco futuro de su actividad; y los daños a su imagen. (El bien conocido caso Microsoft ante la Comisión Europea, ilustra esta afirmación).

Otro de los reproches que se han hecho frecuentemente a las autoridades es que las soluciones que imponen para resolver los problemas de competencia a los que se enfrentan son, algunas veces, inútiles o, incluso, contrarias a la libre competencia³.

Intervenir administrativamente en la libre competencia empresarial para restablecerla o mantenerla –que es la paradoja del Derecho de Defensa de la Competencia– comporta serios riesgos de distorsionarla, y debe hacerse con la máxima precaución. La doctrina ha puesto de manifiesto, por ejemplo, cómo la obligación impuesta hace unos años por la Comisión Europea a *Microsoft*⁴, para poner fin a un abuso de posición dominante, obligación consistente en comercializar una versión del programa *Windows* que no incorporara la función *Media Player*, no produjo ningún efecto positivo en el mercado porque el producto, así empobrecido, carecía de demanda.

3 V. sobre esta materia: “Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia”, Directores, Martínez Lage, S. y Petibò, A., Madrid, 2008, Ed. Fundación Rafael del Pino/Marcial Pons.

4 COMP/3792-Microsoft.

Finalmente, desde algunos sectores –tanto empresariales como, sobre todo, de la Administración– se ha señalado otra posible ineficacia de la LDC. Según estos críticos, las normas de defensa de la competencia serían frecuentemente burladas porque muchas empresas pueden encontrar más interesante obtener ciertos beneficios con la infracción, descontando la multa, que cumplir las prohibiciones de defensa de la competencia. Se plantea así la posible deficiencia del efecto disuasorio que deben tener las multas previstas en la LDC.

2. La nueva LDC ante estos problemas

Hace ya un par de años escribí que “nunca antes en nuestro país una Ley de Defensa de la Competencia –y muy pocas veces otras leyes, si excluimos las que recalcan en la Comisión General de Codificación– había sido objeto de una elaboración tan pausada, reflexiva y participativa” como la que ha terminado siendo la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁵.

Era, por tanto, lógico que todos los problemas que acabo de mencionar fueran tenidos en cuenta por los redactores del anteproyecto y del proyecto de ley, y, finalmente, por los legisladores.

Y así fue, en realidad. En mayor o menor medida, la nueva ley trata de ganar en eficacia sobre la ley a la que viene a remplazar.

5 “Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia”, núm. 241, abril de 2006.

En primer lugar, la nueva LDC simplifica el procedimiento administrativo y reduce –como queda dicho– el plazo para constatar la existencia de una infracción que –en su conjunto– no podrá sobrepasar los dieciocho meses. Aunque a cualquier empresario, y, sobre todo, a los que operan en mercados rápidamente cambiantes –como pueden los de las nuevas tecnologías, las telecomunicaciones o la energía– dieciocho meses puede parecer un plazo excesivo –cuando son ellos los que padecen la restricción de la competencia– debemos ser conscientes de que la aplicación eficaz del Derecho de la Competencia no puede llevarse por delante los irrenunciables derechos de defensa. (Por experiencia profesional sabemos que los empresarios que se quejan de la larga duración de estos procedimientos, cuando es su empresa la que padece una restricción de la competencia, no están dispuestos, como es lógico, cuando es su empresa la encausada, a renunciar a ningún arma de defensa, incluidos todos los recursos, aunque con ello se alargue el procedimiento).

Para paliar la larga duración del procedimiento administrativo, prevé la LDC un régimen de medidas cautelares que debe adoptar la CNC, cuando las conductas investigadas puedan causar daños de imposible o difícil reparación. La nueva ley ha flexibilizado este procedimiento, permitiendo que puedan ser adoptadas en cualquier momento y eliminado los plazos de duración máxima de dichas medidas. Es igualmente necesario que se imponga la mayor prudencia para que la jurisdicción contencioso-administrativa (en particular la AN) no deje sin efecto esta facultad de la Administración suspendiendo (también cautelarmente) las medidas

que adopte la CNC, como ha ocurrido alguna vez en el pasado. Las medidas cautelares, cuando son adecuadamente planteadas, pueden, si no anticipar la solución final del problema, impedir que la solución que se le termine dando sea inaplicable por tardía.

Sin embargo, para una eficaz y rápida aplicación de las normas de la competencia, más importante que el acortamiento de los plazos del procedimiento administrativo, y que la adopción en el mismo de medidas cautelares, creo que puede ser la radical novedad introducida por la nueva LDC al permitir que los perjudicados por una infracción de estas normas busquen satisfacción acudiendo directamente a los jueces y tribunales del orden civil⁶ sin tener que esperar –como hasta ahora– el pronunciamiento previo de la CNC (antes, del TDC) y su revisión judicial por la AN y el TS.

Se abre de esta manera una posible doble vía, paralela y simultánea, de aplicación de las normas de la competencia: la civil y la administrativa. (O, si se prefiere utilizar la terminología norteamericana: el “*private enforcement*” junto al “*public enforcement*”). Los empresarios, debidamente asesorados, tendrán que elegir en cada conflicto la vía por la que crean poder obtener mejor y/o más rápida satisfacción a sus pretensiones. En algunos casos, las dos vías podrán resultar necesarias, pues no debemos olvidar que la CNC dispone de facultades de investigación, reforzadas en la nueva LDC, de las que carecen los jueces.

⁶ Más exactamente, a los juzgados de lo mercantil.

Parece, en todo caso, muy probable que esta aplicación privada de las normas de la competencia podrá acortar considerablemente los plazos para que los perjudicados obtengan satisfacción. E, igualmente, que las sentencias del orden civil que se dicten en procedimientos de reclamación de daños y perjuicios –dada la cuantía de los mismos– tendrán tanto, o más, efecto disuasorio que las multas.

Otras novedades de la recién entrada en vigor LDC, que tienden a una mayor eficacia en su aplicación, serán comentadas por otros contribuyentes a este Libro Marrón. Destacan entre ellas, las denominadas, por la exposición de motivos de la ley, medidas de “clemencia”, que no son otra cosa que una incitación a la delación de las prácticas restrictivas (más concretamente, de los cárteles) por parte de un participante en las mismas, a cambio de una exención o reducción de la multa que habría de corresponderle. La experiencia de otras jurisdicciones que han puesto en práctica un sistema similar (como la Comisión Europea, bajo su denominación inglesa de “*leniency*”) pone de manifiesto su temible eficacia, pues es bien sabido que en todo cártel suele existir un “descontento” que, en cuanto encuentra una puerta abierta para retornar a la libre competencia, vuelve grupas.

No voy a detenerme en este interesante punto, porque quiero abordar ya el objeto central de este artículo, las que llamo decisiones pactadas, que considero pueden ser un útil instrumento para hacer más eficaz la aplicación del Derecho de la Competencia.

3. Las decisiones pactadas

En un primer momento, pensé titular este artículo “transacciones en competencia”⁷ para poner de manifiesto que se trataba, precisamente, de explicar la posibilidad y conveniencia de eso: de alcanzar un acuerdo transaccional, un arreglo, si se prefiere, entre los órganos encargados de aplicar las normas de la competencia y las empresas involucradas en una investigación o procedimiento, para ponerle fin satisfactoria y rápidamente. Transacción es, en efecto, –así lo pone de manifiesto su etimología– una “acción que se ha verificado más allá de la vía ordinaria puesto que ha sido objeto de una convención” (BARCIA, Diccionario Etimológico).

Se trata de lo que en inglés se denomina “*settlement*”, término también hoy muy en boga en nuestra jerga jurídica y empresarial⁸.

Los acuerdos entre los poderes públicos y las empresas para poner término a procedimientos en materia de *antitrust* son frecuentes tanto en EE.UU. (los famosos *Consent Orders* y *Consent Decrees*) como en la Unión Europea en la que recientemente se ha

⁷ Evité este título porque podría resultar un tanto engañoso. Probablemente algunos lectores se animaran a leerlo pensando que iba a tratar de las operaciones (transacciones) que se realizan en régimen de competencia cuasi-perfecta, como serían, las que tienen lugar en los mercados públicos (bolsas, lonjas...) o a través de procedimientos públicos de concurrencia (subastas, concursos...).

⁸ No descarto que, también en este contexto, “*settlement*” termine siendo traducido a nuestro idioma por “asentamiento”, y “*to settle*” por “asentar”, de modo que oigamos en unos años que dos empresas han acordado “asentar” sus disputas.

institucionalizado una práctica pactista de la Comisión. Desde la entrada en vigor, hace cuatro años, del Reglamento que le dio carta de naturaleza (Reglamento 1/2003), la Comisión ha anunciado ya en varias ocasiones la conclusión de procedimientos sancionadores mediante compromisos con las empresas investigadas. (Entre los más conocidos figuran los referidos a la *Liga de Fútbol Alemana*, *Repsol* y *Coca-Cola*). Los compromisos consisten esencialmente en que las empresas investigadas aceptan determinadas pautas de comportamiento para el futuro, sin que ello implique, por su parte, reconocimiento alguno de culpabilidad o conducta ilícita en el pasado, y la autoridad se abstiene de imponerles eventuales sanciones.

En España la terminación convencional de los procedimientos administrativos (nombre técnico con el que se conocen estos acuerdos de la Administración con los particulares) fue introducida por primera vez en la ley de 1992 reguladora del procedimiento administrativo común, que prevé la posibilidad de utilizarla en cualquier tipo de procedimiento siempre que se cumplan determinados requisitos (básicamente: conformidad con el ordenamiento jurídico, afectación a materias no sometidas a potestades absolutamente regladas y satisfacción del interés público). Sin embargo, su empleo en la práctica ha sido muy escaso, desigual, y casi inexistente en los procedimientos sancionadores.

La reforma de la LDC llevada a cabo en 1999 previó expresamente la posibilidad de que los procedimientos por infracciones a las normas concurrenciales se terminaran mediante un acuerdo

entre los interesados y el SDC. Pero la regulación de esta posibilidad fue hasta ahora tan poco afortunada que en estos nueve años tan sólo en tres ocasiones –que conozcamos– se ha conseguido la terminación convencional de uno de estos procedimientos (los relativos a entidades de gestión de derechos de autor, tasas de intercambio en los sistemas de pago por tarjeta y servicios de correos).

La nueva LDC –siguiendo la recomendación unánime de los expertos– ha flexibilizado el sistema de terminación convencional, al permitir que el acuerdo entre la CNC y las empresas se alcance incluso después de la formulación del llamado “pliego de concreción de hechos” (pliego de cargos). Pero sigue sin entenderse la limitación que supone que el acuerdo deba formalizarse antes del denominado informe propuesta. Más importante aún para facilitar este modo de poner término a los expedientes sancionadores, es que la nueva LDC haya suprimido la exigencia contenida en la antigua LDC de que todos los interesados presten su conformidad al acuerdo (sin perjuicio, claro está, de que los disconformes recurran la decisión que ponga fin convencionalmente al expediente).

Las ventajas de estos acuerdos –que, en la mayoría de los casos, se han aplicado en supuestos de abuso de posición de dominio– son claras. Permiten a la Administración y a las compañías objeto del procedimiento acortar su duración. La primera puede dedicar sus limitados medios a otros asuntos. Las segundas evitan gastos y desgastes, y encuentran un marco de seguridad jurídica para su estrategia empresarial: en mercados rápidamente cambiantes saber a qué

atenerse es un valor empresarial fundamental. Ello es bueno también para el mercado, y, en último término, para los consumidores, pues la autoridad pone rápidamente término a lo que considera una restricción de la competencia, sin el riesgo de que su decisión sea recurrida por la empresa que ofrece los compromisos. Por otra parte, en la medida en que los compromisos (“*undertakings*”) que asumen las empresas han sido propuestos por ellas y aceptados por la Administración después de consultar con otros que operan en el mismo mercado (“*market test*”), es más difícil que se produzcan las inadecuaciones entre problemas y remedios que hemos señalado anteriormente. Como queda dicho, la empresa evita las sanciones y, además, el acuerdo no implica reconocimiento alguno por su parte de culpabilidad o conducta ilícita en el pasado.

El éxito de estos primeros ensayos de terminación convencional ha llevado a la Comisión Europea (CE) a dar un paso más en este sentido para tratar de encontrar también soluciones pactadas en el más delicado y temido ámbito del Derecho de la Competencia: los cárteles. Muy recientemente (el 30 de junio de 2008) la CE ha publicado un proyecto de reglamento y un proyecto de comunicación “en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en los cárteles”⁹.

En contraste con el mecanismo convencional hasta ahora existente (los denominados “compromisos del artículo 9”) el procedimiento que ahora propone la CE para acelerar los procedimientos en materia de cárteles, implica una aceptación por parte de las empresas de la infracción que les imputa la CE. A cambio de ello, y del tiempo que hacen ganar a la CE, ésta ofrece a las empresas que acepten la solución transaccional una reducción de la multa en un 10%.

Aunque es sabido que las multas que impone la CE (lo mismo que la CNC) pueden alcanzar cantidades astronómicas, dado que su límite es el 10% de la cifra de negocios, y que, por tanto, una reducción del 10% sobre esta cifra, en términos absolutos no es despreciable, ha causado decepción en los medios especializados la oferta de la CE. En los Países Bajos, que es uno de los primeros países de la UE que introdujo, en 2005, medidas similares, la rebaja en las sanciones es de un 15%¹⁰. La CE aduce para justificar esta limitada “recompensa” –así la denomina en español– que el ofrecimiento de una mayor reducción pondría en peligro su programa de clemencia, que tan buenos resultados le está dando: las empresas, en lugar de tomar la iniciativa de acudir a solicitar la

⁹ http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/procedure_regulation_es.pdf

¹⁰ Estas medidas se introdujeron al mismo tiempo que un programa de clemencia (“*leniency*”) específicamente diseñado para el sector de la construcción y obras públicas, que tuvo, según las autoridades neerlandesas, gran éxito, dado que nada menos que 473 empresas se autoinculparon. Sin duda no fue ajena a este “éxito” la amenaza legal de excluir de la contratación pública a las empresas que no colaboraran con la Autoridad en el desmantelamiento del supuesto cártel.

exención o reducción de la multa, mediante la delación, esperarían a ver qué ocurre y, una vez abierto el expediente, colaborarían con la CE a cambio de una reducción sustancial de la sanción...

Lo cierto es que tanto en los ya vigentes mecanismos de clemencia como en estos, por venir, mecanismos de recompensa, subyace, pendiente de resolver, un problema mayor, que es la posible reclamación de daños y perjuicios por parte de los perjudicados por las prácticas anti-competitivas, cuya cuantía podría ser igual o superior a la de las multas que se evitan o reducen.

La CE es consciente de ello, como declaró la Comisaria Neelie Kroes en su visita a Madrid el pasado día 30 de junio, y está trabajando en la búsqueda de alguna solución. Se trata, sin embargo, de una cuestión nada fácil y de honda repercusión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En todo caso, estimo que deben facilitarse al máximo las que, de manera genérica, he llamado “decisiones pactadas” en materia de competencia. Con ello, ganarían no sólo las empresas y el mercado, sino también la Administración y los tribunales, pues se mejorarían muchas de las deficiencias señaladas al comienzo de este artículo, mediante el acortamiento de los procedimientos, la reducción de la litigiosidad, la adecuación de los remedios y la eliminación de la inseguridad jurídica.

El efecto disuasorio de los instrumentos de defensa de la competencia. Una visión en el ámbito del Derecho Administrativo

1. Introducción

El Derecho ha aparecido en su evolución histórica, no sólo como un instrumento de resolución de conflictos y mantenimiento de la paz social, sino también, como un instrumento apto para provocar determinados comportamientos, bien sea por la amenaza de un castigo, como por la ventaja de un incentivo ante un determinado comportamiento.

En el momento actual sigue existiendo en el ordenamiento jurídico ese elemento provocador de comportamientos que se consideran adecuados al interés social.

En el caso de la regulación jurídica relativa a defensa de la competencia, la nota disuasoria de comportamientos que puedan dañarla se presenta de manera muy nítida, porque en el momento actual la defensa de la libre competencia en el mercado de bienes y

* Magistrada. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

servicios se considera un principio de orden público por su intenso reflejo en el interés general y en el bienestar de la población.

Ahora bien, para que una regulación jurídica sea realmente disuasoria de actuaciones no deseadas es necesario que concurren las siguientes características en su contenido:

1. Claridad de la norma de aplicación. La delimitación de la conducta, así como la respuesta ante la misma, ha de ser clara y precisa de suerte que no induzca a error a sus destinatarios, pues de otra manera provocará abstenciones en la actuación y confusiones que, lejos de procurar la protección del interés general que se pretende, causará inseguridad jurídica y desconcierto.
2. Probabilidad real de conocer la existencia del comportamiento prohibido. La certeza del descubrimiento del comportamiento prohibido, llevará a los destinatarios de la norma a evitarlo, de forma exponencialmente más intensa que en los casos en que la certeza consista en el improbable descubrimiento del mismo. Los sistemas cuyas estructuras organizativas les permiten un alto grado de persecución del comportamiento prohibido articulan la disuasión sobre este elemento; mientras que aquellos cuyo desarrollo organizativo les impide una eficaz persecución de las conductas lesivas suelen establecer sanciones muy gravosas para que la improbabilidad del descubrimiento se vea compensado por la fuerte reacción ante el mismo, como elemento disuasorio.

3. Gravedad de la respuesta. El perjuicio previsto por la norma jurídica para aquellos que incurran en el comportamiento prohibido es, sin duda, un instrumento disuasorio de primer orden; si bien ha de venir determinado por la proporcionalidad a la gravedad de la lesión del interés general y a la no causación de efectos que puedan dañar, más que beneficiar, el interés protegido. La convicción social de la justicia material de una respuesta ante una infracción jurídica opera de forma positiva en el colectivo al que se dirige.
4. Efectividad de la respuesta. No solo ha de reaccionar el ordenamiento jurídico respondiendo al comportamiento lesivo, sino que la respuesta ha de ser ejecutada de forma eficaz y efectiva, pues, de otra forma, la elusión de la respuesta actuaría como elemento inhibitor del efecto disuasorio de tal respuesta.

Veamos cómo se reflejan estos principios en la regulación española en materia de defensa de la competencia desde el punto de vista de la actuación de la Administración Pública y qué elementos de ella sería necesario complementar para que los mismos se cumplieren.

2. Claridad de la norma de aplicación

Decíamos que la claridad de la norma jurídica es esencial para la prevención de las conductas dañosas a los intereses públicos en general y a la libre competencia en particular. Una norma jurídica

confusa provocará inseguridad jurídica; abstención en comportamientos que, lejos de estar prohibidos, podrían incluso provocar efectos beneficiosos; y, finalmente, crear resquicios para eludir su correcta aplicación. La disuasión de conductas lesivas a la libre competencia encuentra un elemento esencial en la clara delimitación de las conductas prohibidas.

En la Ley 15/2007 encontramos algunos elementos clarificadores y otros que introducen confusión.

2.1. Elementos que introducen confusión

Cuatro son los aspectos de la Ley española que podríamos señalar como inseguros o - dicho de otra forma - que admiten un amplio margen de interpretación.

En primer lugar, la coexistencia de un órgano ad hoc de supervisión del correcto desenvolvimiento de los mercados desde el punto de vista de la competencia con otros reguladores sectoriales con facultades en la materia supone la confluencia de distintas interpretaciones y actuaciones que tienden a oscurecer los límites de la libre competencia y las conductas que puedan dañarla. Plantea también problemas técnicos de articulación sobre las actuaciones de tales órganos incidiendo sobre un mismo aspecto. La Ley ha tratado de introducir claridad en el sistema mediante los instrumentos de cooperación que después analizaremos; pero, en todo caso, debe quedar meridianamente clara la exclusividad de los órganos de defensa de

la competencia cuando de la salvaguarda de la concurrencia en los mercados se trata; de suerte que los operadores económicos entiendan como vinculantes en el nivel administrativo sus decisiones.

La mecánica prevista en la Ley, referida a la delimitación de las conductas prohibidas, tampoco se encuentra exenta de problemas desde la perspectiva de la fijeza del Derecho aplicable. La previsión del artículo 1.3 de la Ley de inaplicabilidad de su artículo 1.1 y 2, cuando *“La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: A. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. B. No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y, C. No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.”*, supone el desplazamiento de la valoración de la concurrencia de tales circunstancias del órgano de defensa de la competencia (tal como se establecía anteriormente) al operador económico que hará la valoración. Si bien ello responde a la regulación emanada de la UE, la realidad es que la introducción de una valoración por el sujeto al que se aplica la norma necesariamente incidirá en un debilitamiento de la respuesta que el Derecho pueda dar ante la infracción - si se produce -, pues habrá que atender a la razonabilidad de la valoración que realice para determinar si concurre culpabilidad que pueda

amparar la imposición de la sanción. Habremos de esperar a la aplicación práctica de la norma en el tiempo para poder determinar con precisión el funcionamiento de esta mecánica.

Un tercer elemento de ambigüedad lo encontramos en la regulación que de las potestades administrativas realiza el artículo 4 de la Ley 15/2007.

El citado precepto establece en su primer párrafo una causa de justificación. Esto es, determina un supuesto de ajuste a la legalidad de un comportamiento que aparece tipificado como prohibido y, por ello, constitutivo de infracción. El supuesto no es otro que aquel en que las normas comunitarias o una norma con rango de Ley española admitan el comportamiento. La razón es clara: si una Ley formal prohíbe la conducta por contraria a Derecho; también una Ley formal, o norma que le sea preeminente, puede declarar excepciones a dicha prohibición, convirtiendo la conducta excepcionada en conducta conforme a Derecho. Ningún problema se plantea si la Ley es clara.

Pero otra cuestión es la incidencia sobre la libre competencia de las actuaciones de poderes públicos o empresas públicas o del ejercicio de potestades administrativas sin amparo legal. La Ley señala que no excluye la prohibición; pero nada dice, acertadamente, sobre la sanción.

El problema de la incidencia del ejercicio de potestades administrativas se ha planteado ante los tribunales de justicia de manera reiterada. En resumen, la doctrina jurisprudencial elaborada afirma que, cuando se ejercitan potestades administrativas con habilitación legal e imperium, el control de la actuación administrativa escapa a los órganos de defensa de la competencia porque el sujeto no es operador económico. Pero, antes y ahora, el problema se centra en delimitar cuando se actúa con habilitación legal y hasta donde llega ésta en cada caso.

Algo semejante hemos de decir respecto de los poderes públicos. Si actúan con habilitación legal e imperium no son considerados operadores económicos y, por tanto, escapan al control de los órganos de defensa de la competencia.

Cuestión distinta es la actuación de una empresa pública, que, siendo como es operador económico, está sujeta a las normas de defensa de la competencia y sólo podrá eludir la prohibición en la misma forma que cualquier otro operador, encontrando amparo legal el comportamiento prohibido, porque en tal caso deja de estar prohibido.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando un operador económico actúa según órdenes o instrucciones emanadas de los poderes públicos o de un órgano administrativo en ejercicio de potestades administrativas? Lógicamente, la Ley 15/2007 señala que la conducta continúa estando prohibida porque efectivamente los poderes públicos

y las Administraciones Públicas no pueden derogar singularmente una Ley. Pero lo que está fuera de toda duda es que al operador económico no puede exigírsele responsabilidad sancionadora o civil cuando actúa cumpliendo las órdenes o instrucciones de quienes ejercen imperium, puesto que no le corresponde un examen en profundidad de la actuación administrativa para determinar su legalidad y decidir obedecerla o negarse a ello. Por otra parte, la presunción de legalidad de la actuación administrativa le obligaría a acudir a los tribunales de justicia para obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad de la actuación o, de otra forma, se encontraría enfrentado a la ejecución forzosa de la decisión administrativa en virtud del principio de autotutela.

En conclusión, el ejercicio de potestades administrativas y la actuación de los poderes públicos que incidan en la libre competencia, debilitarán la disuasión del comportamiento no querido, en cuanto, inevitablemente su actuación eliminará la responsabilidad del sujeto, la sancionadora, en cuanto falta el elemento subjetivo de la infracción – voluntad o negligencia del infractor -, y la civil, en cuanto rompe el nexo causal, si bien, en este último caso, podría desplazarse a una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública actuante.

Desde esta perspectiva, correctamente la Ley establece en el artículo 4.2 que las prohibiciones en ella establecidas se aplicarán aun ante tales actuaciones públicas, pero nada dice de las sanciones que puedan imponerse, porque ello supondría establecer unas responsabilidades infractoras objetivas que nuestro Derecho rechaza.

También el artículo 5 de la Ley 17/2007 introduce cierta inseguridad en la norma. Se establece que no se aplicarán las prohibiciones de los artículos 1 a 3 a aquellos comportamientos de escasa importancia que no afecten de manera significativa a la competencia. La forma de redacción del precepto parece que no otorga margen de apreciación a los órganos de competencia; esto es, una vez constatado que el comportamiento reviste escasa importancia, los órganos de competencia no pueden corregir la conducta no ya imponiendo una sanción, sino ni siquiera prohibiéndola, pues la “prohibición”, y por ello la “sanción”, no se aplican – sin perjuicio de las responsabilidades civiles o las reclamaciones entre particulares -.

Y en este supuesto nuevamente hemos de preguntarnos ¿qué entendemos por conducta de escasa importancia?, porque ello no es evidente. Efectivamente, existirán supuestos en los que resulte claro que la conducta reviste importancia y otros en los que no la reviste, pero sin duda existe un amplio espectro en el que es dudosa la importancia de la conducta. Y ello obstaculizará el ejercicio de las potestades sancionadoras en cuanto una razonable interpretación por el operador económico de la escasa importancia de la conducta le eximirá de la sanción administrativa, debilitando así el efecto disuasorio de la misma.

2.2. Elementos de clarificación

Todos aquellos mecanismos encaminados a un pronunciamiento previo sobre la legalidad aplicable por el órgano administrativo

encargado de la protección del interés público introducen claridad en el sistema, en cuanto la delimitan de manera previa a la actuación si ésta es acorde con la norma jurídica. En defensa de la competencia no se establecen consultas con la amplitud característica de otros ámbitos jurídicos – especialmente el tributario en el que las consultas de los sujetos pasivos han tenido y tienen enorme relevancia y desarrollo -. Sin embargo, se han introducido en la nueva Ley determinados pronunciamientos que tienden a determinar el derecho aplicable en cada caso.

El primero es el recogido en el artículo 6:

“Cuando así lo requiera el interés público, la Comisión Nacional de la Competencia, mediante decisión adoptada de oficio, podrá declarar, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia, que el artículo 1 no es aplicable a un acuerdo, decisión o práctica, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 o bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. Dicha declaración de inaplicabilidad podrá realizarse también con respecto al artículo 2 de esta Ley.”

La redacción del precepto nos permite extraer las siguientes conclusiones:

1. La declaración consiste en afirmar la inaplicabilidad del artículo 1, bien porque la conducta no reúne los elementos para ser constitutiva de infracción, bien porque, aun siéndolo, concurre la causa de justificación prevista en el artículo 1.3, o lo que es lo

mismo, la conducta no está prohibida, bien porque no constituye infracción prevista en el artículo 1.1, o bien porque está autorizada por disposición del artículo 1.3.

Igualmente, podrá declararse que la conducta se encuentra amparada en una Ley, y en tal caso, como veíamos, la conducta es jurídica y por ello permitida.

La declaración por tanto consiste en afirmar o negar que la conducta es conforme a Derecho.

2. No se especifica en la norma si el pronunciamiento ha de ser posterior o anterior al inicio de la conducta, lo que permite ambas posibilidades.
3. Tampoco se señala la forma en que el órgano de defensa de la competencia tiene conocimiento de la conducta, lo que admite que sean los propios interesados los que pongan en conocimiento del órgano competente el acuerdo, decisión o práctica que presenten dudas de legalidad, previamente al inicio de su desarrollo.
4. La CNC actúa de oficio, lo que implica que la decisión sobre el pronunciamiento solo le corresponde a ella. Ahora bien, quienes pusieron en su conocimiento el comportamiento que pudiera resultar anticompetitivo nunca podrán ser sancionados por el mismo, caso de no existir declaración de la Comisión o si ésta es favorable, porque es evidente la concurrencia de la buena fe en quienes de tal forma actuaron.

En fin, el precepto no determina la existencia de consultas pero su redacción ampara la posibilidad de las mismas.

En la misma línea, el artículo 9 establece la comunicación de concentraciones que, por las circunstancias previstas en el artículo 8, pudieran lesionar la libre competencia. En tales casos, la autorización, expresa o tácita, es requisito necesario previo, lo que implica un pronunciamiento de la legalidad de la concentración que aclara de forma terminante si la misma es ajustada a Derecho.

Y, por último, los informes previstos en el artículo 11 suponen, igualmente, un examen de legalidad de las ayudas públicas desde la óptica de la libre competencia, que determinará un conocimiento que contribuye a la abstención de otorgamientos de ayudas públicas que puedan dañar la libre competencia en el mercado.

3. Probabilidad real de conocer la existencia del comportamiento prohibido

La efectividad en el descubrimiento de los comportamientos prohibidos vendrá determinada principalmente por la estructura de los órganos encargados de perseguirla, por las fuentes de conocimiento y por las facultades de investigación.

3.1. Estructura de los órganos encargados de perseguir la conducta

Una estructura como la española en la que existen, de una parte, un órgano administrativo central y otros de ámbito territorial de defensa de la competencia; de otra parte, órganos reguladores sectoriales cuyas competencias pueden incidir en aspectos

de libre competencia, y por último, órganos judiciales cuyo conocimiento se extiende a las cuestiones relativas a la libre competencia, necesita de eficaces instrumentos de coordinación para ser operativo en el descubrimiento de comportamientos prohibidos.

La Ley 15/2007 establece mecanismos de cooperación entre los órganos administrativos y judiciales implicados, bajo la rúbrica “mecanismo de colaboración y cooperación” en el capítulo II del Título II.

La colaboración y cooperación se centra esencialmente en la emisión de informes y aportación de información. Comprende, pues, aspectos de interpretación jurídica, propia de los informes, y aportación de elementos fácticos, propios de la información.

Entre la CNC y los órganos de las CCAA la cooperación y colaboración se articula sobre lo dispuesto en la Ley 1/2002.

Entre los órganos de defensa de la competencia y los órganos judiciales la colaboración se articula mediante la aportación, por parte de los primeros, de información y observaciones a los órganos judiciales; mientras éstos han de comunicar los autos de admisión a trámite y las sentencias que se refieran a la libre competencia en los mercados. Los textos de las sentencias serán remitidos por la CNC a la Comisión Europea.

La colaboración entre la CNC y órganos de defensa de la competencia de las CCAA y los reguladores sectoriales se articula sobre la transmisión de información desarrollada en los siguientes aspectos:

- a. Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniéndolo, en su caso, el dictamen correspondiente.
- b. Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.
- c. La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley.

En este ámbito de colaboración se establecen reuniones periódicas entre el presidente de la CNC y los de los órganos reguladores sectoriales.

Por último, se establece una remisión a la normativa comunitaria en la colaboración con otros Estados miembros.

3.2. Fuentes de conocimiento de la vulneración de la prohibición

Es evidente que cuanto mayor sea el número de personas con capacidad para poner en conocimiento de los órganos de control la existencia de una conducta antijurídica, mayores serán las posibilidades de que ésta sea descubierta.

En nuestro Derecho los procedimientos ante los órganos de defensa de la competencia se inician de oficio. Esto supone que es el órgano administrativo el que decide si concurren circunstancias que justifiquen una investigación.

Ahora bien, es importante la distinción entre la posibilidad de poner en conocimiento del órgano de defensa de la competencia la existencia de una conducta prohibida y la posibilidad de ser parte en el expediente que pueda iniciarse como consecuencia de dicha conducta y, posteriormente, en vía judicial para discutir el ajuste a la legalidad de los acuerdos adoptados por el órgano administrativo.

En el primer caso, cualquier persona física o jurídica puede poner en conocimiento de los órganos de defensa de la competencia la existencia de conductas prohibidas, acabando ahí su actuación y sin que pueda constituirse en parte en el expediente administrativo. En tales casos, el órgano de defensa de la competencia actúa de oficio, y su decisión sobre el uso de la información recibida no afecta al denunciante.

En el segundo caso, quien pone en conocimiento del órgano administrativo la existencia de una conducta prohibida se constituye en parte en el expediente y puede impugnar las decisiones adoptadas en el mismo ante el órgano judicial competente. En este supuesto, nuestro Derecho requiere de legitimación que ha de venir sustentada por la idea de un interés de quien pretende ser parte en el expediente. Se requiere por ello que el comportamiento objeto de investigación afecte de manera directa o indirecta al interesado.

Ahora bien, la legitimación como interesado en el expediente administrativo, y posteriormente en vía judicial, se reconoce en nuestro Derecho Administrativo también a las asociaciones y grupos de afectados que defiendan intereses colectivos conectados con el comportamiento objeto del expediente administrativo.

Desde este punto de vista, en el ámbito del Derecho Administrativo, las acciones colectivas están plenamente reconocidas, y, aún más, la posibilidad de que asociaciones que defienden intereses colectivos actúen como parte interesada es un medio de

protección de los colectivos afectados; aún cuando estos no acudan al expediente administrativo como interesados.

Otra posición es la que se desarrolla ante la jurisdicción ordinaria, pues en tales casos las reclamaciones han de realizarse por quienes afirmen tener derecho a ellas. En este punto, es evidente que las acciones colectivas facilitan la tutela de los derechos de los afectados ante procesos que pueden ser económicamente muy gravosos.

Pero lo cierto es que en el ámbito de la Administración y los órganos judiciales de control de la legalidad de su actuación, la amplia legitimación reconocida - basada en un interés directo o indirecto respecto a los particulares y en la defensa de la legalidad en relación a las asociaciones que defienden intereses colectivos - posibilita una participación real de terceros en la persecución de las conductas prohibidas y la adopción de medidas para corregirlas o evitarlas.

Un medio que se ha mostrado eficaz para el conocimiento de la realización de comportamientos prohibidos ha sido la aplicación de exención o disminución de la responsabilidad a quienes aporten datos y pruebas sobre tal comportamiento, estando implicados en él. En la Ley 15/2007 se establece una exención o disminución de la responsabilidad infractora - en los artículos 65 y 66 - a quienes, estando implicados, colaboren activamente en la persecución de la conducta prohibida. Es un instrumento que tiende a una mayor eficacia en el descubrimiento y represión de las conductas contrarias a la libre competencia.

3.3. Facultades de investigación

La Ley 15/2007 establece, en su artículo 40, que el personal de la CNC autorizado por el Director de Investigación tendrá carácter de autoridad pública, y, a continuación, enumera las facultades de inspección que se le reconocen:

- a. acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas,
- b. verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material,
- c. hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos,
- d. retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b,
- e. precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,
- f. solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

Lógicamente, para el acceso a los lugares señalados en letra a) y para la adopción de las medidas previstas en la letra e), se requiere

el consentimiento del afectado o autorización judicial, que habrá de obtenerse del juez de lo Contencioso Administrativo, quien resolverá en 48 horas.

Las amplias facultades que se reconocen a la inspección de defensa de la competencia posibilitarán un real conocimiento de la situación a fin de determinar si concurren comportamientos prohibidos por la Ley.

4. Gravedad de la respuesta

El ordenamiento jurídico puede elegir distintos medios para impedir el desarrollo de conductas prohibidas. Unos hacen referencia a medios preventivos, especialmente las autorizaciones administrativas previas, como es el caso de las concentraciones; otros se refieren a reacciones posteriores a la producción de la conducta, y estas pueden consistir en adopción de medidas coercitivas para provocar la cesación de la conducta, o en medidas sancionadoras de carácter administrativo o penal.

Lógicamente, la respuesta más intensa es la que encierra un elemento de retribución por la infracción normativa, esto es, las medidas sancionadoras que castigan la infracción.

Las sanciones, sean administrativas o penales, encierran, además del elemento retributivo por la comisión de la infracción, el elemento de prevención general y especial. Se impone la sanción a los

infractores como medida de aviso a otros, a fin de que se abstengan de cometer la infracción, además de disuadir al propio infractor para que evite reincidir en el comportamiento.

Ya decíamos que en los sistemas en los que, por diversas causas, un elevado número de conductas prohibidas quedan impunes, se acude al establecimiento de sanciones de muy intensa gravedad, a fin de que la importancia de las mismas disuada a los infractores; mientras que en sistemas en los que la efectividad en el descubrimiento y castigo o corrección de las conductas prohibidas alcanza índices muy elevados, las sanciones suelen ser menos graves, pues la seguridad del descubrimiento es elemento disuasorio eficaz.

4.1. Sanciones administrativas

En los casos de sanciones, la disuasión se funda en el perjuicio que la sanción causa al infractor, el cual, ante el mismo, no se siente interesado en realizar una conducta de la que no obtendrá beneficio alguno, sino, bien al contrario, un perjuicio.

Para que el sistema sancionador sea eficaz no solo ha de derivar perjuicios para las entidades que cometieron la infracción, sino también para aquellas personas físicas que decidieron el comportamiento prohibido – no olvidemos que las personas jurídicas no dejan de ser una ficción y que sus decisiones son la manifestación de voluntad de personas físicas, bien individual o colectivamente -. Se trata de disuadir a quienes en la realidad forman la voluntad de la entidad empresarial.

Estas son unas consideraciones muy tenidas en cuenta por la Ley. Así, el artículo 61 contempla como sujetos responsables de la infracción a las personas físicas o jurídicas que realicen la infracción y a las empresas o personas que controlan a la empresa infractora; y el artículo 63.2 establece la posibilidad de imponer sanción de multa a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos de las personas jurídicas infractoras, salvo aquellos que no hubiesen acudido a la reunión en la que se adoptó la decisión, hubiesen votado en contra o salvaran su voto.

Se establece una responsabilidad solidaria, la más intensa conocida en Derecho para el pago de una deuda, en el abono de la multa en los casos de asociación, agrupación o unión de empresas.

La base de las sanciones establecidas en la Ley 15/2007 viene constituida por multas. Se fijan, bien por el volumen de negocio, bien por un tope máximo cuando éste no pueda establecerse.

Lo primero que hemos de señalar, es que la multa no viene determinada por el beneficio que reporte la actuación prohibida, sino por el volumen de negocios total en el ejercicio anterior. Quizás por la dificultad de delimitar los beneficios obtenidos en el desarrollo del comportamiento se ha acudido al criterio señalado; pero, en todo caso, parece adecuado sostener que la multa, para ser disuasoria, ha de ser superior siempre al beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En cuanto a las cantidades fijadas como tope máximo de la multa a imponer cuando no puede establecerse el volumen de negocios, son lo suficientemente elevadas como para permitir que se impongan en cuantía superior al beneficio obtenido por la infracción.

Se atiende a la gravedad de la infracción, según la propia gradación que realiza la Ley, para determinar la gravedad de la sanción, lo que supone una mayor disuasión respecto de conductas más dañinas a la libre competencia.

Las sanciones se imponen tanto en los casos de comisión de la infracción intencionadamente como de manera negligente. Lógicamente, la sanción que se impone en casos de comportamientos negligentes será inferior a los supuestos de intencionalidad, dado el mayor desprecio que en el segundo caso se muestra al interés público tutelado. La admisión de la responsabilidad por negligencia se funda en la necesidad de exigir a quienes actúen en los mercados, no sólo un comportamiento intencionadamente respetuoso con la norma, sino un comportamiento activo en la protección del orden público económico en el cual se actúa. Hay por ello un incentivo para desarrollar la diligencia necesaria en la protección de la libre competencia, por los operadores económicos, contribuyendo directamente a la tutela del interés general.

4.2. Sanciones penales

A menudo se plantea la cuestión de si determinadas conductas, en general, y vulneradoras de la libre competencia, en particular, debían ser sancionadas penalmente dada su gravedad.

En primer lugar, hemos de señalar que no siempre una sanción penal es más gravosa, desde el punto de vista del sujeto infractor, que una sanción administrativa. Es cierto que el Derecho Penal aplica penas de privación de libertad y que éstas privan de un derecho fundamental, la libertad ambulatoria. Ahora bien, dependerá de cómo se articule la sanción penal en relación con la posible en el orden administrativo.

Efectivamente, una pena privativa de libertad de escasa duración y que, por ello, sea posible su remisión condicional, será, probablemente, menos gravosa para la persona física responsable que una sanción administrativa de inhabilitación de larga duración para actuar en un sector del mercado o para desempeñar cargos directivos en empresas; o, incluso, una multa elevada sobre el propio patrimonio.

La realidad es que someter al Derecho Penal comportamientos que dañen la libre competencia, y que actualmente no lo están, como medio disuasorio, requiere que la privación de libertad se articule de forma que resulte más gravosa que cualquier sanción administrativa, y ello haría necesario acudir a penas privativas de

libertad de una cierta gravedad y respecto a las cuales se asegurase su efectivo cumplimiento.

Se considera igualmente que la sanción penal determina unos medios más intensos de investigación. Si, efectivamente, los articulados o que puedan articularse para la investigación de las conductas en vía administrativa no son suficientes, habría de pensarse que las conductas más dañinas pudieran someterse a Derecho Penal. En tales casos, tanto la intensa posibilidad de investigación, como la intervención del Estado, con los medios personales y materiales que le son propios, mediante el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal, son razones para la delimitación penal de las conductas.

Ahora bien, la elección entre un sistema sancionador administrativo o penal es una cuestión de política legislativa. No puede afirmarse como regla general que la sanción penal suponga una mayor disuasión en relación a la sanción administrativa, porque dependerá de las concretas sanciones y su ejecución. En casos en que se detecten conductas lesivas a la libre competencia en un mercado, a las que el Estado no pueda hacer frente con los instrumentos propios del Derecho Administrativo Sancionador, probablemente se acudirá a vías más intensas de actuación, propias del Derecho Penal.

En cualquier caso, no debe olvidarse que la concepción social del desvalor que la conducta prohibida encierra es determinante

para su sometimiento al Derecho Penal, porque, es bien sabido, que una conciencia generalizada sobre un exceso de rigor en la respuesta sancionadora termina derivando en la falta de persecución de la conducta por la vía más intensa.

4.3. Publicidad de la Resolución Sancionadora

La publicación de la Resolución sancionadora encierra dos aspectos: es, indiscutiblemente, un medio de comunicar al mercado que una conducta se encuentra prohibida, clarificando así el alcance de las prohibiciones, que determinarán la abstención en la realización de la misma conducta u otras semejantes de la generalidad de los que actúan en el mercado. Pero también supone el conocimiento por el mercado de que un determinado operador económico ha sido sancionado. Obviamente, ello afectará a la credibilidad del afectado y quienes operen con él pondrán atención en que su comportamiento no lesione sus derechos y la libre competencia. Es desde este punto de vista un elemento disuasorio, pues las consecuencias de vulnerar la prohibición afectarán al buen nombre del infractor.

El artículo 69 de la Ley 15/2007 establece:

“Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.”

Reiteradamente se ha declarado por la jurisprudencia que la publicidad de las Resoluciones sancionadoras no constituye una sanción, sino una consecuencia legal inherente a la imposición de la sanción. Pero la naturaleza no sancionadora de la publicidad no impide el efecto disuasorio a que antes nos referíamos. Y, a veces, la pérdida de confianza de los clientes por el conocimiento de la comisión de la infracción puede suponer una disuasión mayor para el operador económico que una multa, aún siendo ésta gravosa.

Es, por tanto, la publicidad un elemento integrante de la respuesta dada ante la comisión de la infracción cuya importancia en la prevención no debe menospreciarse.

5. Efectividad de la respuesta

No sólo es necesario que el ordenamiento jurídico prevea una respuesta ante las conductas prohibidas, es necesario que dicha respuesta se lleve a efecto cumplidamente. Estamos refiriéndonos a la capacidad del sistema para aplicar en la realidad las medidas tendientes a la cesación de la conducta, al cumplimiento de la sanción impuesta, y la indemnización de los perjudicados en cuanto medio de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

5.1. Instrumentos para producir la cesación de la conducta

El artículo 53.2 de la Ley, determina que las Resoluciones de la CNC podrán contener los siguientes pronunciamientos:

- a. La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado.
- b. La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. Las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural.
- c. La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.
- d. La imposición de multas.
- e. El archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.
- f. Y cualesquiera otras medidas cuya adopción autorice esta Ley.

Se establece expresamente la posibilidad de ordenar la cesación de la conducta, orden ésta que no constituye una sanción, sino la consecuencia necesaria de apreciar la existencia de una conducta contraria a Derecho, y que, por serlo, requiere de una inmediata orden de cesación a fin de impedir la continuación en la vulneración de la norma jurídica.

La imposición de condiciones de comportamiento o estructurales tiende a garantizar la cesación efectiva de la conducta y a proteger la libre competencia.

La orden de remoción de los efectos de la conducta se integra igualmente en los medios para poner fin a ésta, que ha de comprender el fin de los efectos producidos por la conducta.

Pues bien, observamos que la Ley expresamente establece medios para poner fin a la conducta lesiva.

Además de los señalados anteriormente, la Ley recoge otros dos instrumentos que posibilitan la paralización de la conducta prohibida: las medidas cautelares y las multas coercitivas.

Las medidas cautelares se adoptan previamente a la decisión sobre la conducta y una vez iniciado el expediente administrativo para su esclarecimiento. La Ley las contempla en el artículo 54:

“Una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”.

Entre las medidas que puedan asegurar la eficacia de la Resolución que recaiga se encuentran las tendentes a la cesación de la conducta cuando justificadamente se aprecia que la misma puede dañar de manera muy grave la libre competencia, o causar perjuicios difícilmente reparables o distorsiones en el mercado difíciles de corregir posteriormente. Las medidas encaminadas a la

finalización del comportamiento se encuentran claramente incluidas entre las cautelares.

En segundo lugar, las multas coercitivas, que, a pesar de su nombre, no tienen carácter sancionador, suponen un medio de ejecución forzosa de Resoluciones administrativas que contienen una obligación de hacer o no hacer alguna cosa. Constituyen el medio adecuado para conseguir un comportamiento respetuoso con las prohibiciones. La Ley las regula en el artículo 67:

“La Comisión Nacional de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas:

- a. A cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley.*
- b. A deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley.*
- c. A la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia.*
- d. Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o en los Acuerdos de Consejo de Ministros según lo previsto en la presente Ley.*

- e. *Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia o del Consejo de Ministros.*
- f. *Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 39.*
- g. *Al cumplimiento de las medidas cautelares.*

La amplitud de su objeto en la regulación legal las hace aptas para conseguir tanto el respeto a la legalidad en el comportamiento, como el restablecimiento del orden perturbado, el cumplimiento de las condiciones impuestas o de las medidas cautelares adoptadas.

5.2. Ejecución de las Resoluciones sancionadoras

Toda sanción administrativa puede ser ejecutada por los medios establecidos en el ordenamiento jurídico para la ejecución forzosa de Resoluciones administrativas y, concretamente, las sanciones que consistan en multas, al derivar de ellas una deuda económica, pueden ser ejecutadas por los medios de apremio previstos para la ejecución de deudas dinerarias.

Se admite pues el inicio de la vía de apremio en caso de que la multa no sea pagada voluntariamente tanto por la persona física como jurídica, y posteriormente los actos de apremio sobre el patrimonio: embargos, retención de disponible, subasta pública de bienes...

Las facultades ejecutivas de la Administración en el cobro de deudas dinerarias se encuentran ampliamente desarrolladas y, salvo en el caso de insolvencia, es ineludible el abono de las mismas.

En este punto, la efectividad de la respuesta es muy alta en nuestro Derecho.

5.3. Indemnización a los perjudicados

Las indemnizaciones que puedan derivarse de la conducta pueden constituir un elemento de disuasión cuando se prevea que las mismas pueden alcanzar sumas muy elevadas, por ser muy graves los perjuicios causados, siempre que exista el convencimiento de que la elusión de su abono será muy difícil o imposible.

El ámbito de las indemnizaciones a particulares es el propio del Derecho Privado, sin embargo, existe un elemento de conexión entre indemnización y sanciones.

En otros ordenamientos jurídicos se reconoce lo que ha venido en llamarse sanciones indemnizatorias, por las cuales, la sanción que recae por el comportamiento prohibido es percibida por el perjudicado, y no por el Estado.

Esta figura, propia del Derecho anglosajón, tiene difícil encaje en los sistemas jurídicos de la Europa continental. La idea de que el perjuicio y la titularidad del bien jurídico protegido atentado, en este

caso la libre competencia, corresponden al mismo sujeto, el particular o particulares que se ven dañados por el comportamiento, no es una idea de nuestros sistemas jurídicos, pues en ellos, la defensa de los intereses generales lesionados se encomienda al Estado que es el perceptor de la sanción. Desde este punto de vista, la idea central gravita sobre un perjuicio a los intereses colectivos cuya defensa se encomienda al Estado, por más que aquellos que individualmente se ven afectados por la conducta prohibida tienen derecho a una reparación consistente en el daño efectivo, el lucro cesante y, en su caso, los daños morales. Pero la sanción impuesta como consecuencia del daño a la colectividad ha de revertir en ella.

Con independencia de la bondad de uno u otro sistema, la realidad es que es difícil que figuras jurídicas desarrolladas desde una mentalidad jurídica propia de un sistema, sean transferibles a otros cuyas perspectivas sobre el particular son claramente divergentes.

Probablemente en la Europa continental las sanciones indemnizatorias serían tachadas de enriquecimiento injusto, pues irían más allá de la reparación para el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

6. Conclusiones

La disuasión de realización de conductas prohibidas lesivas a la libre competencia en un ordenamiento jurídico no vendrá determinada por uno de sus elementos, sino por el conjunto. La gravedad de la respuesta no sólo puede no ser disuasorio – en los casos

en que el ordenamiento se muestre incapaz de perseguir y castigar la mayoría de las conductas prohibidas -, sino que puede inhibir conductas que sin ser lesivas, los operadores económicos duden de su legalidad.

Por ello, un ordenamiento jurídico desarrollado ha de articular armónicamente los elementos disuasorios para conseguir la protección del orden público económico.

Son elementos esenciales la claridad en la regulación jurídica, de forma que queden precisamente delimitados los comportamientos prohibidos, generando así confianza y seguridad en los mercados. Esta claridad está íntimamente relacionada con el general conocimiento de las normas y la previsibilidad de su interpretación.

En segundo lugar, la eficacia en el descubrimiento de la conducta supone una disuasión de primer orden, en cuanto el posible infractor tiene la certeza de que su comportamiento no sólo no le procurará beneficio alguno, sino que devendrá un perjuicio para sus intereses. Esta eficacia en el descubrimiento se centra tanto en el desarrollo de las vías de conocimiento de las conductas lesivas, como en las facultades inspectoras del órgano administrativo encargado de la protección de la libre competencia.

La gravedad de la respuesta debe guardar proporcionalidad al daño potencial o efectivo y a la intención o negligencia del sujeto infractor. Una respuesta desproporcionadamente grave puede tener

efectos contrarios a los perseguidos, mientras que una respuesta muy leve no producirá efectos disuasorios. El equilibrio en la respuesta ha de partir de la imposibilidad de obtener beneficios por el desarrollo de la conducta prohibida y suponer un perjuicio para el infractor.

La efectividad en la respuesta requiere, no sólo de la ejecución de la sanción impuesta, sino de instrumentos jurídicos que aseguren la cesación de la conducta prohibida y el restablecimiento del orden jurídico perturbado mediante acciones u omisiones del infractor. Es esencial en este punto un correcto desarrollo de los medios jurídicos que hagan posible la indemnización del daño efectivamente causado a sujetos concretos que se han visto afectados por la conducta.

Los límites de la intervención regulatoria en política de competencia

1. Introducción

La política de competencia ha adquirido en los últimos años una relevancia indiscutible tanto en Europa como en España. Las elevadas sanciones impuestas contra empresas inmersas en cárteles

*Es *Managing Director* del equipo de Política de Competencia de LECG en Europa. A lo largo de su dilatada carrera profesional, ha asesorado a numerosos clientes sobre una gran variedad de temas relacionados con la política de la competencia y propiedad intelectual, abarcando una gran variedad de industrias, incluyendo los sectores de las telecomunicaciones, medios audiovisuales, tecnologías de la información y energía eléctrica. Además, Jorge ha actuado como testigo experto ante las autoridades de la competencia española, francesa, inglesa, Irlandesa, holandesa, chipriota, portuguesa, alemana e italiana así como ante la Comisión Europea. Jorge ha presentado testimonios escritos ante el Tribunal de Primera Instancia Europeo y el Tribunal de Apelación en materia de competencia de Reino Unido. También ha prestado testimonio como experto en varios casos de litigio (daños) y de arbitraje internacional. Jorge obtuvo el título de Doctor y Máster en Economía por la Universidad de Oxford. Es investigador del *Centre for Economic Policy Research* (CEPR, Londres) y del *Centro de Estudios Monetarios y Financieros* (CEMFI), y es o ha sido miembro del Consejo Editorial del *Competition Policy International*, del *Review of Economic Studies*, del *Spanish Economic Review* y de *Investigaciones Económicas* (de la que fue director durante más de tres años). El Dr. Padilla ha escrito diversos artículos de política de competencia y organización industrial en varios Journals, como el *Antitrust Bulletin*, el *Antitrust Law Journal*, el *Boston University Journal of*

de precios¹, el caso Microsoft², y los numerosos intentos de fusión en el sector eléctrico español³ han llevado la política de la compe-

Science and Technology Law, el *Economic Journal*, el *European Competition Law Review*, el *European Economic Review*, el *Fordham International Law Journal*, el *International Journal of Industrial Organization*, el *Journal of Competition Law and Economics*, el *Journal of Economics and Management Strategy*, el *Journal of Economic Theory*, el *RAND Journal of Economics*, el *Review of Financial Studies*, el *University of Chicago Law Review*, y *World Competition*. Es también co-autor del libro *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

**Es Director en LECG. Alejandro pertenece al equipo de Política de Competencia en la oficina de Madrid. Se unió a LECG en marzo del 2004. Durante sus años en consultoría, su trabajo se ha centrado en la aplicación de modelos de elección discreta (Choice Modelling) y otras técnicas econométricas a problemas de política de competencia y de estrategia. Alejandro ha aplicado con éxito estas sofisticadas técnicas para estimar la demanda de telefonía móvil, para diseñar la política de precios óptima de los operadores de telefonía móvil y otras empresas de telecomunicaciones, para analizar el mercado del cemento en Filipinas, para analizar el impacto de fusiones en diferentes sectores, para definir mercado relevante, para estimar daños, así como para valorar derechos de propiedad intelectual.

Alejandro posee un Doctorado en Economía por la Universidad Complutense de Madrid y un Máster en Economía y Finanzas por el Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI) en la especialidad de Finanzas. Alejandro ha sido profesor de Finanzas en el Departamento de Economía de la Empresa de la Universidad Carlos III de Madrid. Su investigación académica se ha centrado fundamentalmente en la aplicación empírica de modelos de elección discreta y en la estimación de modelos de datos de panel en temas relacionados con las finanzas corporativas y con la organización industrial.

Antes de incorporarse a LECG, Alejandro trabajó como Consultor Senior en el equipo de Política de Competencia de NERA entre Marzo de 2000 y Marzo de 2004.

1 Véase *Competition: Commission action against cartels—Questions and answers*, disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/154&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

2 Véase la decisión de la Comisión Europea en Caso No. COMP/37.792—MICROSOFT. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>

3 Véase Natalia Fabra, “El Funcionamiento del Mercado Eléctrico Español bajo la Ley del Sector Eléctrico”, Capítulo 10 en *Del Monopolio al Mercado. La Comisión Nacional de la Energía: diez años en perspectiva*, Editorial THOMSON: CIVITAS, 2007.

tencia a las portadas de los periódicos económicos y, lo que es más significativo, de los diarios generalistas.

La intervención de las autoridades de competencia ha contribuido sin duda alguna a mejorar el bienestar de los ciudadanos europeos. Los incentivos a organizar y operar acuerdos colusorios de precios o de reparto de mercado son hoy mucho menores como consecuencia de la política de persecución de dichos acuerdos tanto a escala nacional como comunitaria. El éxito de las políticas europeas de liberalización del sector de las telecomunicaciones es en buena parte consecuencia de la intervención conjunta de las autoridades de competencia y de los organismos reguladores del sector.

Y, sin embargo, no todas las intervenciones han recibido el mismo apoyo por parte de los expertos y del público en general. En particular, algunas decisiones tanto comunitarias como nacionales en materia de control de concentraciones han resultado extremadamente polémicas⁴, y la política de control de los abusos de posición de dominio es hoy por hoy objeto de profundo debate⁵.

En este artículo nos preguntamos cuáles deben ser los límites, si es que debe haber alguno, a la intervención de las autoridades de

4 Véase A. Jorge Padilla, “The Efficiency Offence Doctrine in European Merger Control”, en William Rowley and Michael Reynolds (eds.), *International Merger Control: Prescriptions for Convergence*, International Bar Association, 2002.

5 Véase A. Jorge Padilla, “The Reform of Article 82: What we agree, what we are still discussing and what will have to be discussed”, 2007, disponible en <http://www.lecgcg.com/ec/forum/index.aspx?id=263>

competencia en el funcionamiento de los mercados. Con tal fin nos cuestionamos en primer lugar cuáles son y cuáles deberían ser los objetivos de la política de competencia⁶, para después investigar cuándo y cómo intervenir⁷. Las respuestas a dichas preguntas deberían, tal y como explicamos en este artículo, informar tanto el diseño de las normas o reglas a aplicar por las autoridades de competencia como el diseño institucional de la política de competencia⁸.

2. Los objetivos de la política de competencia

En la práctica las autoridades de la competencia persiguen objetivos muy diversos. Uno de ellos, aunque no es el único y tampoco el más importante, es la protección del bienestar de los consumidores. Otro objetivo quizás más importante es la defensa del “proceso competitivo”, lo que en la práctica significa impedir que aumentos del grado de concentración del mercado mediante la protección de los competidores más expuestos a la actuación de las empresas con poder de mercado. Se trata de preservar un mínimo grado de rivalidad en el mercado ante la creencia de que la competencia sólo funciona cuando co-existen muchos competidores en el mercado.

La intervención de las autoridades de la competencia puede venir asimismo motivada por el interés en proteger a pequeñas y medianas empresas de la actuación de los grandes consorcios; por criterios puramente redistributivos; o, en el caso de las autoridades comunitarias, por el objetivo eminentemente político, a pesar de su contenido y significación económica, de consolidar el conocido como “mercado único”⁹.

Desde un punto de vista económico, sin embargo, el único objetivo de la política de competencia debería ser promover la eficiencia económica (a) asegurando la asignación eficiente de los recursos, (b) haciendo posible que la producción sea llevada a cabo por las empresas más eficientes y, por tanto, a los menores costes posibles y (c) facilitando la eficiencia dinámica de los mercados mediante medidas destinadas a asegurar los incentivos a innovar. En otras palabras, las autoridades de competencia deberían intervenir con el fin de evitar que la actuación unilateral o coordinada de las empresas con poder de mercado reduzca el bienestar de los consumidores en el largo plazo.

Debe notarse que este objetivo no es necesariamente compatible con los anteriormente mencionados. Así, por ejemplo, la eficiencia económica puede requerir que el mercado este en manos de un “oligopolio natural”¹⁰, aún cuando tal estructura de mercado pueda

6 Véase Christian Ahlborn y A. Jorge Padilla, “From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct Under EC Competition Law”, en M. Marquis y C-D. Ehlermann (eds.), *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing, 2008.

7 Véase David S. Evans y A. Jorge Padilla, “Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach”, *University of Chicago Law Review*, 2005.

8 Véase Christian Ahlborn, David S. Evans y A. Jorge Padilla, “Prácticas Unilaterales, Normas de Competencia y Revisión Judicial: Una primera mirada desde la EU”, en *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Fundación Rafael del Pino, 2007.

9 Véase Christian Ahlborn y A. Jorge Padilla, nota 7 supra.

10 Véase John Sutton, “Market Structure: Theory and Evidence” en M. Armstrong y R. Porter (eds.) *Handbook of Industrial Organisation*, vol III, 2008.

resultar ofensiva a quienes consideran que la competencia es siempre mayor cuanto mayor es el número de competidores presentes en el mercado.

Debe notarse asimismo que intervenciones cuyo objetivo es asegurar la asignación eficiente de los recursos en el corto plazo, por ejemplo mediante controles de precios que reduzcan el margen operativo de las empresas, pueden impedir el funcionamiento eficiente del mercado en un sentido dinámico, al reducir los incentivos a la inversión y la innovación. De ahí la importancia de enfatizar que de lo que se trata es de proteger el bienestar de los consumidores en el *largo plazo*, aunque ello suponga tolerar distorsiones competitivas en el corto plazo.

Es por ello que el objetivo de la eficiencia, y en especial el de la eficiencia dinámica, no puede ni debe comprometerse con la persecución de cualquiera otro objetivo. No debe, puesto que objetivos tales como la protección del proceso competitivo, la protección de las pequeñas y medianas empresas o la consecución del mercado único sólo pueden estar justificados si su consecución proporciona resultados más deseables para los consumidores¹¹. No puede, porque, tal y como hemos explicado anteriormente, dichos objetivos pueden estar en contradicción y ser mutuamente incompatibles.

11 Véase Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002.

3. ¿Cuándo intervenir y cómo?

En primer lugar, dado lo anteriormente expuesto, se deduce que la intervención debería quedar limitada a aquellas situaciones en las que la actuación unilateral de una empresa con poder de mercado o los acuerdos, posiblemente concentrativos, de empresas competidoras o relacionadas verticalmente, resultaran contrarios al interés de los consumidores en el largo plazo. Es decir, la intervención de las autoridades debería restringirse a aquellos casos en los que el ejercicio del poder de mercado pudiera resultar en mayores precios, menor calidad e innovación, o cuando mediante acuerdos de una u otra naturaleza las empresas que operan en mercado logren reducir el nivel de competencia efectiva existente entre ellas.

Sin embargo, la existencia de un fallo de mercado derivado del ejercicio del poder de mercado o la previsión de que dicho fallo se produzca a consecuencia de los acuerdos entre competidores, no es sino una condición necesaria pero no suficiente para la intervención regulatoria en materia de competencia. Antes de intervenir es necesario tomar en consideración la posibilidad de error y el coste de la regulación bien intencionada pero errónea. Esto es, es necesario tener en cuenta el riesgo de “government or regulatory failure”¹².

12 Véase Clifford Winston, *Government Failure versus Market Failure*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2006.

En otras palabras, el beneficio esperado de la intervención debe exceder a sus costes. Los beneficios de la intervención de las autoridades de defensa de la competencia deben medirse, tal y como hemos visto, en términos de su impacto positivo sobre la eficiencia dinámica de los mercados afectados. Entre los costes se incluyen los costes asociados al diseño y puesta en práctica de la normativa de competencia. Sin embargo, el coste más importante es el de las posibles consecuencias adversas *no previstas y en ocasiones imprevisibles* de la intervención regulatoria. Consecuencias adversas que pueden deberse a la dificultad de intervenir adecuadamente en mercados dinámicos, a la información asimétrica típicamente existente entre autoridades y empresas, a la complejidad de las decisiones empresariales y las múltiples interacciones entre variables económicas, o a la manipulación del proceso regulatorio por grupos de interés bien organizados¹³.

Los costes de la intervención regulatoria no deben ser subestimados. De acuerdo con un estudio reciente, el coste anual de la regulación impuesta por el gobierno federal en los Estados Unidos entre 1995 y 2005 alcanzó los 40 billones de dólares (en términos reales de 2001)¹⁴. Y estos costes pueden estar infravalorados puesto que no incluyen el coste del tiempo de gestión dedicado por los

ejecutivos de las empresas inmersas en procesos regulatorios dedicados a la defensa de las posiciones de sus empresas y a la negociación de soluciones regulatorias aceptables para todas las partes.

En cuestiones de competencia pueden producirse dos tipos de errores¹⁵. Por una parte, es posible que se produzca la intervención de las autoridades de política de competencia cuando no debería haber tenido lugar. En tal caso, hablamos, utilizando la terminología de la teoría estadística, de errores de tipo I. Por ejemplo, se produce un error de tipo I cuando se prohíbe una fusión que hubiese aumentado el bienestar de los consumidores en el largo plazo o cuando se sanciona a una empresa por abuso de posición de dominio cuando, sin embargo, su actuación estaba objetivamente justificada.

Por el contrario, cuando no se produce la intervención de las autoridades a pesar de estar más que justificada desde el punto de vista de la eficiencia económica, entonces hablamos de errores de tipo II. Así, por ejemplo, se producirá un error de tipo II en aquellas situaciones en las que una propuesta de fusión resulte aprobada cuando sin embargo su efecto sobre el bienestar de los consumidores resulta negativo.

Dado que todas o casi todas las acciones individuales de las empresas o los acuerdos entre ellas suelen producir efectos tanto anticompetitivos como pro-competitivos, es prácticamente imposi-

¹³ Véase Mark Armstrong y David Sappington, "Competition, Regulation and Liberalisation", *Journal of Economic Literature*, 2006.

¹⁴ Véase Robert W. Hahn y Paul C. Tetlock, "Has economic analysis improved regulatory decisions", *Journal of Economic Perspectives*, 2008.

¹⁵ Véase David Evans y A. Jorge Padilla, nota 8 supra.

ble evitar con total certeza incurrir en uno u otro tipo de error en la práctica. Es más, tal y como nos enseña la propia teoría estadística, la única manera de reducir los errores de tipo I es aumentar los de tipo II y viceversa.

Es por ello que numerosos académicos, tanto economistas como juristas, entre los que cabe destacar al Profesor Easterbrook, han llegado a la conclusión de que la intervención de las autoridades de la competencia debe reconocer la posibilidad de error y centrarse en minimizar el coste esperado de dichos errores¹⁶. Se debe intervenir pues cuando el coste esperado de no hacerlo sea superior al coste esperado de la intervención. O, en otras palabras, cuando la probabilidad y coste del error de tipo I sea inferior a la probabilidad y coste de un error de tipo II. Los posibles costes de los errores de tipo I y II deben medirse en términos del impacto de la decisión administrativa de intervenir, o de no hacerlo, sobre el bienestar de los consumidores en el largo plazo.

Consideremos el siguiente ejemplo práctico. ¿Cuándo está justificada la intervención en casos de precios supuestamente excesivos? Supongamos que la autoridad de competencia decide que una empresa en posición de dominio impuso a sus clientes unos precios excesivos pero que en realidad dichos precios estaban plenamente justificados. La empresa cuyos precios han sido injustificadamente

condenados verá reducido su margen operativo y con ello tanto los fondos disponibles como el incentivo a continuar invirtiendo en dicho mercado. La probabilidad de que este coste sea elevado es mayor en sectores de actividad emergentes donde la innovación es clave para el progreso de las empresas y, por el contrario, menor en mercados maduros donde la competencia es fundamentalmente vía precio y la innovación de producto es limitada.

Supongamos ahora que la autoridad decidió no intervenir cuando debería haberlo hecho. El coste de la pasividad regulatoria vendrá dado por (a) el sobreprecio pagado por algunos consumidores y (b) la reducción en el volumen de consumo tanto de aquellos consumidores que se ven obligados a pagar un mayor precio como de aquellos otros que habrían adquirido el bien o servicio en cuestión a precios competitivos pero que no pueden permitirse hacerlo a los precios de mercado. La probabilidad de que este coste sea elevado será mayor en mercados caracterizados por fuertes barreras a la entrada. En mercados donde la entrada es poco costosa, las distorsiones competitivas que puedan derivarse de la imposición de precios excesivos tendrán una breve duración, dado que dichos precios provocarán la entrada de nuevos oferentes.

De todo ello se deduce que la intervención regulatoria en materia de precios excesivos está justificada desde el punto de vista del criterio de minimización del error esperado de la intervención (el conocido como “error-cost framework”) en mercados maduros y sujetos a fuertes barreras de entrada, mientras que no lo está en

¹⁶ Véase Frank Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, 1983.

mercados emergentes donde la competencia se lleva a cabo mediante la innovación de producto y no existen barreras a la entrada que la propia innovación no pueda vencer¹⁷.

Cuando la decisión de intervenir en el mercado es tomada de acuerdo con el criterio de minimización del error esperado, es de esperar que la intervención se produzca sólo cuando los beneficios de la intervención excedan su coste. O, en otras palabras, que la intervención se produzca cuando (a) el fallo de mercado sea lo suficientemente probable, (b) la capacidad de la autoridad de competencia para resolverlo sea lo suficientemente elevada, y (c) no resulte probable que el mercado resuelva por sí mismo el fallo en cuestión.

4. Las normas de competencia

Los costes y beneficios esperados de la intervención dependen del carácter más o menos restrictivo de la propia norma de competencia o estándar legal que se pretenda aplicar¹⁸. Por ejemplo, la probabilidad de que se produzcan errores de tipo I es mayor con normas de competencia que establezcan la prohibición de determinadas prácticas y acuerdos sobre la base de criterios puramente formales que con

normas que tengan en cuenta los efectos probables y/o reales de dichas prácticas y acuerdos sobre la competencia efectiva.

Justo lo contrario sucede con respecto a los errores de tipo II: estos son menos probables con normas de carácter formalista que con normas basadas en la evaluación de los efectos y el llamado “balance concurrencial”, por el que se contrapesan los posibles efectos competitivos y anticompetitivos de una práctica o acuerdo con el fin de decidir sobre su compatibilidad con la legislación de competencia.

No es correcto, sin embargo, que una política de competencia basada en el análisis de efectos vaya a eliminar todos los posibles errores de tipo I y, por tanto, reducir el coste esperado de la intervención a cero. No es así por varias razones. En primer lugar, es bien sabido que es muy complicado documentar con un elevado grado de precisión las eficiencias que pueden derivarse de la adopción de una determinada práctica o acuerdo comercial, por lo que es muy probable que los efectos pro-competitivos de dicha práctica o acuerdo sean minusvalorados. En segundo lugar, la comparación y contraste de los efectos pro-competitivos y anticompetitivos de una determinada práctica o acuerdo comercial es a la fuerza un ejercicio extremadamente complejo para el que el análisis económico no proporciona guías claras. En suma, es muy probable que los resultados del balance concurrencial no reflejen adecuadamente la realidad; esto es, que se condenen prácticas legítimas y viceversa.

¹⁷ Véase David S. Evans y A. Jorge Padilla, “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005. Véase también Robert O’Donoghue y A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

¹⁸ Véase David Evans y A. Jorge Padilla, nota 8 supra.

La elección del estándar legal a emplear en el análisis de una determinada práctica comercial debe reflejar el coste y beneficio de la intervención regulatoria. Cuando el coste resultante de una intervención en términos de pérdida de bienestar de los consumidores sea muy superior al posible beneficio que cabe esperar de dicha intervención, el estándar legal aplicable debe ser altamente restrictivo. Esto es, la autoridad de competencia debe ser capaz de proporcionar evidencia clara y manifiesta del carácter anticompetitivo de la práctica comercial o acuerdo entre empresas bajo escrutinio. Debe partirse de una “presunción de legalidad” que sólo puede ser rebatida sobre la base de pruebas altamente reveladoras de la existencia de una infracción. De esta manera se reduce la probabilidad de que la intervención resulte injustificada.

Por el contrario, cuando el coste resultante de una intervención sea muy inferior al posible beneficio que cabe esperar de la misma, el estándar legal aplicable debe ser relativamente laxo. La autoridad no necesita ir mucho más allá de un análisis formal de la práctica o acuerdo bajo estudio. O, en otras palabras, puede partirse de una “presunción de ilegalidad” que sólo pueda ser rebatida en circunstancias excepcionales. Así se consigue minimizar la probabilidad de que no se intervenga en el mercado cuando es necesario hacerlo.

Luego, el que se adopte un estándar legal de prohibición o de autorización per se, o un estándar basado en el denominado como balance concurrencial, o estándares basados en presunciones de legalidad o ilegalidad que puedan ser rebatidas en función de los hechos,

debe depender de la naturaleza y alcance de la práctica o acuerdo bajo análisis; esto es, del coste relativo de la intervención y de la no intervención.

El diseño de las normas de competencia, cuando se realiza de manera adecuada, limita la capacidad discrecional de las autoridades de competencia y asegura que la actuación de las mismas en la práctica responda al criterio de maximización del bienestar de los consumidores a largo plazo. El diseño de la norma puede estar en manos del legislador o de los tribunales de justicia, pero con independencia de su origen, su papel en la arquitectura de un sistema de defensa de la competencia que sea capaz de asegurar el funcionamiento efectivo de los mercados evitando intervenciones innecesarias es fundamental.

5. Diseño institucional

Hasta el momento hemos considerado tres límites diferentes y deseables a la intervención de las autoridades de la competencia: (i) el límite que debería derivarse de la adopción de la defensa del bienestar de los consumidores como objetivo único de la política de competencia; (ii) el límite que debería suponer la evaluación de los costes y beneficios de la intervención a realizar por las propias autoridades de competencia; y (iii) el límite impuesto por las propias normas de competencia, cuya relevancia práctica depende de si dichas normas reflejan adecuadamente los costes esperados de la inacción injustificada y del intervencionismo excesivo.

Un cuarto límite a la actuación de las autoridades de competencia viene dado por la revisión judicial de sus decisiones. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades de competencia puede suponer un mecanismo corrección de los errores de tipo I y II que puedan producirse. Es además un mecanismo relativamente económico y ello porque las apelaciones tenderán a producirse *sólo* en aquellos casos en los que las partes consideren que se ha producido un verdadero error. En ese sentido, el proceso de revisión judicial resulta más económico de llevar a la práctica que reformas administrativas que impongan controles internos a aplicar sobre todos y cada uno de los casos analizados¹⁹.

La bondad del mecanismo de revisión judicial depende de su coste, que no debe ser ni demasiado alto, puesto que desincentivaría apelaciones plenamente justificadas, ni demasiado bajo, puesto que entonces se podrían producir apelaciones extravagantes que aumentarían el coste del sistema. También depende de los estándares de revisión judicial aplicables y de las propias normas de competencia. Por ejemplo, de poco sirve contar con un proceso de revisión judicial si su alcance se limita a aspectos procedimentales o puramente formalistas cuando las decisiones de las autoridades de competencia están basadas en análisis económicos sobre los efectos de las prácticas o acuerdos bajo su escrutinio.

La importancia práctica de este cuarto límite es fundamental, puesto que las autoridades de la competencia tanto nacionales como comunitarias (a) persiguen objetivos múltiples que no son siempre compatibles con la defensa del interés de los consumidores en el largo plazo; (b) raramente llevan a cabo análisis rigurosos del tipo coste-beneficio de la conveniencia de su intervención; y (c) están encargadas de aplicar normas de competencia cuyo diseño se realizó sin tomar en consideración, o al menos no de forma sistemática, la posibilidad y coste de los errores de tipo I y tipo II.

6. Conclusiones

En este breve artículo hemos considerado los límites de la intervención en materia de defensa de la competencia. De manera resumida, podemos concluir que dichos límites son, o mejor dicho deberían ser, los siguientes.

- En primer lugar, las autoridades de defensa de la competencia deberían limitarse a intervenir cuando se vea comprometido el interés de los consumidores en el largo plazo. Es decir, la intervención en materia de política de competencia sólo debería producirse por criterios de eficiencia económica y, en particular, cuando esté en riesgo la eficiencia dinámica de un mercado en concreto.
- En segundo lugar, las autoridades de defensa de la competencia deben tomar en consideración el coste esperado de su intervención e intervenir sólo cuando dicho coste sea inferior al beneficio

¹⁹ Véase Steven Shavell, "The Appeals Process as a Means of Error Correction", *Journal of Legal Studies*, 1995; y Steven Shavell, "The Appeals Process and Adjudicator Incentives", *Journal of Legal Studies*, 2006.

esperado de dicha intervención. El coste esperado de la intervención de las autoridades de la competencia puede descomponerse en (i) el coste directo de diseñar y llevar a la práctica una determinada política, (ii) el coste para las empresas sujetas a dicha política (coste de asesoramiento legal y económico, coste de oportunidad de los gestores), y (iii) lo que es más importante, el posible coste de la intervención errónea. En consecuencia, las autoridades de competencia sólo deben intervenir cuando (a) el mecanismo de mercado sea incapaz de resolver por sí mismo el problema de competencia en cuestión (porque, por ejemplo, existen fuertes barreras a la entrada) y (b) el coste esperado de la intervención sea inferior al coste esperado de la inactividad.

- Una política de competencia que se limite a interferir con el mecanismo de mercado cuando se cumplan las condiciones (a) y (b) del punto anterior debe estar estructurada en una serie de normas que reflejen los costes y beneficios esperados de la intervención y que tengan en cuenta tanto el coste de administrar reglas demasiado complejas o ambiguas como el coste para las empresas de no contar con una serie de criterios bien definidos que les permita diferenciar lo que resulta compatible con la defensa de la competencia de lo que no. En otras palabras, las autoridades de competencia deberían renunciar en la medida de lo posible a intervenir de manera enteramente idiosincrásica y discrecional. Aunque cada caso es diferente en sus hechos, las reglas bajo las que esos hechos deben analizarse deberían resultar lo menos complejas y ambiguas posible.

- Es importante que la actividad de las autoridades de competencia esté sujeta a una revisión judicial efectiva. No resulta adecuado limitar el alcance de dicha revisión a los aspectos meramente procesales de la actuación de las autoridades. Una política de competencia que aspire a mejorar el bienestar de los consumidores deberá basarse en un detallado estudio de los hechos bajo el marco de análisis proporcionado por la ciencia económica. Las autoridades judiciales deberían, por tanto, estar legal y técnicamente capacitadas para revisar tanto los hechos como la lógica económica empleada en su análisis.

Dificultad e incertidumbre de los poderes públicos en el diseño y aplicación de la política de defensa de la competencia¹

1. Introducción

En el marco constitucional de una economía de mercado, que reconoce la libertad de empresa como un derecho de los ciudadanos, la defensa de la competencia nace con el objetivo de contribuir al buen funcionamiento de los procesos del mercado y, en concreto, de promover la existencia de una competencia efectiva como mejor garantía de asegurar el máximo bienestar de los consumidores.

* Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

¹ Agradezco la colaboración de Lourdes Cuevas Riaño en la preparación y redacción de este artículo. Los errores son exclusivamente responsabilidad del autor y las opiniones incluidas en el mismo son personales y no representan la posición de la Comisión Nacional de la Competencia.

Para cumplir este mandato las autoridades deben tomar un conjunto de decisiones, no exentas de dificultad y posibilidad de error, como la elección y definición del sistema en el que se va a desarrollar la política de defensa de la competencia; decisiones que podríamos denominar de *policy*. Este grupo de decisiones abarcan, entre otras, el modelo conceptual subyacente, el marco institucional apropiado y las reglas sustanciales a aplicar.

Por otro lado, la aplicación o ejecución práctica de los instrumentos y acciones que emanan del modelo conlleva igualmente enfrentarse a numerosas decisiones en ocasiones muy complejas y, naturalmente, sujetas a la posibilidad de error. Son decisiones que podríamos llamar de *practice*.

El éxito de la política de defensa de la competencia dependerá, en consecuencia, del acierto de las decisiones tomadas tanto en lo que al diseño del sistema se refiere, como en lo relativo a su funcionamiento.

Podríamos pensar que tras más de 40 años de experiencia en nuestro país de aplicación de un régimen de defensa de la competencia las posibilidades de errar son escasas. Sin embargo, la reducción del número de errores a que debería llevar el efecto aprendizaje se ve contrarrestada por la complejidad del entorno en el que las autoridades deben actuar. Factores como el dinamismo de los mercados y la constante innovación y globalización condicionan la minimización de las posibilidades de error y, por tanto, dificultan

la consecución, a través de las acciones de *policy* y *practice*, del razonable nivel de seguridad jurídica que los operadores económicos deberían disfrutar.

Este artículo trata de reflexionar sobre las dificultades de las autoridades públicas a la hora de articular la política de defensa de la competencia. Para ello, se analizan en primer lugar las dificultades asociadas a las decisiones de *policy*: orientación del modelo, el marco institucional y las reglas de aplicación. En segundo lugar, se reflexiona sobre las dificultades a las que las decisiones de *practice* se enfrentan para la consecución de sus objetivos. En ninguno de los casos se realiza un exhaustivo repaso de los problemas planteados, ya que cada una de las decisiones que se menciona podría ser el objeto de un amplio estudio monográfico. Igualmente, se hará referencia en ambas partes del artículo a las novedades incorporadas por la reciente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, aprobada en nuestro país y como ésta trata de solventar alguno de los problemas identificados.

2. Definiendo la política de defensa de la competencia: "El Policy"

Resulta complejo diseccionar y compartimentar el conjunto de decisiones que esconde el diseño de un sistema de defensa de la competencia y, probablemente, no respondan a una secuencia temporal estricta, sino que vienen en buena medida predeterminadas por factores como la tradición jurídica o los antecedentes del entorno.

2.1. El papel de la defensa de la competencia

Una decisión fundamental sobre la que es preciso establecer su alcance se refiere al papel a través del cual se pretende que la política de defensa de la competencia coadyuve en su objetivo de promover un funcionamiento competitivo de los mercados². Cabría distinguir dos modelos o enfoques, mutuamente complementarios, para lograr dicha meta. Primero, a través de un sistema que sólo interviniera frente a los ataques de las propias empresas, es decir, de forma reactiva y a modo de árbitro, limitándose a contemplar el partido y sancionando cuando se observen comportamientos anti-competitivos. Este enfoque de planteamiento es el tradicional y da origen a casi todos los sistemas de defensa de la competencia. Y en segundo lugar, a través de un planteamiento más ofensivo, donde la defensa de la competencia se convierte en un agente activo en la definición de las condiciones de funcionamiento de los mercados, promoviendo una mayor competencia en los mismos. Éste es un enfoque más moderno y que, probablemente, asigna a la defensa de la competencia un papel de pseudo-regulador³.

2 No se trata de definir el objetivo de la defensa de la competencia, puesto que se presume que éste es la consecución de un mercado competitivo como mejor forma de maximizar el bienestar de la sociedad. Tampoco se trata de la decisión correspondiente a la definición del estándar de excedente o bienestar sobre el que basar el análisis de las conductas.

3 Entendiendo por regulador la figura del *policy maker* que debe determinar en qué medida intervenir en los mercados para que éstos funcionen adecuadamente. Por ejemplo, cuándo regular los precios o las condiciones de entrada o salida al/del mercado.

El hecho de que ambos enfoques sean complementarios explica por qué casi todos los países comienzan por el enfoque tradicional pero van introduciendo y dando un peso más visible al enfoque de promoción de la competencia. Esta visibilidad adquiere importancia en aquellos países en los que el regulador, bien por motivos históricos o bien por condicionantes institucionales, no tiene interiorizado adecuadamente, o no con la suficiente intensidad, el objetivo de lograr mercados competitivos.

El sistema español de defensa de la competencia no es una excepción. Si bien en un principio el enfoque fue fundamentalmente reactivo y basado en el control *ex post* de conductas, a partir de mediados de la década de los 90 se produce una intensa actividad de promoción que luego se frena, pero abre la puerta a un modelo mixto, en el que el enfoque de promoción de la competencia irá adquiriendo más fuerza. Este enfoque se ha visto, precisamente, reforzado en la nueva Ley 15/2007 con la introducción de un conjunto de nuevos instrumentos y responsabilidades en el área de promoción de la competencia, siendo su máximo exponente la facultad otorgada a las autoridades de competencia de poder impugnar ante la jurisdicción competente cualquier actuación de las Administraciones Públicas que pueda restringir la competencia⁴.

Lo cierto es que resulta arriesgado desde la perspectiva del *policy maker* hacer descansar la orientación competitiva de la regulación

4 Artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007.

de los mercados en el papel ofensivo de la autoridad de competencia, ya que por lo general chocará con los reguladores naturales, en nuestro caso con los ministerios, consejerías o concejalías de turno. Además, se produce una cierta paradoja y es que esta función de promoción o *advocacy* encontrará una mayor resistencia allí donde más necesaria es. En los países anglosajones, con larga tradición en mercados desregulados y en reguladores fuertes, la Sociedad tiene interiorizado el papel de la autoridad de competencia, llegando a admitir que pueda incluso trocear empresas si así se demuestra necesario en un estudio del mercado, aun cuando no se identifiquen prácticas sancionables. Sin embargo, en los países continentales la autoridad de competencia debe suplir en muchos casos la menor tradición competitiva del comportamiento de los poderes públicos, asumiendo roles de regulador. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en el tratamiento que la política de competencia realiza de los antiguos monopolios en Europa⁵, en general, y en España, en particular.

2.2. El modelo institucional

En este contexto, la primera cuestión a resolver es la cualidad o naturaleza del órgano u órganos encargados de la ejecución de la

⁵ En efecto, no es extraño ver cómo la aplicación de los artículos de control de los comportamientos abusivos a las empresas incumbentes de sectores recientemente liberalizados constituye en Europa una prioridad de casi todas las autoridades de competencia. De hecho, algunos comportamientos abusivos, como la discriminación explotativa o los precios abusivos, recogidos por el artículo 82 del TCE o el artículo 2 de la LDC serían más propios de la esfera de la regulación.

política de competencia. Asimismo, debe establecerse el diseño de los procedimientos de funcionamiento y el sistema de incentivos que guíen la interacción entre dichos órganos y las partes, incluyendo aspectos como quién ejerce el protagonismo en la denuncia de las conductas anticompetitivas, quién redacta las decisiones de examen de dichas conductas, sobre quién recae la carga de la prueba o qué sanciones se aplican. Todo este entramado de decisiones debe buscar, garantizar la máxima eficacia y minimizar la probabilidad de error en su funcionamiento.

Realizando un planteamiento bipolar, cabría distinguir dos modelos, uno más próximo al sistema norteamericano al que se podría denominar modelo privado, y otro extremo en línea con el modelo europeo, que sería el modelo público. No obstante, en la realidad se puede advertir una clase de convergencia entre ambos extremos.

El modelo privado se caracterizaría por un protagonismo de las acciones de los particulares ante los tribunales de justicia como vehículo principal de aplicación de la normativa de competencia y por unas autoridades públicas que deben acudir igualmente a dichos tribunales en el caso de querer aplicar la norma. Es decir, los jueces son los redactores principales de las decisiones de aplicación de la normativa. Además, este modelo, al menos en el caso de los EE.UU., incorpora unas penalizaciones considerables en contra de los infractores, que combinan la posibilidad de terminar en prisión por violaciones de la normativa de competencia con fuertes compensaciones que deben ser abonadas a los damnificados. Este modelo prima,

por tanto, el carácter disuasorio derivado de las elevadas sanciones, pero conlleva como contrapartida una fuerte litigiosidad⁶.

Por su parte, el modelo público viene protagonizado por el papel central que juegan las autoridades administrativas encargadas de aplicar la normativa, siendo éstas las principales redactoras de decisiones en aplicación de las reglas. De este modo, las autoridades, siempre dentro del marco que establezcan los tribunales, pueden ir “dirigiendo” la aplicación de las reglas en aras a una mejor adaptación a las prioridades económicas o políticas. Por consiguiente, este modelo no prima tanto el carácter disuasorio, que debe basarse en las sanciones que impongan las autoridades, sino en la capacidad de adaptación⁷ de la política de competencia a las necesidades de cada jurisdicción.

Esta distinción no es irrelevante, puesto que las reglas de aplicación de la normativa de defensa de la competencia las consolidan los tribunales de apelación y casación, pero las modelan y dan forma aquellas autoridades que deben escribir las decisiones. Hay que poner de manifiesto que las normas de competencia vienen constituidas por prohibiciones relativamente escuetas y que es,

6 Sobre el fomento, o no, de la litigiosidad que conlleva el modelo norteamericano puede consultarse la abundante información recopilada en el proceso de elaboración del informe de la Antitrust Modernization Commission al Congreso de los EE.UU., Report and recommendations de abril de 2007.

7 Un ejemplo de esta capacidad de adaptación a objetivos complementarios a la defensa de la competencia puede encontrarse en el Reglamento de Exención por Categorías

precisamente, la labor decisional la que va forjando su interpretación. Por lo general, las fronteras de las normas no son precisas y está en interés de las autoridades explorar su expansión o contracción. Es aquí donde uno u otro modelo pueden tener más ventajas, ya que el papel de los órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar las normas no será tan ofensivo, ni podrá incorporar objetivos de política económica a la hora de definir las fronteras. Ese papel le corresponderá al propio Estado cuando acuda como denunciante o como *Amicus* del juez. De hecho, las autoridades o el sistema tenderá en el modelo privado a ser más conservador, al tener que compensar y, hasta cierto punto, proteger a los denunciados frente a la elevada litigiosidad⁸.

Sin embargo, como ya se anticipaba anteriormente, las jurisdicciones van evolucionando, incorporando elementos de cada modelo y, hasta cierto punto, convergiendo. Uno de los elementos más visibles de esta convergencia lo constituye el reciente impulso que por parte de las autoridades europeas, tanto a nivel comunitario como en cada uno de los Estados miembros, se está imprimiendo a

para los acuerdos verticales de la UE (Reglamento (CE) 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999) que declara como prohibidas, con independencia de la cuota de mercado, determinadas prácticas de obstaculización del comercio intracomunitario que tiene como principal objetivo la construcción del mercado único.

8 Un análisis sobre esta cuestión en el caso del Tribunal Supremo estadounidense puede verse en Leah Brannon y Douglas Ginsburg “*Antitrust Decisions of the U.S. Supreme Court, 1967 to 2007*”; Competition Policy International, Volume 3, Number 2, Autumn 2007 (p. 3-25).

la involucración de los jueces en la aplicación de la defensa de la competencia⁹. Asimismo, se está asistiendo a un endurecimiento de las sanciones, llegando incluso a la criminalización en algunas jurisdicciones, como vía de aumentar la capacidad de disuasión del modelo público.

El modelo español no ha sido ajeno a esta tendencia ya que con la anterior Ley 16/1989¹⁰ la participación de los órganos jurisdiccionales quedaba limitada a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios una vez firme la resolución administrativa. La Ley 15/2007 ha ampliado las funciones de los órganos judiciales al establecer la competencia de los jueces de lo mercantil en la aplicación de los artículos 1 y 2 de la misma.

La intervención simultánea de ambos tipos de órganos conlleva el riesgo de decisiones contradictorias, aunque la Ley diseña mecanismos de coordinación para minimizarlos. En concreto, se prevé la participación de las autoridades de competencia nacionales y comunitarias en los procedimientos judiciales de aplicación de la normativa de competencia, figura conocida como *Amicus Curiae*,

⁹ La reforma introducida por la CE con el Reglamento 1/2003 marca un antes y un después en la participación de los jueces en la defensa de la competencia en la UE, ya que establece la competencia plena de los órganos jurisdiccionales para aplicar el artículo 81 del TCE. Por otra parte, la Comisión Europea está elaborando un Libro Blanco sobre la acción indemnizatoria en los procesos ante este tipo de órganos, que incluirá varias propuestas para mejorar e incentivar la realización de reclamaciones por daños y perjuicios.

¹⁰ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

así como la posible suspensión de plazo de los procedimientos judiciales cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente ante cualquier órgano administrativo y estime necesario conocer el pronunciamiento de éste.

Además, el hecho de que se compartan tareas entre los órganos administrativos y judiciales en aplicación de la misma norma puede contribuir a mejorar la eficacia del sistema en su conjunto, ya que permite a cada uno dedicarse a aquellos casos para los que está mejor situado y dotado de recursos. De este modo, se permite una mejor dedicación de los recursos escasos de las autoridades administrativas a aquellos casos con un mayor impacto sobre la competencia en los mercados¹¹.

Otra cuestión a abordar dentro del diseño institucional es la forma y configuración organizativa de las instituciones administrativas encargadas de la aplicación de la Ley. Esta cuestión adquiere importancia por cuanto el modelo español ha experimentado un importante cambio con la Ley 15/2007, adoptando la configuración de autoridad única, al integrar en la actual Comisión Nacional de la Competencia las funciones de los anteriores órganos de instrucción y resolución de expedientes, llevadas a cabo por el Servicio y el

¹¹ Esta asignación eficiente sólo se logrará si se permite a las autoridades decidir o declinar su acción a favor de otras, ya que en caso contrario, son las partes las que pueden jugar con la existencia de diversas autoridades, creándose un fenómeno de *forum shopping*, o se correrá el riesgo de que las distintas autoridades adopten decisiones contradictorias.

Tribunal de Defensa de la Competencia. La existencia de un único órgano administrativo ha levantado, empero, la preocupación de determinados comentaristas¹² que opinaban que con ello se reduce la seguridad jurídica de los operadores pues las dos opiniones anteriormente existentes han quedado reducidas a una. Este hecho, sin embargo, no puede considerarse de forma aislada sino en conjunción con otras de las reformas acometidas. Así, es preciso tener en cuenta la mayor independencia del nuevo órgano, la transparencia y responsabilidad social que se le exige, la reducción de los plazos de los procedimientos sancionadores, la eliminación de duplicidades en los procedimientos y la existencia de ciertos mecanismos que siguen permitiendo la separación entre la instrucción y la resolución¹³, entre otras cuestiones que contribuyen a hacer que la nueva configuración mejore la eficacia y no redunde en una merma de la seguridad jurídica.

El modelo de autoridad única, por el que han optado buena parte de los Estados miembros de la UE conlleva, en definitiva, mayores ventajas en términos de eficiencia en el uso de los recursos públicos dedicados a la defensa de la competencia, al poder obtener más fácilmente sinergias entre los mismos. Pero, más importante que el

número de autoridades, lo relevante será poder establecer para cada una de ellas una estructura organizativa y unos medios materiales adecuados a la consecución de sus fines. Este sea quizás uno de los ámbitos en los que menos trabajos se han realizado de cara a intentar determinar, a través de los correspondientes análisis comparativos, qué tipo de organización resulta más eficiente. No obstante, esta cuestión podría beneficiarse de la proliferación de estudios sobre buen gobierno de las Administraciones Públicas, cuyas conclusiones y recomendaciones podrían extenderse al ámbito de las autoridades de defensa de la competencia.

En este último sentido, destaca el esfuerzo emprendido por determinadas autoridades anglosajonas para adoptar una estructura de gobierno similar al de aquellas empresas a las que deben supervisar. Así, la responsabilidad sobre el funcionamiento ejecutivo de dichas instituciones, incluida la práctica decisional de examen de las conductas, recae en un cuerpo técnico, liderado por un Presidente y un Consejero Delegado, mientras que de la dirección estratégica y del control del cuerpo ejecutivo se ocupa un Consejo de Administración compuesto por miembros internos, ejecutivos de la propia autoridad, y miembros de reconocido prestigio externos a la organización. Esta estructura choca con la de la mayoría de autoridades europeas donde, en mayor o menor medida, ambos tipos de funciones son responsabilidad de un Colegio de tres o más miembros.

12 Ver comentarios al Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, que es el germen de la Ley 15/2007 y que se encuentran publicados en www.cncompetencia.es.

13 Por ejemplo, la preservación de un elevado grado de autonomía de funcionamiento del órgano instructor y el hecho de que sus propuestas sean conocidas por las partes.

2.3 La definición de las reglas

Una tarea importante a la hora de definir el modelo consiste en determinar la forma de tratamiento y análisis de las conductas anti-competitivas. Ello significa plantearse, entre otras cuestiones, si deben analizarse todos sus efectos anti y pro competitivos, si algunas pueden quedar exentas sin necesidad de examen, si cabe establecer criterios o normas de valoración sobre la base de la forma de dichas conductas o, por el contrario, debe realizarse un análisis caso por caso o si deben establecerse umbrales de exclusión a partir de determinados parámetros.

En una concepción teórica de la política de defensa de la competencia cabría plantear una decisión bipolar con soluciones extremas. Por una parte, la aplicación de la llamada “regla *per se*” que prohíbe/autoriza todos los acuerdos sobre la base de su forma o naturaleza, sin analizar sus efectos sobre el mercado. En el extremo opuesto, la llamada “regla de la razón” que realiza un análisis exhaustivo de los efectos anti y procompetitivos de cada acuerdo presuntamente anticompetitivo. Se trata, en definitiva, de una elección a la hora de establecer el análisis entre la “forma” del acuerdo o sus “efectos” sobre el mercado.

Si la regla *per se* se caracteriza por su extremada rigidez a la hora de adaptarse a casos particulares destaca, por el contrario, por su facilidad de aplicación. Por su parte, la regla de la razón sobresale por su gran flexibilidad de adaptación, pero conlleva un consumo

intensivo en recursos. Tanto la primera regla como la segunda pueden conducir por distintos motivos a la toma de decisiones erróneas bien del tipo I o falso positivos (sanción de prácticas beneficiosas o con efecto neto positivo), bien del tipo II o falso negativo (exención de acuerdos con efecto neto anticompetitivo).

La probabilidad de generar errores y su gravedad dependerá de múltiples variables no sólo asociadas a la naturaleza de las reglas. También influirá desde la calidad de los mecanismos de aplicación de las reglas hasta la propia naturaleza o tipología de las conductas, lo que aconseja adaptar dichas reglas a las circunstancias específicas.

Así, resulta obvio que si las autoridades encargadas de aplicar las reglas tienen una elevada calidad de sus medios y procedimientos, la probabilidad de error será pequeña, aun cuando deban realizar análisis complejos aplicando la regla de la razón. Por el contrario, aquellas autoridades menos preparadas y dotadas cometerán menos errores (de aplicación) manejando reglas *per se*.

La relación entre la naturaleza o tipología de las conductas y la probabilidad de cometer errores no es tan obvia. En esencia, depende de la probabilidad de que un tipo de conducta, aun cuando pueda tener efectos anticompetitivos, pueda asimismo producir un efecto neto positivo, bajo determinadas circunstancias. En definitiva, cuanto más dudosa sea una categoría de conductas, más razones para someterse a la regla de razón, especialmente si lo más probable es que en la mayoría de los casos el efecto neto sea positivo. De

lo contrario, el riesgo de errores tipo I si se aplican reglas más próximas al *per se*, es muy elevado, con el consiguiente coste social. Podría decirse que es el caso de determinadas conductas unilaterales, por ejemplo, el examen de la política de descuentos de los operadores dominantes. En estos casos, la mayor parte de los descuentos serán beneficiosos para los consumidores y, sólo en determinadas circunstancias, habrá un efecto neto anticompetitivo de exclusión de los competidores.

Sin embargo, el riesgo de error no depende sólo de la naturaleza de la regla de cada tipo de conducta, sino de la calidad del análisis, que es proporcional, a su vez, a los medios disponibles y al juego de los instrumentos e incentivos del propio marco institucional. Por ello, no siempre la regla de la razón resultará preferible¹⁴.

En la mayoría de las jurisdicciones occidentales se ha producido una evolución y, si se quiere, una convergencia hacia una concepción más moderna del derecho de la competencia basada en un modelo caracterizado por un conjunto de normas situadas en un estadio intermedio entre los dos extremos, estableciéndose reglas denominadas “estructuradas”, que incorporan elementos apriorísticos y elementos de análisis individual de los méritos del caso, que se van autocompletando con otros elementos derivados de la propia

experiencia y de la jurisprudencia. Todo ello permite establecer presunciones de legalidad o ilegalidad con distinto grado de rebatibilidad. Así, se van desarrollando listas de prácticas a las que se les asocia una mayor o menor presunción de ilegalidad. O son las propias autoridades las que emiten exenciones en bloque o comunicaciones que dotan a determinadas prácticas con fuertes presunciones de legalidad. Al final se trata de definir reglas, teniendo presente la probabilidad de error, la manejabilidad de las mismas y la seguridad jurídica que debe garantizarse a las empresas.

La situación en España, de nuevo, no ha sido ajena al devenir del modelo comunitario y en ambos se ha venido a incorporar a las reglas la denominada corriente de modernización del derecho de la competencia. Tanto el artículo 81 del TCE, como la prohibición paralela en las Leyes españolas, establecen para las conductas entre más de un operador la prohibición de aquellos acuerdos o prácticas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Asimismo, dichos preceptos normativos básicos precisan, igualmente, la compatibilidad de las conductas siempre que cumplan una serie de condiciones:

- fomentar el progreso técnico o económico y mejorar la producción o distribución (eficiencias)
- participación de los usuarios en el beneficio resultante
- indispensabilidad de la restricción
- no restringir sustancialmente la competencia

14 Un análisis más detallado sobre este planteamiento puede verse en Christiansen, A. y Kerber, W.: “*Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of Per se Rules vs. Rule of Reason*”; Marburg Papers on Economics; N° 06-2006.

Es decir, la norma básica sienta las bases para un examen individual de las conductas. Sin embargo, esta flexibilidad a priori era “cortocircuitada” con la necesaria notificación administrativa de casi todos los acuerdos de forma previa a su puesta en marcha so pena de caer en causa de nulidad. Por otro lado, el examen individual se atenuaba con el efecto paraguas que proporcionaba la aplicación de una serie de exenciones en bloque, relativamente formalistas. Por tanto, se podría decir que sobre todas las prácticas o acuerdos que estuvieran al margen de los Reglamentos de exención por categorías pesaba una fuerte presunción de ilegalidad o, si se quiere, de desconfianza.

Como consecuencia de la adquisición de experiencia por las autoridades comunitarias y de los Estados miembros y de la cada vez mayor interacción con las autoridades norteamericanas, se ha ido y se está evolucionando hacia un sistema menos apriorístico¹⁵, al menos para determinadas conductas bilaterales. Se observa como si las autoridades fueran seleccionando dónde asignar sus esfuerzos en función del análisis coste-eficacia de cada una de sus reglas; análisis en el que se incorpora el coste del error.

Algo similar está sucediendo con el control de las conductas unilaterales, en donde la Comisión Europea se encuentra inmersa, por

no decir, un tanto empantanada en un proceso de revisión de las reglas a aplicar. Es cierto que en este caso la prohibición básica es un tanto escueta y no cuenta con unas pautas en su articulado que permitan aplicar una regla de razón, habiéndose desarrollado las reglas a través de la consolidación jurisprudencial de la práctica decisoria. Pero hasta cierto punto, la revisión en la que se encuentra inmerso el sistema se produce como constatación de que una aproximación demasiado apriorística, que defina una fuerte presunción entre las formas o determinadas circunstancias de la conducta y su ilegalidad sin reparar en los efectos o méritos particulares en el mercado, puede conllevar a cometer demasiados errores tipo I, que son especialmente graves en este tipo de conductas¹⁶.

El control de concentraciones no se ha mantenido al margen. También evoluciona tratando de minimizar el posible error o, si se quiere, maximizar su capacidad de acierto, que constituye su objetivo esencial. De este modo, asistimos a una creciente publicación

podían dedicarse a la persecución de prácticas más dañinas, que en ningún caso eran notificadas. Es el caso también de la evolución que han ido experimentando los reglamentos de exención en bloque, especialmente el de los acuerdos verticales, evolucionando hacia planteamientos menos formalistas y con una mayor vinculación entre la cuota de mercado de las empresas y la presunción de ilegalidad, como fórmula de acercar el análisis de las conductas a su potencial efecto en el mercado. En la nueva Ley 15/2007 se va incluso algo más lejos que en la legislación comunitaria, al establecer expresamente que los acuerdos entre empresas con reducida cuota de mercado (acuerdos de mínimos) no están ni siquiera incluidos en el ámbito de la prohibición general.

¹⁶ Un análisis sobre la cuestión puede verse en Ahlborn, C. et. al.: “Prácticas unilaterales, normas de competencia y revisión judicial: una primera mirada desde la UE”; en El Derecho de la Competencia y Los Jueces. Fundación Rafael del Pino. Madrid, 2007.

¹⁵ Así, esta corriente modernizadora ha consistido en el paso de un sistema de notificación obligatoria de los acuerdos a un sistema de autoevaluación de las conductas, ya que la experiencia había demostrado que el primer sistema malgastaba los recursos que

de directrices por parte de las autoridades¹⁷ en las que se definen criterios de análisis, que por lo general se remiten al análisis individual del impacto de la operación en el mercado, pero establecen determinadas áreas de seguridad.

3. Ejecución de la política de la competencia: “*El Practice*”

Una vez que se tiene claro el modelo conceptual, se cuenta con unas reglas, más o menos precisas y se pone en marcha el entramado institucional, comienza la acción, que consiste en aplicar las normas a las conductas empresariales, utilizando los instrumentos jurídicos proporcionados por el marco institucional. En este ámbito, las dificultades conceptuales que conlleva definir las reglas se ponen de manifiesto en la práctica diaria de las autoridades. Para poder explorar las dificultades a las que se enfrentan cabe partir del doble objetivo que deben satisfacer con su funcionamiento: disuasión de futuros comportamientos anticompetitivos y restauración de los efectos anticompetitivos causados, para determinar en qué medida el ejercicio de los instrumentos al alcance de las autoridades facilitan la consecución de dichos objetivos y con qué probabilidad de error en cada caso.

17 Un ejemplo relevante lo constituye la reciente publicación por la Comisión Europea de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales (disponibles en la página web de la Comisión).

3.1 La capacidad de disuasión

El instrumento más común son las sanciones pecuniarias impuestas por las autoridades. Obviamente, en aquellas jurisdicciones con sanciones penales, éstas constituyen en sí mismas, una potente arma disuasoria. La gradación de las sanciones dependerá de cuál sea la intensidad disuasoria con que se pretenda configurar el modelo. El caso más paradigmático es el de los EE.UU. donde las sanciones pecuniarias que pesan sobre los potenciales infractores han sido dotadas de un fuerte carácter disuasorio, puesto que el montante que pueden alcanzar las indemnizaciones por daños y perjuicios supone multiplicar por tres los daños causados¹⁸.

El problema para el quehacer de las autoridades es determinar cuál es el importe que deben alcanzar las sanciones pecuniarias o multas. Mucho se ha escrito sobre cuál es la sanción óptima¹⁹, pero de forma intuitiva y generalmente aceptada, se suele definir la sanción óptima disuasoria a aplicar a una práctica anticompetitiva como aquella que, multiplicada por la probabilidad de ser detectada y sancionada, iguala los beneficios obtenidos de la práctica ilícita. Es decir, sólo la posibilidad de recibir la sanción disuade a los

18 Sobre cómo precisamente este fuerte carácter disuasorio puede explicar la divergencia entre el modelo americano y el europeo puede verse Kolasky, W. “Divergent roads” en *Global Competition Review*. January, 2008.

19 Ver el artículo de Nadia Calviño: “*La aplicación práctica del derecho de la competencia: El efecto disuasorio de las sanciones*”, sobre la cuestión en esta misma publicación.

potenciales infractores de embarcarse en las conductas anticompetitivas. Las autoridades se enfrentan a un cálculo complejo por diversos motivos. Primero, porque la determinación de las ganancias ilícitas obtenidas de una práctica anticompetitiva resulta complejo y demanda gran cantidad de información, que por lo general pertenece a la esfera de la propia empresa infractora. Segundo, porque resulta igualmente complicado determinar cuál es la probabilidad de detectar y sancionar con éxito una práctica anticompetitiva, lo que depende en última instancia de la calidad de la autoridad y la eficacia del sistema de defensa de la competencia. En este ámbito se llega a la contradicción consistente en que cuanto menos eficaz sea la autoridad, mayores deberían ser las sanciones. Además, debe tenerse en cuenta que, aunque quepa hablar de las dificultades para las autoridades, para que esta definición conceptual de multa óptima funcione, la que debe tener la información sobre la efectividad de las autoridades es la propia empresa, por lo que resulta imprescindible que exista predecibilidad para que los potenciales infractores puedan realizar sus cálculos.

Para paliar esta falta de información, las autoridades suelen publicar indicaciones metodológicas sobre cómo se calculará el importe de la multa²⁰. Por otro lado, la gravedad en la comisión de errores a la hora de calcular el importe de la sanción debe ponderarse por la probabilidad de errar en el examen sustantivo de la conducta en cuestión.

²⁰ La Comisión Europea ha publicado unas recientes Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003. Asimismo, la CNC se ha comprometido a publicar una Comunicación sobre cálculo de multas en su Plan de Lanzamiento (2008-2009).

Esto nos llevaría a ser más benévolos con aquellas prácticas cuyo examen da lugar con mayor probabilidad a errores de tipo I. Este principio que minimizaría el coste derivado de los errores (cuya probabilidad de comisión depende de la pericia de las autoridades) puede chocar con la fórmula de la multa óptima, ya que no tiene necesariamente en cuenta la gravedad o la ganancia ilícita para la empresa. Esto puede pasar en el examen de determinados tipos de conductas unilaterales, en las que la probabilidad de error y la gravedad de éste pueden ser muy elevados. Por ejemplo, es el caso nuevamente del examen de los esquemas de descuentos al público de los operadores dominantes, a los que este principio por prudencia aconsejaría imponer sanciones menos elevadas, ante la posibilidad de errores, que desincentivarían descuentos beneficiosos para los consumidores. Pero, evidentemente, esos esquemas de descuentos pueden tener, supuesto probado su carácter anticompetitivo, un impacto muy dañino sobre los consumidores y pueden reportar a las empresas infractoras cuantiosas ganancias ilícitas, haciendo la sanción óptima disuasoria elevada.

Existe muy poco trabajo empírico sobre el efecto disuasorio de la actividad de las autoridades de defensa de la competencia. No obstante, sí que merece la pena aludir a alguna de las conclusiones que se extraen del reciente estudio que la autoridad de competencia del Reino Unido (OFT) ha publicado²¹ a partir de una encuesta

²¹ OFT (Office of Fair Trading): "The deterrent effect of competition enforcement". Noviembre 2007.

llevada a cabo por una institución independiente. El informe destaca, asimismo, las sugerencias realizadas por los encuestados para mejorar la labor disuasoria de las autoridades de competencia en Reino Unido. Entre ellas, se encuentran el fomento de las acciones civiles ante los tribunales, la reducción de los plazos de las resoluciones, la mayor persecución criminal en el caso de cárteles (en forma de penas de cárcel o inhabilitación de directivos), la emisión de un mayor número de decisiones o mayor actividad en la aplicación de la normativa. El informe indica que tanto abogados como empresas consideraron como sugerencia para mejorar los efectos disuasorios de la normativa sobre defensa de la competencia, el incremento de la publicidad de las acciones y sanciones como vía de potenciar el efecto disuasorio. Probablemente, esta reflexión de los operadores venga a sugerir que el importe de las sanciones no es muy elevado y que más daño infringe, por ejemplo, la publicidad negativa a la propia empresa y sus directivos, poniendo de manifiesto un problema de diseño del mecanismo sancionador tradicional, consistente en que los responsables de poner en marcha la práctica anticompetitiva (los directivos) no son los mismos que aquéllos que deben pagar la sanción directamente (los accionistas) o sobre los que recae la publicidad negativa tras un proceso que puede durar varios años.

Como elevar el importe de la sanción no puede ser la única solución, ya que el coste del error tiene importantes consecuencias²², las

autoridades van incorporando otro tipo de instrumentos disuasorios, como las sanciones penales o aumentando el carácter disuasorio de sus acciones, mejorando su política de transparencia. Esta ha sido una de las vías elegidas por la Ley 15/2007, que aumenta notablemente la transparencia en la actuación sancionadora de la CNC. De igual modo, se ha producido una considerable mejora en el mecanismo sancionador, al mejorar la tipificación de las conductas, haciendo las sanciones por cada tipo de infracción más predecibles.

Con todo, las mayores dificultades para lograr una acción de las autoridades realmente disuasoria residen en su capacidad para detectar, procesar y sancionar las conductas anticompetitivas. El procesamiento de las conductas requiere de una gran cantidad de evidencias y pruebas que no suele ser sencillo obtener. Tradicionalmente, la acción de las autoridades ha venido siendo impulsada por la presentación de las denuncias, en las que el denunciante aportaba, en la medida de sus posibilidades, las pruebas a su alcance. Evidentemente, en el caso de denuncias de un competidor, generalmente por abusos de posición de dominio, la información disponible es escasa. Por ello, las autoridades de defensa de la competencia han sido dotadas de ciertas capacidades para obtener la información, como la facultad de requerir información de las partes o la capacidad de realizar inspecciones domiciliarias. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el tipo de material probatorio que necesitan las

10% del volumen de ventas, para evitar que la imposición de una sanción conlleve la desaparición de una empresa, infligiendo un coste a la sociedad considerable.

²² De hecho, casi todos los sistemas sancionadores tienen un límite, normalmente el

autoridades de competencia es cualitativamente superior al de otras instituciones administrativas con las que comparten las facultades de inspección y requerimiento, como las autoridades fiscales, que típicamente buscarán documentación obligatoria de las empresas, como facturas o documentos contables. En suma, las autoridades se enfrentan a la dificultad de tener que reunir material más propio de investigaciones criminales, como pruebas de reuniones o comunicaciones, de difícil obtención con los medios y procedimientos administrativos tradicionales.

La introducción de los programas de clemencia ha supuesto un paso importante en la capacidad de manejo por las autoridades de información probatoria, ya que son los propios infractores los que atraídos por la recompensa de menores sanciones aportan las pruebas que los autoinculpan y permiten una mejor orientación de las inspecciones. En cualquier caso, parece que el camino no se detiene con el incentivo generado por estos programas, sino que alguna autoridad está comenzando a ofrecer recompensas monetarias a aquella persona que ofrezca información determinante sobre infracciones.

3.2. Las dificultades de restaurar el daño anticompetitivo

La óptica de la cura o de la restauración de las condiciones de competencia tras la constatación de determinadas prácticas dañinas es igualmente relevante y sujeta a la existencia de errores de actuación. Las autoridades cuentan con una panoplia de instrumentos:

medidas cautelares, imposición de condiciones estructurales o de comportamiento, terminación convencional y la imposición de sanciones por los daños y perjuicios ocasionados a los perjudicados.

Dejando al margen el mecanismo de las indemnizaciones por daños y perjuicios, que se enfrenta a problemas en su cálculo similares a los señalados en el caso de las sanciones pecuniarias, el principal instrumento reparador del daño causado a la competencia por una práctica empresarial es la adopción de remedios. Los remedios pueden dividirse en remedios estructurales, que consisten normalmente en la modificación del tamaño de las empresas, o remedios de comportamiento, que conllevan la imposición de obligaciones de hacer o no hacer.

Los remedios estructurales son, obviamente, una solución más drástica y, por tanto, incorporan un mayor coste de error, dada su irreversibilidad. Sin embargo, suelen ser más eficaces ante determinados problemas, como el daño a la competencia que causa una operación de concentración y, ante todo, dan lugar, por lo general, a un menor coste de implementación y de supervisión.

Por su parte, los remedios de comportamiento tendrían la ventaja de constituir una intervención menor en los mercados, pero conllevan, como contrapartida, la necesidad de una supervisión continua de su cumplimiento, con el consiguiente coste de implementación. Suele argumentarse que los remedios de comportamiento conllevan un menor coste de error, aunque es probable que las autoridades dispongan de poca información acerca de su procedencia y su

eficacia, ya que supone realizar un análisis de prospectiva sobre su funcionamiento en el mercado, algo para lo que las autoridades de competencia no suelen estar muy bien preparadas.

Un ejemplo paradigmático de los problemas y consecuencias de la imposición de remedios de comportamiento se encuentra en el remedio impuesto por la Comisión Europea a Microsoft tras encontrar que ésta había abusado de su posición de dominio²³ al vincular la venta de su sistema operativo dominante Windows con su reproductor multimedia *Media Player*, comportamiento que tenía como efecto la expulsión de los desarrolladores de reproductores competidores. Pues bien, el remedio impuesto consistió en obligar a Microsoft al lanzamiento de una nueva versión de Windows que no incorporase a *Media Player*. Han sido muchas las voces que han puesto de manifiesto la inutilidad de este remedio, puesto que Microsoft prácticamente no vendió ninguna unidad del nuevo producto. No están exentas de razón, hasta cierto punto, estas críticas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no era el objetivo de la Comisión cuando impuso el remedio el hacer de la nueva versión de Windows un éxito comercial, sino garantizar que hubiera posibilidad para los clientes de Microsoft de adquirir un producto desvinculado e incorporar otros reproductores alternativos. En definitiva, se trata de un remedio con un pequeño coste, que podría haber sido eficaz, supuesto que la venta vinculada de ambos productos por parte de Microsoft hubiera sido el

germen de la conducta abusiva. Probablemente, cualquier remedio estructural habría conllevado un coste mucho mayor, que habría sido inútil en caso de haber cometido un error de apreciación en la valoración de la conducta.

La elección de uno u otro tipo dependerá, en definitiva, de las circunstancias particulares y de los medios a disposición de la autoridad, pero ésta deberá guiarse por los principios de la proporcionalidad en su intervención y de minimización del coste de error, que dependerá, a su vez, de la probabilidad de dicho error y de su gravedad.

Con el objeto de reducir los costes asociados al diseño de los errores, las autoridades desarrollan instrumentos que tratan de paliar la asimetría de información o la dificultad de supervisión. De este modo, dan a las partes en el procedimiento incentivos para que sean éstas las que ofrezcan las soluciones hasta que se alcance la satisfacción de la autoridad, como la oferta de compromisos en los procedimientos del control de concentraciones, o se pongan de acuerdo sobre los remedios a imponer, como en la terminación convencional de los procedimientos sancionadores, que acaban con una solución acordada entre denunciante y denunciado. Asimismo, se han venido desarrollando mecanismos que buscan reducir la dificultad y asimetría de la supervisión de los compromisos a través de la generalización de *trustees* de supervisión y organismos de arbitraje para la solución de las diferencias.

²³ Caso de la Comisión Europea COMP/37792 – Microsoft.

La Ley 15/2007 ha incorporado un buen número de mejoras en los procedimientos con el objetivo de reducir los costes de los errores de intervención. De este modo, se permite a las partes ofrecer compromisos en el control de concentraciones, tanto en primera como en segunda fase; compromisos que pueden ser sometidos al escrutinio del mercado para validar su eficacia y procedencia. También se ha mejorado el procedimiento de terminación convencional, que puede cerrarse sin la necesaria aquiescencia del denunciante, facilitando el cierre de los procedimientos sin tener que culminar en una decisión sancionadora, primando, por tanto, la vertiente de la cura o remedio en la acción de la autoridad. Otra mejora notable para la eficacia de los remedios es la mejora del régimen sancionador, ya que el incumplimiento o la contravención de lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado se considera infracción muy grave pudiéndose imponer una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora. Además, se ha ampliado el instrumental a disposición de la autoridad, ya que podrá imponer remedios estructurales en casos de conductas anticompetitivas.

4. Conclusión

La correcta actuación del sistema de defensa de la competencia en una economía vendrá condicionada por el acierto en la adopción de un buen número de decisiones de *policy* y de *practice*, que deben adaptarse a la naturaleza de la economía en cuestión, a los objetivos perseguidos por el *policy maker* y a los medios y recursos disponibles.

Asimismo, la adopción de dichas decisiones debe contemplar que la defensa de la competencia supone una intervención e intromisión en el funcionamiento del mercado y que, por tanto, debe estar guiada por los principios de proporcionalidad, de eficiencia y de seguridad jurídica.

La aprobación en España de la nueva Ley 15/2007, de defensa de la competencia, ha permitido incorporar importantes novedades en el diseño y funcionamiento del sistema español de defensa de la competencia, que pueden suponer, sin duda, una mejora notable en su eficacia.

El control de concentraciones: plazos y oportunidad¹

1. Introducción

El objetivo del presente trabajo es presentar una reflexión de urgencia sobre la oportunidad y los plazos en el control de las operaciones de concentración, de acuerdo con lo regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC2007).

*Catedrático de Economía Aplicada (Universidad Complutense). Ha sido investigador en The London School of Economics y Profesor visitante en las Universidades de Warwick, Perpiñán, Pavía, Autónoma de Barcelona, Pompeu Fabra y Alcalá de Henares. Ha sido Catedrático en las Universidades de Lérida y Barcelona. Ha sido experto de la OCDE y de las Comunidades Europeas. Entre los años 1990 y 1992 fue Subdirector General de Estudios del Ministerio de Industria y Energía y Delegado de España en el Comité de Industria de la OCDE. Ha participado en más de 70 libros como autor, colaborador, editor o autor del prólogo y es autor de más de 90 artículos especializados. Ha sido miembro de la sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación. Entre los años 1992 y 1995 fue Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia y entre dicho año y el año 2000 Presidente de dicha institución. En 1999 ingresó como académico en la Reial Acadèmia de Doctors y fue nombrado Economista de Mérito por el Colegio de Economistas de Cataluña. Actualmente es Director de la Fundación Rafael del Pino. Está en posesión de la Gran Cruz de la Orden del Mérito Civil.

¹ Agradezco los comentarios de Antonio Creus y Joaquín Artés.

La aproximación efectuada se apoya en el peso creciente del análisis económico en el proceso de revisión de las operaciones de concentración por parte de las autoridades de defensa de la competencia.

El análisis tradicional de los mercados ha considerado que el grado de concentración es uno de los elementos que explican la rentabilidad empresarial (Bain, 1951). Baumol (1959), por su parte, apuntó la hipótesis de que un incremento del capital monetario invertido en las empresas conlleva dos efectos: por un lado, un incremento de los beneficios totales y, por otro, un incremento de los beneficios por unidad monetaria de inversión como consecuencia de que el aumento de la dimensión empresarial coloca a las empresas en un eslabón superior de competencia imperfecta. El propio análisis neoclásico sostiene que el alejamiento de las condiciones que definen la competencia perfecta se traduce en una pérdida de “bienestar social” (Harberger, 1954).

Ha sido justamente la relación establecida entre el incremento de la dimensión o de la cuota de mercado y la probable pérdida de “bienestar social” el elemento que ha justificado el control de las operaciones de concentración.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas como, en ocasiones, se ha supuesto. En consecuencia, el análisis de los efectos de las conductas es fundamental. La propia complejidad de los fenómenos justifica el escepticismo en relación con la utilidad del análisis ex-ante de las operaciones de concentración como única posibili-

dad y avalaría que, en caso de considerar oportuno algún control sobre este tipo de operaciones, el análisis fuera selectivo ex - ante y, más general, ex -post, lo que no se hace.

2. Los fundamentos del análisis económico de las operaciones de concentración

A partir de las consideraciones del análisis de la competencia se ha alcanzado la siguiente conclusión: en general, un incremento en el número de empresas en el mercado se traduce en un incremento de la competencia. Por el contrario, también en general, una disminución en el número de empresas es un indicador de una disminución de la intensidad de la competencia. Sobre esta base argumental –excesivamente elemental, dado que por su propia naturaleza una operación de concentración se traduce, al menos a corto plazo, en una reducción del número de empresas en el mercado- se sospecha que las vibraciones competitivas se reducen cuando lo hace el número de empresas en el mercado y, en consecuencia, el impacto sobre los consumidores es negativo. De acuerdo con las conclusiones de dicho análisis, se consideró oportuno, en beneficio de los consumidores, introducir un nuevo tipo de regulación de los mercados y someter determinadas operaciones de concentración al oportuno control por parte de las autoridades de defensa de la competencia.

Williamson (1968), en el contexto del análisis del bienestar y en el marco del análisis de los efectos de las operaciones de concentración, estableció la posibilidad de una relación inversa entre la

reducción de costes promovida por las economías de escala y la reducción del excedente del consumidor como consecuencia del incremento del poder de mercado por parte de la empresa resultante de la operación. Su argumento ofrecía criterios desde la perspectiva del derecho *antitrust*, aunque desde una perspectiva actual excluye cuestiones fundamentales.

Para entender el fondo del argumento, supóngase que una estructura de mercado competitiva se transforma en una estructura distinta en la que una empresa ostenta una inequívoca posición de dominio como consecuencia de una operación de concentración. Supóngase, también, que antes de dicha operación las empresas producían un bien o servicio con costes medios a corto plazo (CMe) idénticos. En este caso, el precio competitivo es idéntico al CMe. Tras la operación de concentración se supone que la empresa resultante se beneficia de economías de escala debido a la ampliación de su actividad productiva y produce el bien o servicio con CMe inferiores. Sin embargo, el poder de mercado de la empresa resultante le permite fijar los precios incluso por encima de los CMe previos a la operación de concentración. En otros términos, el poder de mercado de la empresa resultante le permite fijar los precios por encima de los que corresponderían a un mercado competitivo a pesar de que sus CMe son inferiores como consecuencia del aumento de la escala de producción.

En estas circunstancias, se registra una pérdida del excedente de los consumidores debido al precio más alto del bien o servicio y

una ganancia del excedente de los productores debido a las economías de escala.

La pérdida o ganancia neta del bienestar depende, en última instancia, de las condiciones del mercado. En consecuencia, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, el asunto se planteaba en los siguientes términos:

- a) si la pérdida del excedente de los consumidores es superior a la ganancia del excedente de los productores, la operación debería prohibirse
- b) si la pérdida del excedente de los consumidores es inferior a la ganancia del excedente de los productores, la operación podría autorizarse

La aproximación efectuada ofrecía una nueva referencia en el análisis de las operaciones de concentración. Sin embargo, como reconocía el propio Williamson, no cabe ninguna duda de que en las modernas economías de mercado la realidad es más compleja y, en consecuencia, el análisis también debería ser más complejo. Pero la aproximación efectuada constituye una buena referencia para identificar y comprender la naturaleza del problema planteado.

Recientemente, el argumento tradicional ha sido reconsiderado sobre la base de los efectos de las conductas empresariales. En el excelente trabajo coordinado por Rey (2006) se defiende una aproximación a los fenómenos de la competencia basada en el análisis

económico: “Un enfoque económico requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en cada mercado concreto, para evaluar el modo en que estrategias concretas de empresas afectan al bienestar del consumidor”.

El enfoque económico completa el análisis jurídico y logra dos objetivos complementarios. Por una parte, al poner el acento en los efectos más que en la forma de las conductas se toma en consideración el hecho de que muchas conductas pueden tener efectos distintos en circunstancias distintas. En otras palabras: dos conductas distintas con los mismos efectos deben tener un trato equivalente. Por otra parte, el enfoque basado en los efectos garantiza que las disposiciones legales “no obstaculicen indebidamente las estrategias favorables a la competencia”. De hecho, muchas operaciones de concentración similares pueden tener efectos distintos: en unos casos pueden fomentar la eficiencia y la innovación y, en otros, distorsionar significativamente la competencia. Basar los análisis y las reflexiones en la consideración de los efectos altamente probables de las conductas, permite garantizar, en las operaciones que se aprueben, los efectos positivos de la competencia sobre los operadores económicos y los consumidores. También contribuye a paliar o evitar sus efectos negativos. En cualquier caso, el análisis económico es necesario.

2. El control de las operaciones de concentración en la nueva ley de defensa de la competencia

El control de las operaciones empresariales de concentración previsto por la LDC2007, se apoya, en general, en el principio de que el aumento de tamaño de una empresa como consecuencia de una operación de concentración y, por lo tanto, de su cuota de mercado, puede afectar negativamente a la eficiencia económica y al bienestar de los consumidores².

La contundencia del control se pone de manifiesto por el hecho de que la operación empresarial de concentración no podrá llevarse a cabo sin que haya recaído y sea ejecutiva la autorización –expresa o tácita- de la Administración, salvo en el caso de levantamiento de la suspensión por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) a propuesta de la Dirección de Investigación (DI), previa solicitud motivada tomando en consideración el impacto de la suspensión de la ejecución a los partícipes de la operación o de la ejecución sobre la libre competencia³.

Se entiende que tiene lugar una operación de concentración económica (artículo 7 de la LDC2007) cuando se registra “un cam-

² Lógicamente hay excepciones al principio general: operaciones que afectan a mercados relevantes distintos u operaciones relacionadas con productos de bajo consumo per capita.

³ De acuerdo con los criterios que inspiran el control de las operaciones de concentración, el levantamiento de la suspensión puede someterse al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión final.

bio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas”⁴ como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas independientes en el momento de la operación; b) la adquisición por una empresa del control total o parcial de una o varias empresas; o c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas cuando tales empresas operen permanentemente en el mercado como entidades económicas autónomas.

La referencia esencial del control empresarial es la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de una empresa mediante cualquier medio y, en particular, a través de la influencia sobre las deliberaciones o decisiones empresariales, la composición de los órganos de la empresa, o los derechos de propiedad o de uso, o los contratos. En sentido contrario, la LDC2007 establece que no tendrán la consideración de concentración: a) las operaciones que tengan lugar entre las empresas de un mismo grupo; b) la tenencia temporal de participaciones con fines de reventa en el caso de entidades financieras o de seguros cuando no se altere el comportamiento competitivo de los mercados y cuando el plazo de tenencia no sea superior a un año⁵; c) las operaciones realizadas por sociedades de

participación financiera que adquieran temporalmente participaciones en otras empresas cuando los derechos de voto inherentes a su propiedad sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de dichas participaciones sin ejercer una influencia decisiva en las decisiones de las empresas participadas; y d) la adquisición de control por una persona como consecuencia de un mandato conferido por una autoridad pública de acuerdo con la normativa concursal.

La referencia general del control ex ante de las operaciones de concentración empresarial por la CNC es la posible obstaculización –directa o indirecta- del mantenimiento de una competencia efectiva⁶ en todo o parte del mercado (relevante) español. En coherencia con el contenido de la ley, si el resultado probable de una operación de concentración es la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes o el abuso de posición de dominio, ambas cuestiones deberán ser analizadas por las autoridades de defensa de la competencia. Sin embargo, pese a la voluntad de la ley, un análisis ex ante deja abiertas muchas posibilidades de indeterminación o de error explicables por las dificultades de conocer el futuro –incluso el futuro inmediato- o por la imposibilidad de introducir en el análisis todas las variables relevantes, especialmente si el tiempo concedido por la ley para analizar el caso es breve. Como problema añadido, puede mencio-

4 La Disposición Adicional cuarta de la LDC2007 define una empresa como “cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.”

5 La CNC, con carácter excepcional y previa solicitud, podrá ampliar dicho plazo cuando se justifique razonablemente que la transacción no ha sido posible en el plazo establecido.

6 La indeterminación del concepto “competencia efectiva” abre la posibilidad de discusiones de difícil síntesis.

narse el hecho de que la LDC2007 no prevé directamente las oportunas compensaciones económicas en el caso de que un error tenga lugar y la decisión de las autoridades cause daño a las empresas⁷.

En relación con el análisis concreto de las operaciones de concentración, la LDC2007 menciona un conjunto de criterios sin que la relación pueda considerarse exhaustiva. Ciertamente, la relación recoge aspectos relevantes pero no todos. Aunque las referencias de la Ley se apoyan en el análisis económico de las operaciones de concentración, la comparación entre tales referencias y las que destaca el análisis económico refleja que algunas cuestiones necesarias para determinar el probable impacto de una operación de concentración sobre los competidores, los consumidores y la competencia efectiva en los mercados afectados quedan fuera de la consideración explícita de la LDC 2007, lo que abre la puerta a la posibilidad de error en las conclusiones y, por lo tanto, las eventuales medidas propuestas pueden ser innecesarias, excesivas, inútiles o no ser las más adecuadas.

7 Sin embargo, cabe pensar que, por analogía, tal compensación podría llevarse a cabo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.3, referido a las resoluciones de la CNC: el Consejo de la CNC “podrá proceder, a propuesta de la Dirección General de Investigación, que actuará de oficio o a instancia de parte, a la revisión de las condiciones y de las obligaciones impuestas en sus resoluciones cuando se acredite una modificación sustancial y permanente de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas”.

Excluidas las operaciones de dimensión comunitaria⁸, excepto en el caso de remisión por la Comisión Europea (CE) a España, deberán notificarse aquellas operaciones de concentración en las que concurren al menos una de las dos circunstancias siguientes: a) que tras la operación se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de un bien o servi-

8 Tal como se definen en el Reglamento (CE) núm. 139/2004: “Una concentración adquiere una “dimensión comunitaria”: cuando el volumen de negocios total realizado a nivel mundial por el conjunto de las empresas en cuestión es superior a cinco mil millones de euros y cuando el volumen de negocios total realizado individualmente en la UE por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 250 millones de euros, a menos que cada una de las empresas en cuestión realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la UE dentro de un mismo Estado miembro.

Si los umbrales antes citados no se alcanzan, se tratará, sin embargo, de una concentración de dimensión comunitaria si: el volumen de negocios total realizado a nivel mundial por el conjunto de las empresas en cuestión es superior a 2.500 millones de euros; en cada uno de al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por todas las empresas en cuestión es superior a 100 millones de euros; en cada uno de al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 25 millones de euros; el volumen de negocios total realizado individualmente en la UE por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 100 millones de euros, a menos que cada una de las empresas en cuestión realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la UE dentro de un mismo Estado miembro.

Aunque es el criterio más rápido, el volumen de negocios no es el único criterio para identificar las concentraciones de dimensión europea. Otro criterio, denominado criterio de “tipo 3 +”, establece una competencia comunitaria exclusiva de la Comisión cuando todos los Estados miembros o al menos tres de ellos formulan una solicitud de remisión a la Comisión. En la UE ampliada a 25 Estados miembros el refuerzo del principio de ventanilla única, como el que establece el presente Reglamento mediante el nuevo procedimiento de notificación previa, presenta la ventaja no despreciable de simplificar el procedimiento y de reducir los casos de notificaciones múltiples”.

cio. El mercado geográfico se refiere al mercado nacional o a un mercado geográfico definido dentro del mismo; b) que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cifra de 240 millones de euros siempre que al menos dos de los partícipes contabilicen un volumen de negocios en España superior a los 60 millones de euros⁹.

El procedimiento de control de las operaciones empresariales de concentración contempla dos fases.

En la primera fase, una vez recibida en forma la notificación, la DI formará expediente y elaborará el oportuno informe de acuerdo con los criterios de valoración contemplados en la LDC2007. Sobre la base de dicho informe el Consejo de la CNC dictará resolución en primera fase. En dicha resolución podrá: a) autorizar la operación; b) subordinar la autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes; c) acordar iniciar la segunda fase del procedimiento si considera que la operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado español; d) acordar la remisión de notificación a la CE, de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento (CE) núm.

⁹ Los citados umbrales pueden ser objeto de reconsideración. En efecto, de acuerdo con la Disposición Final segunda de la LDC2007 “se autoriza al Gobierno para que, previo informe de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante Real Decreto modifique los umbrales establecidos en el artículo 8 de la presente ley. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia realizará cada tres años una valoración de la aplicación de dichos umbrales a los efectos de proponer, en su caso, su modificación al Gobierno.”

139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y el archivo de la correspondiente notificación; y e) acordar el archivo de las actuaciones.

Iniciada la segunda fase del procedimiento, la DI redactará una nota sucinta que será pública una vez depurada de los elementos confidenciales y será puesta en conocimiento de todos aquellos que puedan tener interés en la misma o puedan resultar afectados por ella. También se pondrá en conocimiento del Consejo de Consumidores y Usuarios para que presenten alegaciones en el plazo de diez días¹⁰.

La DI redactará un Pliego de Concreción de Hechos que será notificado a los interesados para que aleguen, en el plazo de diez días, cuanto resulte de su interés.

El inicio de un expediente de control de operaciones de concentración será público. También lo serán los informes elaborados en el procedimiento de control de dichas operaciones, una vez adoptadas por el Consejo de la CNC las resoluciones correspondientes a la primera y segunda fase.

El sistema establecido presenta elementos de indeterminación que pueden traducirse en costes relevantes para las empresas. Con el fin de reforzar la seguridad jurídica cabe la posibilidad de conocer la opinión de la CNC en relación con algunos aspectos sustanciales. En

¹⁰ Por regla general, la intervención del Consejo es inútil.

efecto, como establece la LDC2007, con carácter previo a la oportuna presentación de la notificación, los interesados podrán formular consulta a la CNC en relación con las siguientes cuestiones: a) si una determinada operación es una concentración de las contempladas en la LDC2007; y b) si la operación supera los umbrales establecidos. La realidad revela que, aproximadamente en un 75% de los casos, las consultas no se traducen en notificaciones¹¹.

Lógicamente, una operación de concentración puede afectar de forma significativa al comportamiento competitivo de los mercados. Carece de sentido, en el contexto de la regulación actual de defensa de la competencia, que una operación no pueda llevarse a cabo cuando sea posible restablecer las condiciones de competencia mejorando la conducta empresarial. Por esta razón, la posibilidad de ofrecer medidas contrarrestantes por parte de las empresas es una propuesta que merece todos los parabienes.

En efecto, cuando una operación de concentración pueda entrañar obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados relevantes afectados, los notificantes, por iniciativa propia o a instancia de la CNC, podrán proponer compromisos para resolverlos. La propuesta de compromisos supondrá una ampliación de los plazos de 10 ó 15 días según el procedimiento se encuentre en la primera o segunda fase.

¹¹ Es interesante consultar, sobre éstas y otras cuestiones, el magnífico Código de Derecho de la Competencia dirigido por A. Creus. Vid. Creus (2006).

Los órganos reguladores sectoriales son grandes conocedores de las cuestiones que afectan a las actividades reguladas. Asimismo, los órganos de defensa de la competencia conocen los mecanismos del análisis de las operaciones de concentración. Por esta razón, resulta adecuada la colaboración entre ambos con el liderazgo de la autoridad de defensa de la competencia. La misma línea argumental puede aplicarse a las autoridades de defensa de la competencia subcentral.

Las previsiones anteriores no impedirán realizar una oferta pública de adquisición de acciones (OPA) admitidas a negociación en una bolsa de valores autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que tenga la naturaleza de una operación de concentración sometida a control siempre que: a) sea notificada a la CNC en el plazo mínimo de cinco días desde que la solicitud de autorización de la operación se presenta a la CNMV, y b) el adquirente no ejerza sus derechos de voto o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión previa dispensa concedida por la CNC.

A pesar de las previsiones citadas, en ocasiones, el control de operaciones de concentración resulta totalmente innecesario y la propia notificación no tiene sentido; supone un coste para las empresas y retarda, injustificadamente, la realización de operaciones empresariales. Un ejemplo arrojará luz sobre esta cuestión.

El análisis del Expediente C-0039/07, Ros Roca/Deyá Capital/Ros Roca Environment consistió, según la DI, “en la toma

del control conjunto de ROS ROCA ENVIRONMENT, S.L. (RRNU) por ROS ROCA GROUP, S.L. (RRG) y DEYÁ CAPITAL, S.C.R. DE RÉGIMEN SIMPLIFICADO, S.A. (DEYÁ), éste último como accionista entrante”. La operación, entre otras cuestiones, incluía una lógica cláusula de no competencia. Cinco mercados afectados fueron considerados como mercados relevantes con cuotas del 54,2%, 74,8%, 13,3%, 9,55% y 35,4%, respectivamente.

Tras el análisis de la operación, la DI la valoró con las siguientes palabras: “La operación no afecta a la competencia en los mercados relevantes de la presente operación en la medida en que DEYÁ no está presente en actividades relacionadas con las que realiza RRNU y, puesto que DEYÁ no era previsiblemente un competidor potencial significativo en dichos mercado. Teniendo esto en cuenta, no cabe esperar que la operación suponga una amenaza para la competencia efectiva en los mercados relevantes”.

El análisis de la DI es impecable. Sin embargo, la notificación ha supuesto para las empresas tiempo y dinero. Este último se desconoce, pero el tiempo se conoce perfectamente: desde el día 26 de diciembre de 2007, que tiene entrada en la DI la notificación correspondiente, hasta el día 23 de enero de 2008 en que toma la decisión la CNC; además del tiempo necesario para preparar la documentación.

La consideración de la operación pone de relieve que, bajo ningún supuesto, la operación afectaría negativamente a las condiciones de la competencia efectiva en los mercados relevantes afec-

tados. En consecuencia ¿por qué es necesario notificar?, ¿por qué las empresas deben incurrir en costes innecesarios?, ¿por qué las autoridades de defensa de la competencia deben dedicar su escaso tiempo a analizar operaciones que nada tienen que ver con la afectación de la competencia efectiva en lugar de perseguir carteles, por ejemplo?, ¿por qué las empresas tienen que retrasar la ejecución de operaciones como consecuencia de un control innecesario de determinadas operaciones? Por más que se examine la naturaleza de la operación de concentración y su control, no se encuentra ningún argumento que justifique su análisis por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Y como este ejemplo hay otros.

En consecuencia, el sentido común aconseja la revisión del procedimiento de control de las operaciones de concentración para evitar situaciones que no resisten el más mínimo análisis.

Por otra parte, concentrarse no es gratis. Pueden encontrarse argumentos a favor y en contra de las tasas. En la duda se ha optado por aplicarlas con el fin indirecto de contribuir a cubrir los gastos crecientes de la CNC. En consecuencia, los notificantes de las operaciones de concentración sometidas a control obligatorio, además de los gastos que la notificación conlleva, deben hacer frente al pago de tasas “por análisis y estudio” cuyo destino es la financiación de la CNC¹².

¹² El importe de las tasas oscila entre los 1.500€ en el caso de las operaciones notificadas mediante formulario abreviado hasta un límite máximo de 60.000€ resultantes de una can-

Los procedimientos en materia de control de concentraciones son complejos. La complejidad supone tiempo, trabajo por parte de las autoridades y la colaboración de los interesados. La tendencia observada refleja la voluntad del legislador de reducir los plazos en beneficio del notificante, lo que tiene todo el sentido dado que los intereses en juego pueden ser importantes y los costes derivados del tiempo necesario y de los retrasos pueden ser relevantes. En relación con estas cuestiones, debe destacarse el silencio positivo, magnífica expresión de la defensa de los intereses de aquellos interesados¹³ en llevar a cabo una operación de concentración.

En todo caso, el problema no queda resuelto totalmente si no se aborda y resuelve la cuestión de los plazos en caso de recurso ante el Tribunal Supremo (TS) pues la experiencia demuestra que la tardanza es excesiva y que, en ocasiones, puede hacer inviables las propuestas contenidas en las decisiones.

Otro ejemplo permitirá aclarar algunas de las cuestiones planteadas.

idad fija de 24.000€ cuando el volumen de negocios en España del conjunto de los partícipes sea superior a los 3.000.000.000€ a los que deben sumarse 6.000€ adicionales por cada 3.000.000.000 € en el caso de que dicho volumen supere la cantidad anterior. Como cifras intermedias la ley menciona 6.000€ (12.000€) cuando el volumen de negocios global en España de las empresas partícipes sea superior a 240.000.000€ (480.000.000€) e igual o inferior a 480.000.000€ (3.000.000€). Lógicamente, si tras la presentación del formulario abreviado la CNC estima que debe presentarse el formulario ordinario, las partes deberán realizar la liquidación complementaria correspondiente. Ante la posibilidad de falta de ingresos de las mencionadas tasas está prevista la vía de apremio.

¹³ Y administrados, en general.

En el mes de mayo del año 1994, el Consejo de Ministros (CM), recogiendo las recomendaciones adoptadas por unanimidad por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) acordó no oponerse a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de Antena 3 y de la SER a favor de Unión Radio, subordinando la operación al cumplimiento de condiciones coherentes con la doctrina: garantizar la eficiencia sin restringir significativamente la competencia con el fin de beneficiar simultáneamente a consumidores y empresas.

Recurrido el acuerdo del CM, en el mes de junio de 2000 el TS consideró que no era conforme a derecho y, por tanto, anulable, desestimando la pretensión de que fuera declarado nulo de pleno derecho y, posteriormente, por Auto de 25 de septiembre de 2002, resolvió que las propuestas de desinversión de las empresas son condición necesaria pero no suficiente, haciendo expresa mención al riesgo sobre el pluralismo informativo. Por su parte, la Dirección General de Defensa de la Competencia resolvió, el día 14 de octubre de 2002, llevar a puro y debido efecto la sentencia del TS modificando el plan propuesto por las empresas. En relación con los plazos, el legislador se ha inclinado por la resolución rápida de las operaciones de concentración como revela la progresiva reducción de los plazos que la Ley impone a cuantos intervienen en el procedimiento. Por ello, resulta sorprendente la tardanza en resolver por parte de la Sala del TS. La necesaria diligencia se justifica porque los mercados y las normas se modifican con el tiempo. ¿Qué sentido tiene que se juzgue una concentración del año 1992 en 2002 cuan-

do las circunstancias del mercado y la legislación han cambiado sustancialmente? Quizá quepan argumentos jurídicos –en todo caso, discutibles-, pero no hay justificación bastante desde el punto de vista económico.

En consecuencia, en los expedientes de control de operaciones de concentración debe encontrarse un punto de equilibrio entre los intereses de los notificantes y la función de la autoridad de defensa de la competencia. Los primeros desean unos plazos breves, pues nada justifica los retrasos en la ejecución de las operaciones de concentración. Los segundos, tienen interés en hacer que el control sea riguroso en aras de la defensa de los intereses públicos. La LDC2007 pretende encontrar un punto de equilibrio entre ambos intereses.

Ahora, el plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones del Consejo de la CNC en los procedimientos de control de concentraciones será de un mes en la primera fase y de dos meses en la segunda fase. En la primera fase, la referencia será la recepción en forma de la notificación por la CNC. En la segunda fase, el plazo contará desde la fecha en que el Consejo de la CNC acuerda la apertura de la misma.

En relación con la intervención, excepcional, del Ministro de Economía y Hacienda (MEH) y del CM los plazos máximos serán los siguientes: 15 días para dictar y notificar la decisión del Ministro sobre la intervención del CM, y un mes para adoptar y notificar un acuerdo del CM. En el primer caso, el plazo contará a partir de la

resolución dictada por el Consejo de la CNC en segunda fase. En el segundo, contará desde la Resolución del MEH de elevar la operación al CM.

La LDC2007 contempla distintos supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo¹⁴ mediante resolución debidamente motivada. En concreto, se menciona explícitamente que la CNC podrá suspender los plazos máximos cuando requiera a los notificantes la subsanación de deficiencias, aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios para la resolución del expediente¹⁵.

Cuando se solicite el informe de los reguladores sectoriales previsto por la LDC2007, el plazo de suspensión “no podrá exceder en ningún caso de tres meses”, lo que parece justificado en operaciones de concentración de envergadura, si bien resulta aconsejable reducir los plazos tanto como sea posible para no interferir en demasía en la actividad empresarial.

14 Lo que no supone que las autoridades interrumpan su actividad.

15 Sin embargo, la lectura del artículo 38 de la LDC 2007 permite sostener que, adicionalmente, los plazos podrán ser suspendidos en los siguientes supuestos: a) solicitud de documentos y elementos de juicio a terceros o a otros órganos de las administraciones; b) necesidad de cooperación y coordinación con la Unión Europea o con Autoridades Nacionales de Competencia de otros países; c) interposición de recurso administrativo o contencioso administrativo contra resoluciones y actos de la DI; y d) acuerdo del Consejo de la CNC de realización de prácticas de pruebas o de actuaciones complementarias a las realizadas por la DI con el fin de aclarar cuestiones necesarias para la formación del juicio correspondiente.

De forma excepcional, podrá ampliarse el plazo máximo de resolución. La motivación deberá explicitar claramente las circunstancias concurrentes y si se amplía el plazo máximo la ampliación no podrá superar el plazo establecido para la tramitación del procedimiento.

Los plazos parecen demasiado extensos desde la perspectiva de las empresas y demasiado breves desde la perspectiva de las autoridades de defensa de la competencia y de los reguladores. En todo caso, comparando con el uso y las prácticas especializadas en estas cuestiones, al margen de la pertinencia del control de las operaciones de concentración, los plazos no pueden ser calificados como extensos, dada la complejidad de los asuntos sometidos a examen.

Por otra parte, bienvenida sea la autorización por silencio administrativo. En lugar de ser un caso excepcional debería ser el caso general, en beneficio de los administrados. Transcurrido el plazo para la resolución en segunda fase del control de operaciones de concentración, se supondrá autorizada la operación por silencio administrativo, salvo en los siguientes casos: a) falta de notificación; b) falta de respuesta por parte de los notificantes al requerimiento de aportación de documentación; y c) remisión del asunto a la CE sobre la base del artículo 22 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y el archivo de la correspondiente notificación.

3. Los datos y la pertinencia del análisis ex-post

De cuanto se ha dicho, se deduce la idoneidad de abrir un debate sobre la pertinencia del control ex-ante de todas las operaciones de concentración que superen los umbrales establecidos. Dos argumentos avalan dicha pretensión. En primer lugar, la repercusión efectiva del sistema actual que combina una amplia estructura administrativa con un impacto real que no guarda una relación suficientemente fuerte con la misma. En segundo lugar, que a pesar de las referencias contempladas en la LDC2007, para proceder a su examen todavía no se han tomado suficientemente en consideración las variables que tradicionalmente utiliza el análisis económico.

Los datos (Cuadro n.1) ponen de relieve el reducido número de las operaciones de concentración que han sido analizadas por las autoridades de defensa de la competencia y que podían contribuir a afectar negativamente las condiciones de la competencia en los mercados afectados¹⁶. El número de casos examinados por el TDC ha sido en los últimos años inferior a 10 por año y, por regla general, las operaciones no han planteado problemas al funcionamiento

¹⁶ Las conclusiones alcanzadas coinciden con las obtenidas del análisis de las estadísticas europeas referidas a las operaciones de concentración. De los 3.628 casos que han entrado en la jurisdicción entre el año 1990 y el mes de octubre del año 2007, en 1.116 casos (31%) se han resuelto mediante el procedimiento simplificado, sólo 172 casos (5%) han iniciado la fase II. En 83 casos (2%) se ha resuelto el asunto con compromisos y únicamente se han prohibido 20 operaciones (0'6%). Ver: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>.

competitivo de los mercados¹⁷. Tanto en estas cuestiones como en relación con los informes sobre apertura de grandes superficies, las autoridades de defensa de la competencia disponen de los instrumentos que les conceden los artículos 1, 2 y, en su caso, 3 de la LDC2007. La simplificación del procedimiento, aunque positiva, no elimina el núcleo del problema pues se sigue con el régimen de notificación obligatoria a partir de ciertos umbrales pese a que hay argumentos para defender que en lugar de un examen universal de todas las operaciones que superen los umbrales determinados – en todo caso, discutibles - parece sensato centrarse exclusivamente en aquellos casos que plantean problemas inequívocos para la soberanía de la competencia en los mercados afectados. E, incluso, prescindir del control de las operaciones de concentración.

Relacionando los efectos sobre la competencia efectiva de las operaciones de concentración empresarial, puede sostenerse que no es infrecuente que los riesgos sobre la competencia de dichas operaciones proceda más de las barreras de entrada – administrativas o no – que de la propia operación de concentración. Por ello, resulta con-

veniente que, a partir de las competencias que la LDC2007 concede a la CNC, ésta pueda instar al Gobierno la remoción de dichas barreras, sobre todo cuando éstas sean de naturaleza administrativa, en línea con los informes previstos en relación con las ayudas públicas.

No debe olvidarse que el análisis *ex-ante* se efectúa sobre la base de unas condiciones del mercado presentes y aunque se elucubra sobre el futuro inmediato, en el momento de tomar la decisión éste es incierto y, en ocasiones, es muy arriesgado decidir – especialmente cuando se trata de casos de envergadura- sobre la base de la incertidumbre. Sin embargo, la LDC2007, de acuerdo con lo que se decía en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia¹⁸, ha tomado en consideración que “Así como existe un acuerdo general sobre el hecho de que determinadas conductas empresariales deben ser prohibidas por ser, *per se*, negativas para la competencia, no existe un principio incontestable que permita determinar *ex-ante* qué operaciones de concentración deben ser prohibidas y cuáles no”. Los *test* de dominio o de reducción sustancial de la competencia efectiva, iluminan el panorama y justifican el intervencionismo pero no pueden aventurar con absoluta certeza el futuro. La referencia a la “posible” obstaculización del mantenimiento de “una” (*sic*) competencia efectiva incluye un exceso de ambigüedad alejada del análisis riguroso de los efectos, referencia inexcusable en el moderno análisis de la competencia que se apoya

17 Menos del diez por ciento de las operaciones de concentración que fueron notificadas al SDC han pasado a la segunda fase de investigación y fueron examinadas por el TDC. Además, en el periodo de vigencia del sistema de notificación obligatoria, el CM no se ha opuesto a la operación de concentración que ha examinado en el cuarenta y tres por ciento de los casos y la ha prohibido sólo en un siete por ciento de los casos. El cuarenta por ciento restante ha sido objeto de condiciones. (Cuadro n. 2)

18 Ministerio de Economía y Hacienda (2005).

en consideraciones dinámicas en mercados rápidamente cambiantes. Ante estas cuestiones surge una pregunta: en caso de error ¿quién indemniza?

Dado el impacto de la intervención administrativa sobre el futuro de las empresas, cualquier decisión debería ser ampliamente argumentada y demostrada con los instrumentos que ofrece el moderno análisis de los mercados. La argumentación debería ser especialmente contundente en el supuesto de la intervención – excepcional, en todo caso – del CM. Lógicamente, los interesados deberían tener acceso al expediente en todo momento con el fin de ejercer su derecho a argumentar y avanzar en el proceso de solución negociada. La prohibición de una operación de concentración – caso de mantenerse el control de las mismas – deberá estar siempre precedida de la oportuna negociación sobre sus condiciones.

Cuadro 1**Control de concentraciones. Decisiones. 1997-2006**

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Notificaciones	19	31	51	93	76	100	79	94	115	64
No remisión al TDC	9	19	34	81	65	83	72	86	103	58
Remisión al TDC	7	7	14	11	7	9	5	5	6	4
Acuerdo Consejo de Ministros	7	6	14	11	7	9	4	5	6	2*
Archivo	3	5	2	1	3	7	1	3	6	2

* Decisión pendiente en los expedientes Abacocine/Cinebox y Universal Music/Vale Music
Fuente: Sánchez Graells, A. (2006)

Cuadro 2**Control de concentraciones. Decisiones del Consejo de Ministros. 1999-2006***

Prohibir operaciones que el TDC había recomendado someter a condiciones	0
Subordinar a condiciones operaciones que el TDC había recomendado autorizar	3
Endurecer las condiciones propuestas por el TDC	5
Adoptar la misma decisión propuesta por el TDC	34
Suavizar las condiciones propuestas por el TDC	7
Subordinar a condiciones operaciones que el TDC recomendó prohibir	5
Autorizar operaciones que el TDC recomendó prohibir	0

* Decisión pendiente en los expedientes Abacocine/Cinebox y Universal Music/Vale Music
Fuente: Sánchez Graells, A. (2006)

El análisis de la actividad real en relación con las operaciones de concentración económica justifica las dudas acerca de su eficacia. Si tan sólo un número reducido de operaciones transita por todo el laberinto administrativo urdido por la regulación pueden encontrarse argumentos sólidos para defender que el sistema actual debería ser objeto de reconsideración admitiendo como elementos de referencia las conductas contempladas por la LDC2007.

Dicha reconsideración puede discurrir por diferentes vías: a) eliminación del control *ex-ante*; b) sometimiento al procedimiento de control tan sólo de aquellas operaciones sobre las cuales se tenga evidencia inequívoca de que pueden contribuir de forma significa-

tiva a modificar las condiciones de competencia en los mercados afectados; y c) efectuar un análisis *ex-post*, transcurrido un cierto tiempo desde la realización de la operación, entendiendo que la posibilidad de dicho análisis actúa como elemento disuasorio ante la posibilidad de que la empresa resultante de una operación de concentración incurra en los supuestos contemplados por los artículos 1 y 2 LDC2007. Lógicamente, los supuestos a) y b) no excluyen la opción c)¹⁹.

Estas cuestiones están siendo objeto de consideración por parte de la CE²⁰.

La primera referencia que debe ser considerada es el estimulante artículo de Crandall-Winston (2003). Dichos autores muestran su escepticismo acerca de la eficacia real del sistema norteamericano de defensa de la competencia sobre el bienestar de los consumidores. Tras analizar una muestra de la literatura sobre las operaciones de concentración, colusión y monopolización, llegan a la conclusión de que la aplicación de las normas de defensa de la competencia a este tipo de operaciones tienen un efecto negativo sobre el bienestar de los consumidores.

Sus análisis muestran que un procedimiento de concentración superado con éxito tiene un efecto negativo, aunque estadística-

¹⁹ Este planteamiento exige reconsiderar el origen de los ingresos de la CNC.

²⁰ Ver, por ejemplo, Lear-Laboratorio de Economía, Antitrust regolamentazione (2006).

mente no significativo, sobre el margen precio-coste. Por otra parte, aquellos procedimientos que no superan el control tienen como consecuencia una reducción – estadísticamente significativa – de dicho margen. La conclusión que alcanzan los mencionados autores fue contundente: las operaciones de concentración no autorizadas por las autoridades *antitrust* no tienen efectos significativos sobre los márgenes precio-coste. En su opinión, la razón es clara: las autoridades norteamericanas responsables de la aplicación del derecho de la competencia no son capaces de distinguir las operaciones de concentración que pueden tener efectos positivos, de aquéllas que pueden tener efectos negativos sobre los consumidores. Adicionalmente, consideran que las autoridades no son capaces de trasladar a los consumidores todos los beneficios que pueda conllevar una operación de concentración.

Unas conclusiones tan contundentes no podían dejar indiferentes a las autoridades de defensa de la competencia, a las empresas, a los consumidores y a los representantes de la Academia. La gran aportación de Crandall y Winston ha sido, justamente, la apertura de un debate sobre una cuestión relevante que cuenta con una dilatada historia y un indiscutible impacto sobre las empresas que deciden incrementar la magnitud de su actividad mediante el crecimiento externo²¹.

²¹ Entre tales estudios pueden mencionarse los siguientes: Duso, Neven, Röller (2006); Duso, Gugler, Yurtoglu (2006), Bergman, Jacobsson, Razo (2005).

La Dirección General de la Competencia Europea ha iniciado un proceso de reflexión sobre estas cuestiones. Siguiendo la tradición, ha encargado estudios cuyo objetivo es dar una respuesta a las preguntas relacionadas con la eficacia del control de concentraciones *ex-ante* y elaborar una metodología encaminada a analizar *ex-post* las decisiones sobre las operaciones de concentración.

Todavía es pronto para alcanzar conclusiones apoyadas en fundamentos suficientemente sólidos. Sin embargo, el camino iniciado pone de relieve la insatisfacción con la exclusividad del análisis *ex-ante* y el convencimiento de que el análisis *ex-post* es una herramienta necesaria.

Notas finales

La plataforma sobre la que se ha elaborado el argumento que justifica el control de las operaciones de concentración económica en España es la sospecha de un efecto anti-competitivo sobre las condiciones de la competencia como consecuencia de la eliminación de uno (o varios) competidores reales o potenciales.

Sin embargo, dicha plataforma suscita tres cuestiones relevantes:

- a) el sistema actual de control *ex ante* se ejerce sobre la base de datos pasados y presentes pero desconociendo los efectos reales de la operación examinada. Adicionalmente, el análisis no toma en consideración todos los instrumentos empleados por el análisis moderno de los mercados.

En consecuencia, parece más adecuado reconsiderar el sistema actual, dando mayor valor al análisis económico y al análisis *ex post* de las operaciones de concentración, lo que no se hace. Dicho análisis puede ser concurrente con un análisis selectivo *ex ante* e, incluso, con la eliminación de dicho análisis sobre lo desconocido, pues siempre quedará en manos de las autoridades de defensa de la competencia la posibilidad de aplicar artículos 1, 2 ó 3 de la LDC 2007.

- b) Las referencias cuantitativas que exigen la notificación son fáciles de aplicar pero, en ocasiones, muestran su inutilidad con los correspondientes efectos sobre los costes de los notificantes y de las propias autoridades de defensa de la competencia. Puede ocurrir que elevadas cuotas de mercado no supongan poder real y efectivo de mercado, o que una operación de concentración tenga lugar afectando a mercados distintos sin ningún impacto significativo sobre la competencia efectiva sobre los mercados en los que operan las empresas intervinientes en la operación. En estos casos, ¿qué sentido tiene el control de la operación por parte de las autoridades de defensa de la competencia?
- c) Aún cuando el tiempo necesario para que las autoridades de defensa de la competencia lleven a cabo el pertinente control de las operaciones de concentración, por regla general, no es extenso, en ocasiones puede repercutir significativamente sobre las empresas, especialmente en aquellos casos en los que intervinen, además de las citadas autoridades, los órganos regula-

dores o el CM. El asunto adquiere una particular relevancia cuando la posibilidad de recurso se traduce en la intervención del TS extendiendo, hasta límites incompatibles con la eficiencia, el tiempo necesario para alcanzar la resolución definitiva de la operación.

Todo ello aconseja una revisión del actual sistema de control de concentraciones económicas.

Bibliografía

BAIN, J.S. (1951), *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940*, The Quarterly Journal of Economics.

BAUMOL, W. (1959), *Business Behaviour, Value and Growth*, McMillan.

BERGMAN, M.A., JAKOBSSON, M., RAZO, C. (2005), *An Econometric Analysis of the European Commission's Merger Decisions*, International Journal of Industrial Organization, 23

CRANDALL, R.W., WINSTON, C. (2003), *Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence*, Journal of Economic Perspectives, 17.

CREUS, A. (Director) (2006), *Código de Derecho de la Competencia*, La Ley

DUSO, T., NEVEN, D., RÖLLER, L-M (2006), *The Political Economy of European Merger Control: Evidence Using Stock Market Data*, CEPR, Discussion Paper DP3880.

DUSO, T., GUGLER, K., YURTOGLU, B. (2006), *How Effective is European Merger Control?*, WZB Discussion Paper, SPII 2006-12.

HARBERGER, A. (1954), *Monopoly and Resource Allocation*, American Economic Review. Papers and Proceedings, 44.

LEAR-LABORATORIO DI ECONOMIA, ANTITRUST, REGOLAMENTAZIONE (2006), *Ex-Post Review of Merger Control Decisions*. A Study for the European Commission.

MARTÍNEZ LAGE, S, PETITBÒ, A. (2006) *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons.

Ministerio de Economía y Hacienda (2005), *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, Centro de Publicaciones.

REY, P. (coordinador), GUAL, J, HELLWING, M, PERROT, A, POLO, M, SCHMIDT, K, STENBACKA, R. (2006), *Un enfoque económico del artículo 82*, en S. MARTÍNEZ LAGE, A. PETITBÒ (2006).

SANCHEZ GRAELLS, A. (2006), *La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas*, CEU Ediciones. Documento de trabajo n. 21/2006.

WILLIAMSON, O. (1968), *Economics as an Antitrust Defense*, American Economic Review, marzo.

Efectos disuasorios de las instituciones de Defensa de la Competencia sobre conductas anticompetitivas de las empresas, ¿puede haber demasiado de una buena cosa?

1. Introducción

Las instituciones de defensa de la competencia persiguen y castigan conductas anticompetitivas de las empresas tales como la colusión en precios, el reparto de mercados, la exclusión de los competidores o más genéricamente acciones tipificadas como de

* Es licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Barcelona, ostenta un Máster en Macroeconomía por la Universidad Pompeu Fabra y es doctor en Economía por la Universidad de Chicago. Desde el año 2002 es Profesor de Dirección Estratégica en la IE Business School y conjuntamente Director del Observatorio de Política de Defensa de la Competencia, también del Instituto de Empresa, desde el año 2007. Su investigación se engloba dentro de la temática de la Estrategia Corporativa incluyendo temas como la diversificación empresarial, el gobierno Corporativo de las empresas y la responsabilidad social Corporativa. También ha trabajado en otros temas aplicados de Economía Aplicada como la medición del impacto económico de un potencial parón de las infraestructuras de telefonía móvil o sobre los sistemas de compensación de los derechos de propiedad intelectual.

abuso de posición de dominio. La pena por estas conductas, más allá de sancionar al infractor, tiene un doble objetivo. Por un lado, se intenta compensar a los perjudicados, bien sean los competidores, por la cuantía de beneficio que han dejado de obtener, o bien los clientes que han podido pagar precios artificialmente inflados. Pero además, la naturaleza y cuantía de las sanciones sirven para persuadir a los agentes económicos de evitar caer en la tentación de emprender en el futuro conductas anticompetitivas. De la misma manera, la posible prohibición por las autoridades de concentraciones empresariales contrarias a la competencia también tiene efectos disuasorios al conseguir que otras fusiones y adquisiciones que se puedan calificar de anticompetitivas ni se intenten cuando las empresas anticipen correctamente la prohibición.

El objetivo del presente artículo es analizar críticamente estos efectos disuasorios siempre desde una perspectiva de eficiencia económica. Para ello, empezamos por estudiar las condiciones necesarias para conseguir un sistema con los pertinentes efectos disuasorios para, a continuación, revisar la evidencia disponible que trata de estimar cuantitativamente los efectos disuasorios del sistema de defensa de la competencia. Posteriormente hacemos una valoración de las ventajas e inconvenientes de dos diferentes procedimientos y mecanismos de sanción que se han propuesto para reforzar el potencial disuasorio del sistema institucional de política de la competencia: las sanciones penales y el facilitar a los particulares el demandar indemnización por daños a empresas culpables de comportamientos anticompetitivos. El artículo finaliza con las conclusiones y una

reflexión sobre los daños colaterales de las políticas de defensa de la competencia al desalentar conductas potencialmente pro-competitivas.

2. Condiciones necesarias para conseguir un sistema con adecuados efectos disuasorios

Desde un enfoque puramente económico, los efectos disuasorios de las políticas de defensa de la competencia se consiguen cuando las multas y sanciones son tales que el beneficio obtenido por un eventual comportamiento anticompetitivo es inferior a los costes esperados de dicho comportamiento. Es decir, cuando las multas y sanciones están diseñadas de manera tal que está en el propio interés de la empresa el no infringir la legislación de competencia. Esta sencillísima lógica económica tiene importantes consecuencias a la hora de diseñar un sistema de sanciones con un adecuado efecto disuasorio. En particular, implica no sólo que la sanción esté relacionada con el beneficio ilegalmente obtenido sino que ha de ser forzosamente de mayor cuantía. Para entenderlo, hay que resaltar que, como ocurre con cualquier otro delito, las instituciones encargadas de velar por la competencia carecen de la capacidad de detectar y castigar la totalidad de las conductas contrarias a la libre competencia que puedan darse en el conjunto de un sistema económico, al igual que la Hacienda Pública carece de la aptitud de detectar y sancionar todos y cada uno de los fraudes fiscales que se producen y las fuerzas de seguridad no pueden encontrar a los culpables de todos los robos a la propiedad.

Precisamente por esta imposibilidad, inherente a cualquier sistema punitivo, siempre existe una cierta probabilidad de que una conducta anticompetitiva no sea detectada por el sistema. Esta expectativa de poder salir impune de la realización de un atentado a la libre competencia hace que, si las sanciones económicas por comportarse anticompetitivamente son iguales a los beneficios obtenidos por este tipo de conducta, no se consiga el efecto disuasorio deseado ya que el coste esperado, coste económico de la sanción multiplicado por la probabilidad de ser detectado, será menor que el beneficio. Por ello, es necesario que, forzosamente, las sanciones tengan que ser mucho mayores que los beneficios obtenidos si se quiere que los efectos disuasorios del sistema funcionen adecuadamente¹. En concreto, Bryant y Eckard (1991) estiman que la probabilidad de que un cártel sea sancionado por las autoridades de antitrust es de entre el 13% y el 17%. Esta probabilidad implicaría que para que no sea rentable formar un cártel para las empresas las multas tendrían que ser entre seis y siete veces mayores que el beneficio extra obtenido.

Esta simple regla se incumple en la mayoría de los casos por la manera en que son calculadas las sanciones. En España la sanción

¹ Matemáticamente el razonamiento es cristalino. Si llamamos B al beneficio obtenido por realizar una conducta anticompetitiva, si C es el coste de la sanción en términos económicos, y si la probabilidad de que las autoridades pertinentes detecten y castiguen al infractor es p (con $p < 1$) entonces, el sistema de defensa de la competencia tendrá un efecto disuasorio sobre las conductas anticompetitivas siempre que $pC > B$. Esta desigualdad es imposible que se cumpla si $B = C$ (o si $C < B$).

máxima está limitada al 10% de las ventas con lo cual se puede dar el caso que el beneficio sea mayor que la sanción esperada, por lo que a la empresa le será rentable infringir la legislación de competencia. Al respecto, Connor y Lande (2004) proporcionan evidencia de que efectivamente el incremento en beneficio de pertenecer a un cártel supera el 10% de las ventas. Este insuficiente efecto disuasorio probablemente explica el hecho de que las empresas sancionadas por conductas anticompetitivas, lejos de escarmentar, reiteran en sus comportamientos anticompetitivos. (Motta, 2007).

3. Evidencia del efecto disuasorio de las autoridades de competencia sobre la formación de cárteles:

El Cártel de las vitaminas

La estimación de los efectos disuasorios de las instituciones de defensa de la competencia sobre las conductas anticompetitivas de los agentes económicos es ardua y extremadamente difícil. Hay que tener en cuenta que, por definición, cualquier estimación de esta naturaleza tiene que valorar cuál hubiera sido el comportamiento empresarial en ausencia de un régimen legal vigilante de la libre competencia. La evaluación de este comportamiento hipotético, que no ha existido en la realidad, es inevitablemente compleja y sólo realizable en determinadas circunstancias excepcionales que permiten obtener los datos mínimos para poder realizar esta estimación con garantías.

Uno de los pocos estudios que ha estimado el efecto disuasorio de poseer una política de defensa de la competencia activa es el artículo de Clarke y Evenett (2003). Este trabajo analiza en profundidad los efectos económicos del llamado cártel internacional de las vitaminas. Este cártel empezó en 1989 cuando dos productores suizos de vitaminas, Roche y BASF, acordaron incrementar gradualmente el precio de las vitaminas A y E y llegaron a un acuerdo para repartirse geográficamente el mercado mundial de estos productos. Estos dos fabricantes controlaban el 70% de la oferta mundial. Posteriormente fueron capaces de sumar al acuerdo a sus principales competidores, Rhone-Poulenc y Eisai. Esta colusión se sostuvo durante una década hasta el año 1999 cuando las autoridades de defensa de la competencia americanas, debido a un chivatazo interno, descubrieron y persiguieron la conspiración.

Durante estos 10 años de vigencia del cártel, los acuerdos de fijación de precios se extendieron a otras vitaminas con la participación más o menos activa de hasta 22 otros fabricantes por lo que la Unión Europea no dudó en calificar a la totalidad de la industria de las vitaminas como compuesta por un único cártel. Al final del proceso judicial, las autoridades americanas castigaron a nueve empresas participantes con multas que sumaron un total de 892,5 millones de dólares mientras que la Comisión Europea multó también a nueve empresas - aunque no exactamente las mismas nueve que sancionaron las autoridades americanas - por un total de 897,78 millones de euros. Sin embargo, Clarke y Evenett estiman que el total de recargo que pagaron los consumidores en todo el mundo

durante los 10 años fue de 2,7 billones de dólares, mucho más que la suma de todas las multas pagadas.

Clarke y Evenett (2003) utilizan este contexto para estimar un efecto disuasorio de las instituciones de defensa de la competencia sobre los agentes económicos bastante importante. Su estudio se beneficia de la posibilidad de valorar el comportamiento del cártel en un mismo país antes y después de que existan organismos activos encargados de velar por la competencia. Además, el estudio aprovecha la comparación de la conducta del cártel en un mismo año en países con y sin organismos activos de defensa de la competencia.

Sus cálculos proporcionan evidencia de que el cártel subió en mayor medida los precios de las vitaminas en aquellos países sin un entramado institucional activo de defensa de la competencia. El argumento que puede explicar esta conducta sería que, para evitar ser detectado, el cártel fue más moderado a la hora de incrementar los precios de las vitaminas precisamente en aquellos países con vigilantes institucionales de la competencia “diligentes”. En el citado estudio se considera que existen vigilantes “diligentes” cuando el país en cuestión ha informado a la OCDE de haber perseguido y castigado al menos a un cártel².

² En este sentido, el artículo de Clarke y Evenett sigue la doctrina dominante en las diferentes áreas del Análisis Económico del Derecho que ha proporcionado amplia evidencia de que el simple hecho de instaurar normas jurídicas que castigan determinado delito o comportamiento no afecta a la conducta de los agentes sociales a no ser que el incumplimiento de

La Tabla 1, localizada al final de este escrito, ha sido construida a partir de la Tabla 8 del artículo de Clarke y Evenett (2003). En la primera columna de dicha tabla se recogen las estimaciones de estos autores acerca del recargo pagado por los consumidores de diferentes países debido a los pactos anticompetitivos del cártel de las vitaminas. El impacto para los 10 países de la Unión Europea alcanza un recargo de 660,19 millones de euros³. Sin embargo, en caso de no haber existido un organismo encargado de velar por la libre competencia, el total de recargos que el cártel se hubiera atrevido a ofrecer hubiera sido, en los mismos 10 países y por el mismo período de tiempo, de 1880,88 millones de euros. Es decir, el efecto disuasorio de las instituciones activas de defensa de la competencia sobre el cártel de las vitaminas ahorró a los consumidores de estos 10 países de la Unión Europea un total de 1220,78 millones de euros. La segunda columna de la Tabla 1 detalla cuanto ahorraron los consumidores por país debido a este efecto disuasorio de las autoridades de competencia.

En particular, para el caso de España se estima que el sobreprecio pagado por los consumidores debido a la existencia de este cártel fue de 91,89 millones de euros. En cambio, en ausencia de un régimen activo de defensa de la competencia como el que tuvo España

dichas normas haya sido efectivamente perseguido y castigado por las instituciones correspondientes. Para un enfoque similar sobre el efecto de la legislación acerca del uso y tráfico de información confidencial y privilegiada en el marco del mercado de valores ver Bris (2005).
 3 Clarke y Evenett (2003) no estiman el efecto para aquellos países de la Unión Europea en los que alguna de las empresas conspiradoras tenía su casa matriz.

durante ese período, el sobreprecio pagado por los consumidores hubiera sumado adicionalmente 184,53 millones de euros para un total de 294,95 millones de euros durante los años 1990 a 1999, una media anual de 18,45 millones de euros adicionales. Si se compara este ahorro anual de 18,45 millones para el consumidor español con el presupuesto anual del Tribunal de Defensa de la Competencia detallado en la Tabla 2, vemos que el ahorro a los consumidores de vitaminas excede en mucho el presupuesto del Tribunal, que nunca excedió los 1,39 millones de euros⁴ en el período de actividad del cártel. Por ello, se puede afirmar, con la lógica precaución que merece cualquier estimación de este tipo, la positiva rentabilidad social de las instituciones de defensa de la competencia a través de sus efectos disuasorios incluso teniendo únicamente en cuenta sus efectos en un determinado cártel internacional.

4. Evidencia del efecto disuasorio de las autoridades de competencia sobre las operaciones de concentración empresarial

Otros estudios han analizado el efecto disuasorio de las instituciones de competencia sobre las estrategias de fusiones y adquisiciones de

4 Técnicamente, al presupuesto del Tribunal de Defensa de la Competencia durante esos años habría que añadirle el presupuesto del Servicio de Defensa de la Competencia, pero la memoria anual del Servicio no detalla su presupuesto con lo que no hemos podido hacer el cálculo exacto. No obstante, parece fuera de toda lógica que el presupuesto de servicio pudiera alcanzar los 17 millones de euros anuales necesarios para que el coste de las instituciones de competencia superara a los ahorros para los consumidores provenientes de los efectos disuasorios de las autoridades sobre el cártel de las vitaminas.

las empresas. Este efecto disuasorio de las políticas de antitrust puede reflejarse en dos distintos fenómenos. Primero, se consigue una disminución en las operaciones de concentración al haber fusiones y adquisiciones que no llegan a proponerse por anticipar una reacción negativa de las instituciones de competencia. A este respecto, Seldeslachts, Clugherty and Barros (2007) estiman que un incremento del 10% en el número de fusiones prohibidas en un año determinado lleva en el año siguiente a un decremento de hasta el 1,6% de fusiones propuestas. Segundo, aquellas operaciones que sí se proponen son de características diferentes a aquellas que se hubieran propuesto en ausencia de un control institucional de su efecto anticompetitivo. En este sentido, y a manera de ejemplo, Stigler (1966) encuentra una disminución en la proporción de fusiones horizontales versus fusiones verticales a consecuencia de la introducción de legislación antitrust americana al respecto.

Seldeslachts, Clugherty and Barros (2007) proporcionan evidencia acerca de que el efecto disuasorio de las instituciones de competencia sobre las fusiones y adquisiciones propuestas depende críticamente de las herramientas de control elegidas por las autoridades. Por un lado, estos autores constatan que las simples prohibiciones tienen un alto efecto disuasorio sobre el número de fusiones propuestas, es decir, más prohibiciones causan menos propuestas de operaciones de concentración. Por el contrario, estos mismos autores descubren que no se producen efectos disuasorios cuando las autoridades optan por aprobar más concentraciones a cambio de imponer un mayor número de condiciones restrictivas y/o compromisos de comportamiento futuro.

En efecto, si las autoridades emplean profusamente compromisos y el establecimiento de condiciones para aprobar una concentración, las empresas interpretan que los costes de intentar sacar adelante el proceso de concentración son menores y por ello no renuncian a intentar acometer concentraciones potencialmente anticompetitivas. El hallazgo de que la aprobación de una concentración sujeta al compromiso futuro de “buen comportamiento” carece de efectos disuasorios no es sorprendente. En general, se ha considerado que la vigilancia futura representa una política de concentraciones laxa y, por tanto, con nulos efectos disuasorios.

Sin embargo, el hallazgo de Seldeslachts, Clugherty and Barros (2007) sobre la ausencia de efectos disuasorios de una política de control de concentraciones basada en la imposición de condiciones ex ante es potencialmente mucho más importante y con más repercusiones sobre el diseño óptimo de las políticas de competencia. La figura 1 muestra como existe una tendencia a nivel mundial, a la cuál nuestro país no es ajeno, a utilizar con más profusión como herramienta de control de concentraciones los “remedies” o imposición de condiciones ex ante en detrimento de las simples prohibiciones. En particular, el ratio de operaciones aprobadas con condiciones sobre el número de operaciones prohibidas a nivel internacional ha pasado de menos del 8% hasta más del 50% tal como la Figura 1 demuestra. Las implicaciones son que esta tendencia a usar la imposición de condiciones en lugar de prohibiciones puede ir en perjuicio de los efectos disuasorios de las políticas de defensa de la competencia. Un menor efecto disuasorio conduce a un incremento

en el número de casos a estudiar por las autoridades con el consiguiente efecto negativo para el buen funcionamiento del sistema dados los limitados recursos disponibles para las autoridades encargadas de defender el libre mercado.

En España, hemos tenido un claro caso representativo de la laxitud de las aprobaciones de concentraciones sujetas a condiciones cuando se aceptó la integración de Vía Digital y Canal Satélite Digital. Esta operación de concentración de los dos únicos competidores en el mercado de televisión por satélite en España fue aprobada sujeta a –ni más ni menos- 34 condiciones de comportamiento futuro. De éstas, veinticuatro eran relativas al cine, canales temáticos y pluralidad informativa; y otras diez se referían a restricciones sobre los derechos de la emisión del fútbol.

La evolución de los años posteriores ha demostrado la irrelevancia de muchas de estas restricciones dada la dificultad de monitorear correctamente su cumplimiento. Por ejemplo, las limitaciones impuestas por el Gobierno incluían la cortapisa de no incrementar los precios reales, una vez descontada la inflación, durante 4 años. El problema se plantea cuando se intenta definir correctamente qué productos son aquéllos cuyos precios reales no pueden incrementarse ya que el dinamismo propio de la economía de mercado lleva en pocos años a la creación de nuevos canales televisivos y paquetes de combinación de estos canales que son de difícil comparación con los productos - canales y paquetes - existentes en el momento que se aprueban las condiciones de la fusión.

Por ello, estos nuevos paquetes y/o canales televisivos conllevan una dificultad extrema a la hora de evaluar si los precios verdaderamente han sido incrementados. La simple comparación de los precios de las nuevas ofertas con los precios de los viejos productos es irrelevante a no ser que se efectúen determinados ajustes que contemplen la diferente naturaleza del producto. Estos ajustes son, por su naturaleza, complicados y, más importante, sujetos a conflictivos debates, ya que se pueden efectuar de diferentes maneras y bajo distintos supuestos y, por tanto, obtener diferentes resultados en función del método de ajuste utilizado. Este tipo de dificultades y controversias, debidas a la naturaleza dinámica del sistema de libre mercado, hacen tan arduas y engorrosas las tareas de vigilancia ex post del comportamiento empresarial que de facto convierten muchas veces las condiciones sobre el comportamiento futuro en irrelevantes.

5. Evidencia del efecto disuasorio de las autoridades de competencia sobre los intentos de fusión y adquisición: El estudio de Deloitte

Los investigadores encuentran muchos problemas a la hora de encontrar datos suficientes que permitan estimar cuantitativamente los efectos disuasorios de las políticas de defensa de la competencia de la manera que acabamos de describir más arriba en los dos estudios analizados. Por ello, la consultora Deloitte, a instancias de la Office of Fair Trading del Reino Unido, eligió un enfoque diferente consistente en diseñar dos cuestionarios y preguntar

directamente a las compañías del Reino Unido y a sus representantes legales acerca de los efectos disuasorios de las políticas de defensa de la competencia.

Pese a que Deloitte garantizaba la confidencialidad y anonimato a los participantes en el cuestionario, el problema principal reside en la incapacidad del investigador de averiguar hasta qué punto las respuestas de los participantes se ajusta efectivamente a la realidad. No obstante, aceptando las limitaciones inherentes al uso de cuestionarios como herramienta investigadora, las conclusiones del estudio de Deloitte son de alto interés y evidencian una notable importancia de los efectos disuasorios de las políticas de defensa de la competencia sobre las conductas de las empresas. El cuestionario realizado a 234 abogados especializados en defensa de la competencia arroja las siguientes conclusiones que están resumidas en la Tabla 3:

1. El estudio de Deloitte halla que por cada fusión denegada por las autoridades de competencia, existen cinco fusiones potenciales a las que las empresas directamente renuncian o modifican de manera preventiva sus términos ya que anticipan una oposición de las autoridades a las mismas. Hay que resaltar que este ratio de cinco a uno es una estimación a la baja de la magnitud de los efectos disuasorios. En primer lugar, es muy probable que haya fusiones que ni se lleguen a considerar por las empresas porque son claramente anticompetitivas. En segundo lugar, puede haber fusiones que por ser consideradas claramente anticompetitivas, las empresas las descarten inmediata-

mente y no lleguen ni a consultarlo con sus abogados. Todas estas fusiones abortadas antes de buscar consulta legal no estarían reflejadas en el ratio cinco a uno que encuentra este primer cuestionario de Deloitte.

2. De la misma manera, la investigación de Deloitte revela que por cada cártel sancionado hay cinco cárteles que las empresas rompen de manera preventiva por temor a ser descubiertas por las autoridades; por cada acuerdo comercial perseguido o prohibido por las autoridades de defensa de la competencia hay siete acuerdos comerciales que desisten o ni se intentan. A su vez, por cada conducta tipificada de abuso de posición de dominio por las autoridades hay cuatro comportamientos que las empresas abandonan voluntariamente -sin ser requeridas para ello - para evitar potenciales conflictos con la Office of Fair Trading. Estos ratios de cinco a uno, siete a uno y cuatro a uno son también una estimación a la baja de los efectos disuasorios por los mismos argumentos por los que el ratio en fusiones subestimaba el efecto disuasorio en fusiones, tal como he explicado en el párrafo anterior.

Deloitte no se conforma con los resultados del cuestionario a los bufetes de abogados y lo complementa con otro cuestionario lanzado directamente a 202 empresas representativas del tejido productivo del Reino Unido. Tal como atestigua la Tabla 3, los resultados de este segundo cuestionario proporcionan una estimación de estos efectos secundarios de un orden de magnitud mucho más

importante. En particular, las respuestas a este segundo cuestionario revelan que por cada cártel sancionado se previenen 16 cárteles sin que las autoridades tengan ninguna constancia de ellos; por cada acuerdo comercial perseguido se evitan o modifican otros 29 acuerdos comerciales que las compañías piensan que podrían ser calificados como anticompetitivos mientras que por cada abuso de posición de dominio condenado se prescinde de otras cuatro conductas susceptibles de ser consideradas abusos de posición de dominio.

En conjunto, la evidencia aportada por el informe de Deloitte desvela la existencia de un relevante impacto disuasorio que desalienta conductas anticompetitivas de las empresas a coste cero para las autoridades. De hecho, los casos de competencia que requieren la participación activa de las autoridades representan sólo la punta del iceberg en relación a los efectos totales que tienen las autoridades de defensa de la competencia.

Curiosamente, el estudio de Deloitte desvela una potencial implicación negativa al disuadir también conductas pro-competencia a la que volveremos en las conclusiones. En concreto, los cuestionarios incluían preguntas sobre la existencia de conductas competitivas pero que habían cesado o no habían sido implementadas por temor a la intervención de las autoridades de defensa de la competencia. Este efecto indeseado es especialmente relevante en la fijación de precios verticales. En un 28% de las compañías se habían impedido conductas pro-competitivas. Las actividades más competitivas que con más frecuencia dejan de

efectuarse son por este orden 1) dejar de ofrecer descuentos y 2) dejar de licenciar a un solo comercial para evitar romper reglas de no discriminación. Los motivos por los que se provoca este efecto disuasorio indeseado son el temor a una equivocación de la Office of Fair Trading, la dificultad de predecir la conducta de este organismo y los costes y retrasos de una intervención de la OFT aunque finalmente se apruebe.

6. Aplicación de sanciones penales

Existe cierta evidencia que demuestra una alta tasa de reincidencia en comportamientos anticompetitivos por parte de las mismas empresas (Motta, 2007). Además, parece que los ejecutivos corporativos responsables de llevar a sus organizaciones a conductas contrarias a la competencia no pierden sus cargos directivos ni aun cuando las autoridades imponen a sus empresas cuantiosas multas por violación de la legislación de competencia. Ante estos hechos empíricos, algunos autores han propuesto un endurecimiento del régimen sancionador del sistema para aumentar sus efectos disuasorios. En el marco de estas propuestas de endurecimiento, algunas propuestas incluyen las sanciones administrativas a los individuos directamente responsables de la conducta anticompetitiva, tal como recoge la nueva ley de Defensa de la Competencia española. Sin embargo, no parece difícil imaginar que las multas individuales serán pagadas por las empresas y que el coste para las empresas de dichas multas individuales no será disuasorio.

Ante este bypass de las sanciones administrativas individuales que probablemente serán en última instancia pagadas por la empresa, se ha propuesto la consideración como delito penal de las conductas anticompetitivas más extremas, tal como ocurre en Estados Unidos. La lógica de tipificar como penal atentados contra la competencia sería el pensar en la violación de las leyes de anti-trust como un tipo de robo a los consumidores y, por tanto, pasar a considerar a los directivos - culpables de, por ejemplo, pactar precios- como simples ladrones.

Desde el punto de vista de los efectos disuasorios de conductas anticompetitivas y, aunque desconozco evidencia empírica al respecto, parece muy probable que la consideración como delito penal de las conductas anticompetitivas implique una mayor persuasión a las empresas de no ejercer conductas contrarias a la libre competencia. Eso sí, siempre y cuando esta mayor sanción se viera acompañada de una probabilidad positiva de detección. Es decir, por mucho que se consideren conductas tales como la fijación de precios como conducta penal, si la conducta penal nunca es detectada y/o castigada, entonces la tipificación del delito es irrelevante. Por esta razón existe una complementariedad entre la consideración de los delitos de competencia como penales y las políticas de clemencia que reducen y/o eliminan las sanciones para aquellos directivos y compañías que colaboren con las autoridades, por ejemplo, denunciando y proporcionando evidencia acerca de la existencia de un cártel.

7. Indemnización por daños y *private enforcement*

También en el marco de reforzar la eficacia del mecanismo sancionador de las instituciones de competencia existe una corriente predominante – concentrándonos en el caso europeo - que defiende y promueve el facilitar a los particulares el acudir a los juzgados a reclamar una indemnización por daños a los culpables de delitos de competencia⁵. Es decir, romper el monopolio de las autoridades de competencia a la hora de perseguir conductas anticompetitivas y permitir que sean perseguidas por vía judicial a instancias de los agentes privados. Este es el enfoque seguido históricamente en los Estados Unidos en el que el sistema promueve una complementariedad entre la iniciativa de los organismos públicos y la acción de los particulares ante los tribunales para maximizar los efectos disuasorios de las conductas anticompetitivas. De hecho, desde los años setenta, las iniciativas particulares representan más del 90% de todos los juicios de antitrust en Estados Unidos⁶. La doble amenaza de denuncia pública y privada tiene indudablemente unos mayores efectos disuasorios sobre emprender conductas anticompetitivas, ya que aumenta tanto la probabilidad de detectarlas como el importe de la sanción, todo a un coste mínimo para las autoridades.

⁵ En este sentido, la reciente Ley de Defensa de la Competencia aprobada en el 2007 ha supuesto un paso importante al facilitar el que se puedan reclamar en los juzgados de lo mercantil daños provenientes de una supuesta conducta anticompetitiva. A nivel europeo, la Comisión ha elaborado un Libro verde sobre cómo promover y extender el uso del sistema jurídico mercantil para perseguir conductas anticompetitivas.

⁶ En Connor (2005), página 5.

Sin embargo, el sistema americano también adolece de problemas propios que no hemos de olvidar si queremos implantar un ordenamiento similar, ya que viene asociado a un excesivo e ineficiente número de litigios, con las consiguientes negativas repercusiones sobre los costes de las empresas. En especial, el desmesurado número de litigios viene determinado por las múltiples jurisdicciones con atribuciones sobre defensa de la competencia, a saber, el sistema federal y los varios Estados, y por las dificultades en coordinar y armonizar los diferentes estándares legales. En consecuencia, se da el caso de que una misma conducta anticompetitiva es llevada a múltiples juicios por indemnización por daños. Por ejemplo, sólo un único caso de la administración federal contra Microsoft por monopolización del mercado generó 64 procedimientos de indemnización por daños a nivel federal y 117 a nivel de los diferentes Estados americanos⁷.

Ante esta tesitura, dadas las similitudes del sistema americano con el europeo - ¡y con el español!- en lo relativo al diferente número de jurisdicciones con potestad de decisión por daños provenientes de conductas anticompetitivas a la hora de promover y facilitar las acciones de los particulares ante los tribunales para reclamar por conductas anticompetitivas, parece necesario aprender de los cien años de experiencia del modelo americano y, por tanto, evitar las

ineficiencias ocasionadas por un excesivo número de litigios. Para ello parece imprescindible establecer ex ante exquisitos mecanismos de coordinación entre las diferentes jurisdicciones y/o una armonización de los diferentes estándares legales para evitar excesivos litigios buscando indemnización por daños por una misma conducta delictiva.

8. Conclusiones y reflexiones finales

A modo de conclusión, me gustaría resumir las implicaciones discutidas a lo largo del capítulo y acabar con unas reflexiones personales acerca del “lado oscuro” de los efectos disuasorios sobre la competencia en el mercado:

- a) Para una correcta disuasión de las conductas anticompetitivas, se requiere que el potencial beneficio para las empresas de perseguir una conducta anticompetitiva sea inferior al coste esperado de la sanción pertinente. Esta sencilla lógica económica tiene dos implicaciones inmediatas. Primera, el importe de la sanción ha de ser función del beneficio extra obtenido por la conducta anticompetitiva. Ello implica que la cuantía de la multa no debería estar limitada a un porcentaje máximo de las ventas. Segunda, dado que hay una probabilidad de que las instituciones no detecten el comportamiento anticompetitivo, las sanciones forzosamente han de ser superiores a los beneficios obtenidos. Si la probabilidad de ser descubierto es del 15% (Bryant and Eckard, 1991), entonces para conseguir

7 U.S. v. Microsoft, 231 F. Supp. 2d 144 /D.D.C 2002); New York v. Microsoft Corp., 209 F. Supp. 2d 132 (D.D.C. 2002); New York v. Microsoft Corp., 224 F. Supp. 2d 76 (D.D.C. 2002).

el efecto disuasorio deseado la multa ha de ser entre seis y siete veces superior al beneficio extra obtenido por la conducta anticompetitiva.

- b) El efecto disuasorio de las políticas de defensa de la competencia, aunque muy difícil de estimar, parece que en términos cuantitativos es muy importante. El simple efecto disuasorio de tener instituciones de competencias activas ahorró a los consumidores de vitaminas de 10 países europeos la friolera de 1220 millones de euros en un período de diez años. El estudio de Deloitte calcula que por cada acción emprendida por las autoridades de competencia, las empresas desisten de motu proprio de entre cuatro y veintinueve iniciativas potencialmente anticompetitivas.
- c) En lo que respecta a fusiones, las estimaciones existentes encuentran que un incremento del 10% en el número de concentraciones empresariales prohibidas ocasiona una disminución del 1,6% en las operaciones de control propuestas. El efecto disuasorio es relevante sólo en lo referente a las operaciones prohibidas, las operaciones aprobadas con condiciones no parecen tener efectos disuasorios.
- d) Hay dos medidas que pueden intensificar los efectos disuasorios de las políticas de competencia y, por ello, su eficacia. Una es la sanción penal a los directivos responsables de conductas anticompetitivas y la segunda es el facilitar a los particulares el acudir directamente a los juzgados a reclamar indemnización por daños ocasionados por conductas anticompetitivas. Ambas medidas incrementan tanto las probabilidades de

detección como la cuantía de la sanción con poco coste para las autoridades de competencia. Sin embargo, el excesivo número de litigios observado en Estados Unidos hace recomendable que cualquier medida destinada a allanar el camino de los particulares de acudir a los tribunales tiene que ir acompañada por una plena coordinación de las diferentes instituciones y una inevitable armonización de los criterios para evitar un desmesurado número de juicios por una misma conducta.

Para finalizar, quiero desarrollar una reflexión personal al hilo del hallazgo del estudio de Deloitte referente a que en un 28% de las compañías el temor a las autoridades de competencia ha desalentado conductas pro-competitivas que deberían ser perfectamente legales. En mi opinión, esta cifra refleja una realidad en la que un incremento de los efectos disuasorios de comportamientos anticompetitivos va tristemente acompañado de un efecto de desánimo o amedrentamiento sobre conductas plenamente competitivas. Hay varias razones que explican este “lado oscuro” de los efectos disuasorios que concentramos en dos puntos principales.

En primer lugar, y quizás menos importante que el punto siguiente, no existe el sistema perfecto. Inevitablemente las autoridades de competencia se equivocarán en alguna ocasión calificando como anticompetitivas estrategias, por lo demás, plenamente legítimas. Es más, aún en el caso de que las autoridades no se equivoquen, los meros costes de entrar en un proceso formal para demostrar que

determinado comportamiento es pro-competitivo puede desalentar conductas que de ninguna manera atentan contra la libre competencia. Tanto los costes del proceso como la probabilidad de error de la autoridad descorazonan una determinada proporción de estrategias legales.

En segundo lugar, en el día a día del diseño e implementación de la estrategia empresarial, simplemente no existe una distinción obvia entre estrategias pro y anti competitivas, salvo quizás el establecimiento de un cártel o una explícita fijación de precios con los competidores. En los otros casos, si los propios abogados y economistas especialistas en economía y derecho de la competencia, con excelente formación técnica y años de experiencia, dudamos y discrepamos a la hora de calificar una conducta como anticompetitiva ¿cómo no va a dudar el gestor empresarial a la hora de diseñar sus estrategias? Este desconocimiento se reflejará por un lado en una precaución que ocasionará el abandono de conductas que obedecen la lógica del mercado pero que alguien, con razón o sin ella, podría acusar como de anticompetitivas. Además, el directivo empresarial tratará de internalizar esta incertidumbre en su toma de decisiones buscando asesoría experta que evalúe la probabilidad de intervención y sanción de las autoridades de competencia ante una determinada estrategia. Esta internalización es costosa no sólo financieramente sino principalmente como en distracción del valioso tiempo del equipo directivo; con lo que inevitablemente redundará en una inferior calidad en la toma de decisiones y/o asignación de recursos

de las principales fuentes de creación de riqueza en una economía de mercado, las empresas.

Por todo ello, pese a que un buen funcionamiento del sistema de defensa de la competencia requiere obviamente un importante efecto disuasorio sobre las estrategias anticompetitivas, a la hora de plantear reformas del sistema no hay que despreciar el efecto de una excesiva disuasión sobre el desaliento de conductas plenamente competitivas; así como el coste para las empresas obligadas a internalizar en su toma de decisiones la eventualidad de que estrategias legales sean consideradas erróneamente como en contra de la competencia. Si no se sopesan adecuadamente estos efectos contradictorios corremos el riesgo de que el sistema institucional de defensa de la competencia en lugar de facilitar el engranaje de la creación de riqueza a través del correcto funcionamiento del libre mercado, bien al contrario, cree impedimentos tales que conviertan en artrítica la mano invisible de Adam Smith.

Tablas y Gráficos

Tabla 1

<i>País</i>	<i>Recargo total pagado a consecuencia del cártel (millones de dólares)</i>	<i>Recargo adicional en caso de ausencia de instituciones de defensa de la competencia activa</i>	<i>Recargo adicional anual en caso de ausencia de instituciones de defensa de la competencia activas durante 1990-1999 (millones de dólares)</i>
Austria	44,22	27,96	2,8
Brasil	183,37	72,09	7,21
Chile	38,43	15,11	1,51
Dinamarca	138,49	278,11	27,81
Finlandia	16,44	13,68	1,37
Grecia	13,73	27,56	2,76
Irlanda	17,76	35,66	3,57
Italia	153,78	308,83	30,88
Méjico	151,98	44,59	4,46
Noruega	19,27	14,69	1,47
Perú	18,91	6,98	0,7
Portugal	12,77	25,65	2,57
España	91,89	184,53	18,45
Suecia	23,47	22,28	2,23
Reino Unido	147,64	296,51	29,65
Suma miembros de la UE en filas superiores	660,19	1220,78	122,08

Fuente: Clarke and Evenett (2003) Tabla 8 página 723.

Tabla 2

Presupuesto del Tribunal de Defensa de Competencia en los años en los que el cártel de la vitamina estuvo activo

<i>Año</i>	<i>Presupuesto del tribunal en millones de euros</i>
1989	0,84
1990	0,89
1991	0,92
1992	1,16
1993	1,12
1994	1,19
1995	1,18
1996	1,3
1997	1,39
1998	1,37
1999	1,36

Fuente: Memoria anual del Tribunal de Defensa de la Competencia, año 2000.

Tabla 3

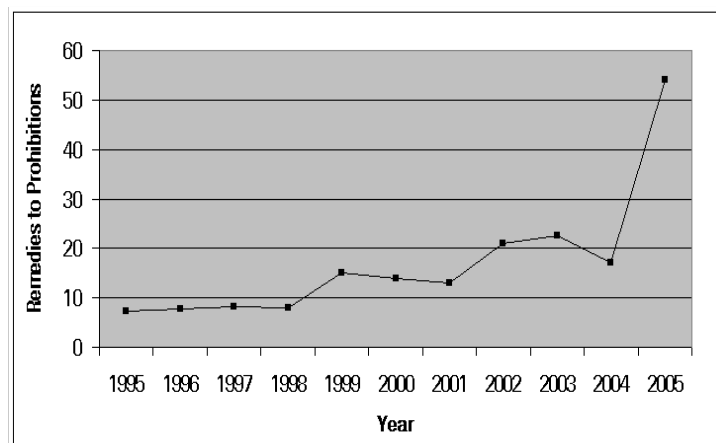
Ratio de conductas disuadidas por el peligro potencial de intervención de las autoridades por cada conducta efectivamente perseguida por las autoridades

Conducta	Encuesta a abogados especializados	Encuesta a compañías
Fusiones/adquisiciones	5 a uno	-----
Cárteles	5 a uno	16 a uno
Acuerdos Comerciales	7 a uno	29 a uno
Abusos de posición de dominio	4 a uno	10 a uno

Fuente: Deloitte (2007)

Figura 1

The average across all antitrust jurisdictions of the ratio of "Remedies to Prohibitions"



Fuente: Seldeslachts, J., Clogherty, J. y P. Barros. 2007. "Remedy for Now but Prohibit for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools". CEPR working paper.

Bibliografía

BRIS, A. 2005. "Do Insider Trading Laws Work?", European Financial Management (2005), vol 11 (3).

BRYANT, P. Y E. W. ECKARD. 1991, "Price Fixing: The Probability of Being Caught". Review of Economics and Statistics 28: 405-445.

CLARKE, J. AND S. EVENETT. 2003. "The Deterrence Effect of National Anti-Cartel Laws: Evidence from International Vitamins Cartel". The Antitrust Bulletin 48: 689-727.

CONNOR, J. 2005. "Optimal Deterrence and Private International Cartels". Purdue University Working paper.

DELOITTE. 2007. "The Deterrence Effect of Competition Enforcement by the OFT". Office of Fair Trading, working paper 962.

MOTTA, M. 2007. "The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Evaluation", Working Paper disponible en <http://www.iue.it/Personal/Motta/#recentpapers>.

SELDESLACHTS, J., CLOGHERTY, J. AND P. BARROS. 2007. "Remedy for Now but Prohibit for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools". CEPR working paper.

STIGLER, 1966. "The Economic Effects of Antitrust Laws". Journal of Law and Economics 9: 225-258.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 2000. Memoria Anual.

La posición de la Comisión Nacional de Energía respecto de los órganos de defensa de la competencia¹

1. Introducción

La relevancia del sistema de regulación en los procesos de transformación de los sistemas energéticos ha sido ampliamente

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y en Filosofía y Letras, rama de Historia, por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza (1974-1979). Perteneció al cuerpo de Abogados del Estado (Promoción 1982) y ha sido Abogado del Estado-Jefe de las Delegaciones de Hacienda de Toledo y Teruel (1982-1984) y Abogado del Estado en el Servicio Jurídico del Estado en la Audiencia Territorial de Madrid (septiembre 1986-mayo 1988). Letrado Mayor de las Cortes de Aragón (1984-1986) en la primera legislatura del Parlamento Autónomo. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 1988. Su vida profesional se ha desarrollado principalmente en el sector energético. Primero en Red Eléctrica de España, S.A. (REE), donde fue Secretaria de su Consejo de Administración y Directora de Asesoría Jurídica desde 1988 a 1995, para pasar en abril de 1995, al constituirse la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, a ser la primera Secretaria de su Consejo de Administración y Directora de la Asesoría Jurídica. En 1999, se crea la Comisión Nacional de Energía, regulador independiente que extiende sus competencias a los mercados de electricidad, gas e hidrocarburos líquidos, y pasa a ser Secretaria General y de su Consejo de Administración. Ha sido Directora General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda (2001-2004), período en el que se elabora y aprueba la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En la actualidad es Secretaria del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía. Ha realizado diversos artículos y publicaciones e impartido numerosos cursos y conferencias en relación con los sectores energéticos.

¹ La autora agradece la colaboración de Casandra Viñuela Beato en la elaboración del presente documento.

analizada en la literatura económica y jurídica. Las comisiones de regulación tienen que asegurar la aplicación ordenada y eficiente de nuevas regulaciones, tienen que vigilar que todos los agentes conozcan y apliquen reglas del juego que son nuevas y sobre las que hay poca experiencia; tienen, en fin, que evaluar cuándo un segmento está maduro para ampliar la liberalización. Cuando, simultáneamente a la transformación del sector energético para permitir la competencia en determinados segmentos, se produce la integración de los mercados nacionales en otros más amplios, se amplían de hecho y de derecho las responsabilidades del sistema de regulación y de las comisiones. La ampliación de las responsabilidades se deriva de la necesidad de equilibrar la transformación sectorial interna con los avatares de las transformaciones que ocurren en el exterior que en unos casos siguen reglas comunes y en otros dispares.

Este trabajo analizará la naturaleza del organismo y de las funciones que desempeña en el marco del derecho de competencia, insistiendo en la relación entre el contexto de la liberalización interna del sector energético y su integración en los mercados europeos y español y en las relaciones que existen entre la Institución y los órganos reguladores de defensa de la competencia. Todo ello en aras de lograr el objetivo previsto en la ley que lo crea, esto es, el actuar como regulador de los mercados energéticos teniendo por objeto velar por la existencia de una competencia efectiva en los mismos.

2. La Comisión Nacional de Energía como regulador independiente

Con la entrada en vigor de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (*LSH*), se crea la Comisión Nacional de Energía (la *CNE*) como el ente regulador de los sistemas energéticos (Disposición Adicional Undécima). La LSH encuentra su posterior desarrollo en el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

Así, en 1998 nace la CNE como el regulador energético al que se le atribuye la misión de *“velar por la competencia efectiva y por la objetividad y transparencia del funcionamiento de los sistemas energéticos, en beneficio de todos los sujetos que operan en los mismos y de los consumidores”*. Su campo de actuación se centra en lo que la LSH define como sistemas energéticos, esto es, el mercado eléctrico y los mercados de los hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos.

La creación de un único regulador para los mercados energéticos suscitó, desde el inicio y al igual que en otros países europeos, importantes debates en la creación del organismo regulador. Finalmente, se optó por la creación de un organismo único para todos los mercados energéticos y tal y como se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LSH, la creación del organismo único resulta necesaria *“dada la vinculación e interdependencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, del gas natural y de la electricidad, y la progresiva inte-*

rrelación empresarial en este ámbito económico. Son estos los factores que recomendaron atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca”.

El tiempo ha acabado dando la razón a la conveniencia de la creación de un único regulador, siendo ésta la tendencia seguida en todos los países europeos, en donde resulta extraño encontrar órganos diferenciados para la regulación de los distintos sectores energéticos.

Así, en el Reino Unido la convivencia de un regulador para el sector gasista y un regulador para el sector eléctrico no prosperó: el *Gas Act* de 1986 y el *Electricity Act* de 1989 otorgaban la potestad al Secretario de Estado de Industria y Comercio para nombrar directores generales independientes para gas y electricidad respectivamente y, consiguientemente, se crearon la *Office of Gas Supply* y la *Office of Electricity Regulation*. Ambos organismos han acabado convergiendo en el *Office of Gas and Electricity Markets*, creado en 1999, que se configura como el regulador británico para el gas y la electricidad.

El resto de los países europeos han ido creando autoridades independientes siguiendo el camino trazado por las Directivas comunitarias. Así, se puede citar el ejemplo, entre otros, de Italia, Portugal, Suecia, Dinamarca y Francia. Es esta la línea seguida por casi todos los reguladores europeos que son parte del Consejo Europeo de Reguladores Energéticos (CEER), asociación que acoge los distintos reguladores energéticos nacionales con el doble obje-

tivo de promover el desarrollo de un mercado interior de gas y electricidad eficiente y competitivo y de establecer una cooperación, intercambio de información y asistencia entre sus miembros.

Posteriormente, mediante Decisión de la Comisión Europea 203/96/CE, de 11 de noviembre de 2003, se creó el *European Regulators' Group for Electricity and Gas* (EREG) como institución que sirve como interlocutora con la Comisión Europea y que agrupa a reguladores independientes energéticos nacionales.

Asimismo, es la tendencia de los reguladores que conforman la Asociación Iberoamericana de Entidades Reguladores de Energía (ARIAE) que, si bien se constituyó en un principio como asociación de reguladores en el ámbito de la energía eléctrica, extendió su objeto al resto de los sectores de la energía, según el acuerdo adoptado en la junta ordinaria anual celebrada en el mes de Mayo de 2000 en Lisboa.

En este sentido, las actuaciones de los reguladores energéticos, comunes a electricidad, gas e hidrocarburos líquidos, han venido además demostrando que existen unos instrumentos comunes de regulación de los sectores energéticos, entre los que cabe destacar, entre otros, los conflictos de acceso a las redes, la autorización de tomas de participaciones en otros sectores económicos (función decimocuarta), la determinación de los operadores principales y dominantes en cada mercado (Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios y Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de

reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública), el análisis de las operaciones de concentración y prácticas restrictivas, la instrucción de expedientes sancionadores o la función inspectora. En todas estas actuaciones se utilizan y aplican criterios y herramientas regulatorias comunes, y que operan de forma similar, sea gas, electricidad o petróleo. Como consecuencia de ello, surge un acervo regulatorio con criterios comunes a los tres sectores en el ámbito de actuación del regulador.

Estas consideraciones tienen especial significación cuando se analiza el ejercicio de las funciones del regulador energético relativas a su misión de velar por la competencia de los mercados energéticos. En este campo sí cobran mayor sentido las herramientas regulatorias comunes a los tres sectores (electricidad, gas e hidrocarburos líquidos y gaseosos).

La CNE se constituye como un “ente regulador” entendiendo (MÚÑOZ MACHADO) el concepto de regulación como una nueva forma de intervenir los poderes públicos en la economía, pasando del Estado gestor al Estado Regulador. La función de regulación se define como el conjunto de poderes de actuación con características propias que se ejercitan por órganos especiales. En palabras de SALANICK, la regulación se entiende como “*un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social*”. Se trata de la atribución de un control con poderes de diverso signo, entre otros, normativo, ejecutivo, de supervisión de resolución de controversias, cuasi-jurisdiccional, sancionador, etc.

Nacen así las comisiones reguladoras, organismos únicos, independientes y establecidos *ad hoc*, a las que se realiza una atribución en bloque de las funciones de regulación sobre actividades o sectores de interés general o que afectan a derechos fundamentales.

Las comisiones reguladoras tienen su origen en el derecho anglosajón y, en especial, en las *Independent Regulatory Commissions* norteamericanas. Se configuran como un tipo de Administración neutral e independiente, con unos fines objetivos por encima y al margen de la línea política imperante. Entre sus objetivos tradicionales, que generalmente despliegan su actuación en el terreno de las *public utilities*, se encuentran prevenir el poder de monopolio de las compañías, evitar abusos y discriminaciones entre los usuarios y, por tanto y en definitiva, la protección de los usuarios y consumidores.

Las comisiones reguladoras son neutrales en la aplicación de las normas referidas a sectores económicos concretos. Además, gozan de autonomía frente a decisiones y vaivenes políticos y frente a los sectores regulados y se trata de entidades con medios y capacidad suficientes.

A medida que los sectores sobre los que operan se van liberalizando, las comisiones reguladoras pasan a ser comisiones “pro-mercado” o “pro-competencia”, con un papel cada vez más activo en el impulso y vigilancia de las condiciones de mercados auténticamente competitivos.

3. Teoría general sobre el modelo español de defensa de competencia

3.1 Regulador sectorial versus regulador horizontal: algunas cuestiones sobre el modelo existente

Cabe plantearse qué solución es la más acertada o adecuada en aras de defender la competencia en un sector concreto, la existencia de un regulador sectorial con responsabilidades de defensa de la competencia, o bien la existencia de dos reguladores, uno sectorial y otro en materia de defensa de la competencia.

El modelo español de defensa de la competencia, al igual que los del resto de países de nuestro entorno, se caracteriza por un sistema de aplicación horizontal. En efecto, existe una ley general que se aplica a todos los sectores económicos sin excepción y órganos con competencia exclusiva para su aplicación, buscando la coherencia y una aplicación no fragmentada y uniforme a nivel sectorial. Sin embargo, al igual que ocurre en otros países, junto a las instituciones de defensa de la competencia existen reguladores sectoriales, como la CNE, que tienen como misión básica asegurar que la aplicación de la normativa sectorial lleva a un funcionamiento del sector correcto, objetivo, transparente y en condiciones de libre competencia.

Así pues, en muchos países esta aplicación horizontal coexiste con distintos reguladores sectoriales cuyo ámbito de actuación puede estar directamente relacionado con la defensa de la compe-

tencia. En general, se establecen procedimientos para la coordinación de las actuaciones de los diversos órganos. Por ejemplo, en el caso del Reino Unido, suelen ser consultados reguladores como la *OFCOM* en telecomunicaciones, la *Financial Services Authority*, la *OFGEM* y *OFREG* en energía. En Francia, también se consulta a la *Autorité de Régulation des Télécommunications*, el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* y la *Commission de Régulation de l'Électricité*.

Señala la OCDE en su Informe de 1999 que “Las autoridades de competencia parecen mejor situadas para proteger la competencia frente a las conductas anticompetitivas y frente a las fusiones por la experiencia que acumulan, su carácter de expertos y sus características institucionales. Los reguladores sectoriales están mejor preparados para la regulación económica de carácter periódico y basada en conocimientos específicos del sector objeto de regulación, que requiere una supervisión constante, tiene carácter periódico y está basada en conocimientos específicos del sector objeto de regulación”.

Así, a las autoridades de competencia les correspondería realizar el control a posteriori de las infracciones de la normativa de la competencia y el control de los procesos de concentración en sectores regulados (sin perjuicio de la función de emisión de un informe por parte del regulador en los casos de prácticas restrictivas y abusos de posición dominante, y que además tiene carácter preventivo en los casos de proyectos de concentraciones). Mientras que los reguladores sectoriales aplicarían un enfoque preventivo y se dedicarían a la regulación económica y a una supervisión cons-

tante, puesto que poseen conocimientos específicos de un sector técnicamente complejo.

Como ya se ha expuesto anteriormente, en otros Estados como en el Reino Unido, se ha optado sin embargo por un esquema de reparto de funciones diferente otorgando al regulador potestades ejecutivas concurrentes en asuntos de competencia dentro de los sectores eléctrico y gasista.

También en Estados Unidos la agencia reguladora sectorial (*Federal Energy Regulatory Commission*) tiene potestades relacionadas con la defensa de la competencia en materia de concentraciones, pues tiene facultades para determinar si las solicitudes de concentraciones son compatibles con el interés público, examinando a tal efecto los efectos de la concentración en la competencia, tarifas y regulación y el eventual potencial de subsidios cruzados, así como sus efectos horizontales y verticales.

No obstante, con carácter general, en el derecho comparado las leyes reguladoras de los sectores de la energía atribuyen a los reguladores sectoriales la misión general de velar por la competencia a cuyo efecto se les atribuyen funciones ejercidas en el marco de la regulación destinadas a alcanzar ese objetivo, pero dejando la exclusividad, en mayor o menor grado, a las autoridades de competencia, para la aplicación de la Ley de Competencia en dichos sectores.

3.2. Mecanismos de coordinación entre los reguladores sectoriales y los órganos de defensa de la competencia / Mecanismos de cooperación en el ordenamiento jurídico español, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

La circunstancia de que tanto el regulador sectorial como el órgano de defensa de la competencia puedan actuar conjuntamente en un determinado sector regulado hace necesario el establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación entre ambos organismos.

El Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, en su apartado III.4, señalaba como medida propuesta la de *“Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales”*, en los siguientes términos:

“Dado el carácter horizontal de la defensa de la competencia y las ventajas de especialización, parece importante mantener la aplicación horizontal de la normativa de competencia por parte de la autoridad especializada. Con objeto de procurar una aplicación coherente de las normas de competencia en los sectores con órganos reguladores, se propone:

- (i) Eliminar posibles situaciones de incertidumbre respecto al ámbito de competencias respectivo de los órganos reguladores y de la autoridad de competencia. En este ámbito cabe proponer una aclaración de las competencias respectivas con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los operadores económicos y de las propias instituciones.*

(ii) *Reforzar los mecanismos de colaboración y coordinación ex ante entre ambos tipos de órganos, fundamentalmente en relación con la determinación de conceptos del ámbito de la defensa de la competencia, en el marco de la normativa sectorial existente*".

Con respecto a este último párrafo, cabe objetar que esta propuesta de refuerzo de los mecanismos de colaboración y coordinación no debería limitarse a los aspectos *ex ante*, sino que debería extenderse para establecer un mecanismo de intercambio de información sistemático entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales, de manera que la CNE también pudiera conocer las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades de competencia en relación con los sectores energéticos, así como las decisiones adoptadas cuando las mismas no sean publicadas.

Desde que comenzaron a coexistir la CNE y los organismos de defensa de la competencia, la cooperación entre ambos grupos de autoridades se lleva a cabo básicamente a través de mecanismos legales de coordinación establecidos con la finalidad de:

- (a) poner en conocimiento de las autoridades de competencia posibles prácticas u operaciones detectadas por los órganos reguladores muy próximos a la actividad del sector;
- (b) apoyar a los órganos de defensa de la competencia en sus investigaciones y análisis en estos ámbitos; y

(c) asegurar la participación técnica de los reguladores cuando se trata de expedientes que afectan a su sector mediante la solicitud de informes tanto en control de concentraciones como en prácticas restrictivas de la competencia.

Sin embargo, una de las debilidades del sistema español era la existencia de una inadecuada delimitación de competencias con los reguladores sectoriales. Así, si bien la normativa era clara con respecto a la exclusividad de los órganos de competencia en su aplicación, la invocación de las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de los reguladores sectoriales podría dar lugar a cierta confusión y tener consecuencias negativas como el *forum shopping* o la presentación de denuncias paralelas. Ello puede conducir a situaciones de inseguridad jurídica para los operadores, restando credibilidad a los procesos sectoriales y al sistema de defensa de la competencia.

A este respecto, la CNE, en sus comentarios al Libro Blanco citado, consideró que resultaría necesario realizar una mejor delimitación competencial entre las autoridades de competencia y los órganos reguladores sectoriales, debiendo realizarse en el sentido de otorgar más competencias a la CNE.

La recientemente adoptada Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la *LDC*), contempla en su artículo 17.1 un marco general de cooperación entre los reguladores sectoriales y la Comisión Nacional de Competencia (la *CNC*) en los siguientes términos:

“La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común”.

Respecto de esta previsión legal cabe hacer referencia a mecanismos de cooperación ya concluidos entre la CNE y el extinguido Servicio de Defensa de la Competencia (sustituido ahora en cuanto órgano instructor por la Dirección de Investigación de la CNC), a través del “Protocolo general de actuación entre el Servicio de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de Energía” concluido en fecha 18 de junio de 2007, sin perjuicio de lo previsto en la legislación de competencia en vigor y en la normativa sectorial, indicándose en el mismo, la permanencia de su aplicación una vez la nueva Ley de competencia entrara en vigor el 3 de julio de 2007.

En dicho Protocolo y, respecto del procedimiento de colaboración, se establece que las partes se comprometen a colaborar en una fase previa a la realización de cualquier función o competencia legalmente establecida.

Así, se indica que *“cuando una de las Partes tenga conocimiento de una posible práctica susceptible de afectar a la competencia en algún mercado de energía, iniciará de inmediato contactos con la otra Parte antes de proceder a realizar cualquier actuación relativa a dicho asunto.”*

A estos efectos se establece un plazo máximo de 10 días para la determinación de la autoridad mejor posicionada para proceder al análisis de la operación.

Por su parte, la LDC también prevé mecanismos para la coordinación de todos los órganos administrativos que intervienen en la aplicación de la Ley, así como la coordinación con los reguladores sectoriales, con objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos.

Asimismo, se establecen pautas para guiar las relaciones entre los distintos órganos que podrán verse complementadas por los mecanismos informales que puedan establecerse de cara a lograr la adecuada coordinación en el ejercicio diario de sus respectivas competencias.

Concretamente, el artículo 17 de la Ley 15/2007, incorpora al marco jurídico nacional la normativa que ha de regir las relaciones entre el ente regulador de la competencia y los distintos reguladores sectoriales.

Así, la LDC prevé que la CNC y los reguladores sectoriales (entre ellos, la CNE) cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común. Para ello, se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes no vinculantes en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la LDC.

En concreto, el apartado 2 del mencionado artículo 17 de la LDC, prevé como actuaciones de coordinación entre la CNE y las CNC las siguientes:

(a) Obligación para la CNE de poner en conocimiento de la CNC actuaciones contrarias a la Ley de competencia.

La CNE pondrá en conocimiento de la CNC los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a la LDC, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.

De esta manera el legislador viene a recoger el esquema por lo demás ya vigente en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 51 bis, incluido a través de la modificación de dicha Ley a través de la Ley 52/1999, contemplaba un sistema de competencia exclusiva de las autoridades de competencia para la instrucción y resolución de los expedientes por prácticas contrarias a la Ley de Competencia.

La previsión legal actualmente vigente es además consistente con lo previsto en la propia Ley sectorial, Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en particular en la función Duodécima de la Disposición Adicional Undécima Tercero.¹ de la misma, que establece como competencia de la CNE *“velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del*

Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.”

Sin embargo, no se ha recogido una obligación correlativa para la CNC, en caso de la instrucción de procedimientos como consecuencia de conductas contrarias a la competencia de una relevancia significativa para el sector, de poner a disposición de los reguladores la información al respecto de manera que se cumpla lo establecido en la Ley que establece el intercambio de información entre la CNC y los reguladores sectoriales.

En tal sentido, si bien esta materia ya es objeto de un mecanismo de cooperación a través del Protocolo anteriormente mencionado, se podría haber contemplado en el desarrollo reglamentario de la Ley la obligación para la CNC de informar de manera puntual a la CNE sobre los expedientes iniciados por la CNC en relación con los sectores de la energía, de manera que la CNE podría examinar si dispone de competencia sectorial sobre la materia.

(b) Petición de informe sobre circulares, instrucciones o decisiones. La CNE solicitará informe a la CNC, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa energética que pueda incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.

Esta obligación de solicitud no ha sido objeto de desarrollo reglamentario. Por ello, se echa en falta que no se haya determinado más concretamente qué circulares, instrucciones o decisiones requieren antes de su adopción la obtención del mencionado informe, y en particular, qué contenido concreto se da a la expresión *“que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.”*

(c) La CNC solicitará a la CNE la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector energético. Dicha solicitud de informe preceptivo no vinculante ya venía realizándose bajo la potestad genérica de solicitud de informe contenida en el artículo 51 bis de la antigua LDC y era práctica del antiguo SDC el solicitar informe a la CNE, independientemente de que la operación de concentración se aprobase en fase uno o fase dos², siempre que aquélla afectase al sector energético. Este nuevo precepto viene a consolidar, por tanto, una práctica ya existente en materia de coordinación entre ambos organismos.

(d) La CNC o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a la CNE la emisión del correspondiente

² De conformidad con lo previsto en la función decimoquinta, el informe de la CNE es preceptivo para las operaciones de concentración que hayan de ser sometidas al Gobierno para su aprobación.

informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC.

(e) Finalmente, la LDC prevé que los Presidentes de la CNC y de la CNE se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones.

Además de en el analizado artículo 17 de la LDC, se encuentran también referencias a la cooperación y coordinación entre la CNC y los reguladores sectoriales, en otros artículos de la Ley 15/2007.

Por su parte, el artículo 26.2 relativo a Otras funciones de la Comisión Nacional de la Competencia, en su apartado segundo establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia velará por la aplicación coherente de la normativa de competencia en el ámbito nacional, en particular mediante la coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con los órganos jurisdiccionales competentes.”*

El artículo 37, respecto de los supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo, establece que se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos cuando, entre otras razones, se solicite el informe de los reguladores sectoriales.

Asimismo, el artículo 41.1 de la Ley 15/2007, relativo a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos previstos en la Ley y en sus normas de desarrollo, establece la cooperación con reguladores sectoriales en los siguientes términos:

“La Comisión Nacional de la Competencia podrá solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales en la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.”

Por último, cabe criticar la redacción del artículo 25 del Reglamento 261/2008, de 22 de febrero, de Defensa de la Competencia, que desarrolla la Ley 15/2007 y que establece que el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción, a iniciativa del Consejo de la CNC o bien, a través de una denuncia.

A este fin hubiera sido oportuno que dicho artículo hubiese mencionado, explícitamente, que el procedimiento sancionador podrá iniciarse por la Dirección de Investigación “por su propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción, y, en particular, como consecuencia de la información aportada por los reguladores sectoriales y, en su caso, del dictamen correspondiente elaborado por los mismos”. La inclusión de este supuesto viene a

corresponder a la modalidad de inicio, aunque siempre de oficio por la propia CNC, de “petición razonada de otro organismo”.

Como conclusión final, puede decirse que sería deseable una mayor colaboración entre ambos tipos de organismos, ya de carácter formal o informal, mediante el intercambio de información y experiencia respecto a las cuestiones en las que converge la regulación y la aplicación de la normativa horizontal de competencia, o mediante la realización de estudios conjuntos sobre el análisis de competencia en los sectores energéticos, o para la definición de remedios de carácter “antitrust” o regulatorio.

4. Las funciones de la Comisión Nacional de Energía en el marco del derecho de la competencia

4.1. Introducción

Una materia en cuya regulación se ha ido avanzando, desde la primera Comisión del Sistema Eléctrico (la CSEN), precedente de la CNE, y la antigua Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (la LOSEN), es la relativa al ámbito de actuación del regulador sectorial y los órganos competentes en materia de defensa de la competencia.

La LOSEN había realizado un diseño confuso a este respecto, atribuyendo a la CSEN, en la función decimoquinta, el “velar para

que los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado". Junto a esta capacidad genérica de velar, que no se concretaba en ninguna actuación concreta, el artículo 14.5 exigía la aprobación de la CSEN para todas las participaciones realizadas por sociedades con actividades eléctricas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, así como las transacciones económicas entre sociedades del mismo grupo cuando afecten a una sociedad que desarrolle estas actividades.

Se derivaba, por tanto, que era precisa la autorización de la CSEN para la toma de participación entre sociedades siempre que una de ellas fuera eléctrica, y, en consecuencia también en los procesos de concentración. El artículo 14.5 exigía la aprobación para cualquier toma de participación y por tanto, las operaciones de concentración no estaban excluidas, a juicio de la Comisión eléctrica.

Este supuesto se planteó con la operación de la OPA, en el año 1996, de Endesa sobre FECSA y Sevillana, que se autorizó por la CNE con una serie de condiciones. Esta fue la primera vez que se conectó la autorización de la función decimocuarta con la normativa de OPAs y, en concreto, con el artículo 16 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, que preveía que junto con el folleto explicativo de la oferta debía de adjuntarse cualquier *"autorización o*

*verificación administrativa, si la operación lo requiere"*³. Tanto la CSEN como la CNMV entendieron que entre estas autorizaciones se encontraba la del antiguo artículo 14.5 de la LOSEN.

Y de ahí surgió una práctica administrativa que vinculó la autorización de la Comisión eléctrica, energética después, siempre con carácter previo, a la aprobación del folleto de la OPA, implicando la suspensión en su tramitación de la OPA hasta que no se obtuviera la autorización de la CNE, en el ejercicio de la función decimocuarta. Así, ha sucedido en las OPAs de Gas Natural-Iberdrola, Gas Natural-Endesa, E.ON-Endesa, o ENEL / Acciona / Endesa.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, *LSE*) acota los campos de actuación de la CNE y los organismos competentes en materia de defensa de la competencia, y después de sopesar diversas fórmulas opta por excluir la competencia de autorización de la CNSE en las operaciones de concentración (a través del artículo 14.5), que se sustituye por informe preceptivo (función decimoquinta), y acotar la autorización del

³ Con posterioridad esta práctica ha sido recogida con carácter normativo por el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía, que da una nueva redacción a la función 14ª e introduce un nuevo apartado 3 donde se recoge de forma expresa que *"La autorización de la Comisión Nacional de Energía deberá ser solicitada antes de la adquisición, de forma que dicha adquisición sólo será válida una vez obtenida la autorización. En el caso de que la adquisición se produzca por medio de una oferta pública de adquisición de acciones, el adquirente deberá obtener dicha autorización con carácter previo a la autorización de la oferta conforme a la normativa del mercado de valores"*.

artículo 14 expresamente, sólo, a las tomas de participación en otros sectores económicos distintos del eléctrico, es decir, a los supuestos de diversificación.

Con la entrada en vigor de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante, **LSH**) se clarifica en mayor medida la coordinación institucional entre unos organismos y otros, y se diferencia claramente entre las materias propiamente de competencia (esto es, las funciones duodécima y decimoquinta) y la autorización de toma de participaciones por sociedades que realizan actividades reguladas (esto es, la función decimocuarta).

La función decimocuarta ha recibido, ampliando los supuestos de aplicación cuando la toma de participaciones es sobre una sociedad con actividades reguladas, con independencia de quien la adquiera, una nueva redacción por el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía, y que es la siguiente:

“Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas

natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.

La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades”.

La evolución del proceso normativo descrito ha llevado a la coexistencia de dos funciones diferentes (la función 14ª y la función 15ª) que pueden recaer sobre una misma operación de concentración (como ocurrió con la OPA Gas Natural / Endesa).

Ahora bien, estas actuaciones deben diferenciarse, tanto por su naturaleza como por el objetivo perseguido por las mismas. Así, la función decimocuarta consiste, en términos generales, en el ejercicio por la CNE de una potestad autorizatoria cuya finalidad es preservar a las actividades reguladas de transporte y distribución de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos en su desempeño y en la seguridad de suministro⁴. Por su

⁴ Tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía también se tienen en cuenta los activos denominados estratégicos.

parte, la función decimoquinta implica el ejercicio de una función de carácter consultivo que se materializa en la emisión de un informe referido a las actividades en competencia en cuestión y sobre las implicaciones que puede tener la operación de concentración considerada en la competencia efectiva en los sistemas energéticos.

La CNE tiene, asimismo, otras funciones relacionadas con el derecho de la competencia, además de la función genérica de velar por la competencia efectiva en los sistemas energéticos, y que van a referirse a continuación.

4.2 Funciones de la CNE en materia de derecho de la competencia

En primer término, debe citarse de nuevo la función duodécima de la LSH, consistente en *“velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del SDC, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”*. Se trata de la elaboración de dictámenes no vinculantes que la CNE remitirá a la Comisión Nacional de Competencia (la CNC).

En el ejercicio de esta función la CNE ha remitido al antiguo SDC (actualmente, la CNC) numerosos informes relativos a actuaciones en el mercado eléctrico de empresas energéticas y que han

determinado la imposición de sanciones por el SDC antes, y ahora por la CNC.

La experiencia ha demostrado que, en ocasiones, las herramientas de análisis utilizadas por los órganos de defensa de la competencia para calificar una conducta no coinciden o difieren con las aplicadas por la CNE para los mismos temas.

La función de supervisión se ha visto ampliamente reforzada por la entrada en vigor de las Leyes 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (BOE. nº 158 de 3 de julio de 2007), y la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (BOE nº 160, de 5 de julio de 2007), que transponen al Ordenamiento Jurídico español las Directivas Comunitarias en materia de gas y electricidad, respectivamente.

Así, y centrándonos a modo de ejemplo en el sector de hidrocarburos, en línea con lo recogido por la Directiva Gasista del 2003 y la propuesta contenida en el Tercer Paquete, se atribuye claramente a la CNE la función de supervisión de los mercados de hidrocarburos que, en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 12/2007, se concreta en una obligación de realizar un informe anual de supervisión, cuyo objeto es analizar el grado de desarrollo de la competencia en el mercado de los hidrocarburos, incluyendo, en su caso, propuestas de reforma regulatoria destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector. Dicho infor-

me deberá ser remitido al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

De igual forma sucede en materia de electricidad, debiendo la CNE informar anualmente sobre su actividad de supervisión del mercado eléctrico, en virtud de la función atribuida por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 17/2007. Al igual que el sector de hidrocarburos, el objeto del informe es analizar el grado de desarrollo de la competencia en el mercado eléctrico incluyendo, en su caso, propuestas de reforma regulatoria destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector.

En este contexto, los objetivos de supervisión se orientan tanto a la realización de una regulación ex – ante, es decir, a la elaboración de propuestas de mejora de la regulación, como de contenidos ex – post, como son los análisis del grado de competencia, que se debe completar con otras funciones de la CNE como son las funciones de inspección, el control de operaciones de fusión o la instrucción de expedientes sancionadores de los comportamientos anticompetitivos.

La detección de puntos de mejora y la elaboración de propuestas de regulación ex – ante supone un importante reto para la CNE, de contenido estratégico y de mucha más relevancia que la función de informar las propuestas de regulación elaboradas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, función de informe que normalmente se ejerce en unos plazos temporales muy reduci-

dos que impiden al organismo regulador la posibilidad de realizar un análisis sereno de las nuevas reglamentaciones.

Centrándonos en los aspectos principales de la función de supervisión, la renovada LSH incluye, en diversos apartados, los aspectos a supervisar por la CNE con el objeto de garantizar la ausencia de discriminación y un funcionamiento eficaz del mercado, entre los que cabe destacar, sin ser exhaustivos, los siguientes:

- nivel de competencia efectiva del mercado
- la seguridad de suministro
- la transparencia en la condiciones de acceso, haciéndose especial referencia a la publicación de la información necesaria por parte de los transportistas y distribuidores sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas
- el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador, así como la actividad de la Oficina de Cambio de Suministrador.
- la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre actividades de transporte, distribución, almacenamiento y suministro.

A tal efecto, la CNE podrá dictar circulares, que deberán ser publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado gasista cuanta información requiera para efectuar la supervisión.

La labor de supervisión se configura así como una de las principales funciones a desarrollar por la CNE. El ejercicio de esta función implica la realización de una labor analítica del funcionamiento de los mercados energéticos, y su desarrollo se articula a través de la elaboración de los correspondientes informes, en los que se debe recoger la evaluación del funcionamiento del mercado en todos sus aspectos, identificar los puntos críticos o que presentan deficiencias, y desarrollar las correspondientes propuestas de mejora de la regulación, orientadas siempre a la consecución de los objetivos estratégicos de la política energética y la libre competencia, en beneficio de los agentes que actúan en los mercados energéticos y de los consumidores.

Por último, se halla la citada función decimoquinta de la LSH, por la que la CNE debe de *“informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia”*. Se trata de un caso de emisión de informe preceptivo en los supuestos de operaciones de concentración notificadas al SDC y que pasan a una segunda fase, esto es, que son examinadas por la Comisión Nacional de Competencia y aprobadas por el Gobierno. Se ha planteado, hasta el momento de publicación de la nueva LDC, el momento procedimental de envío de este tipo de informes. Así, la práctica del extinguido SDC era la de solicitar los informes a la CNE sobre la base del artículo 51 bis de la antigua LDC, tanto para operaciones en fase uno como operaciones en fase dos. El plazo para la emisión de estos infor-

mes era de 10 días. Sin embargo, cuando se trata de informes sobre operaciones de concentración que entran a segunda fase (esto es, que deben ser sometidas al Gobierno para su aprobación), el plazo para la emisión de informe por la CNE tiene una duración superior.

4.3 Operadores dominantes y principales

Seguidamente, conviene referirse a las funciones encomendadas por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

Su artículo 34 atribuye a la CNE (al igual que a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) funciones específicas al objeto de prevenir la coordinación de comportamientos competitivos de operadores de determinados mercados en proceso de liberalización derivada de la presencia de accionistas comunes. Con este fin, se establecen limitaciones a la presencia simultánea en el Consejo de Administración de operadores competidores en dichos mercados, así como al ejercicio de los derechos de voto correspondientes al capital de los mismos.

En concreto, el precepto establece que las personas físicas o jurídicas a las que se impute el exceso impuesto por la Ley o la designación de miembros de órganos de administración en más de un operador principal comunicarán en el plazo de un mes desde que se produzca la referida circunstancia a la CNE, la sociedad respecto de la que se pretenda ejercer los derechos de voto o designar miembros

del órgano de administración sin restricción alguna. Transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la citada comunicación quedarán suspendidos en cuanto al exceso del 3% los derechos de voto de todas las sociedades participadas o, en su caso, la condición de miembros del órgano de administración de todas las sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector y que hayan sido designados por una misma persona.

La CNE podrá, no obstante, autorizar el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.

Interesa remitirse a los criterios contenidos en las Resoluciones adoptadas por la CNE en el ejercicio de estas funciones, en concreto en la “Resolución de la CNE de 27 de diciembre de 2001 en el procedimiento AEV 1/2001, sobre la solicitud de autorización instada por La Caixa”, la “Resolución de la CNE de 28 de abril de 2005 en el procedimiento AEV 1/2005, sobre la solicitud de autorización instada por el BBVA” y la “Resolución de la CNE en el procedimiento AEV 1/2006, sobre la solicitud de autorización instada por ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A., al amparo del número cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio”.

En esta última resolución, se optó por determinar, mediante una lista cerrada, los asuntos respecto de los cuales el accionista común a ambas empresas no podría pronunciar ni emitir su voto, todo ello con objeto de evitar coordinación de comportamientos entre ambos.

5. Reflexiones finales

El análisis precedente ha puesto de manifiesto la evolución de las funciones de la CNE desde su nacimiento en 1999, y su precedente la CNSE en 1995. Las modificaciones normativas han estado inspiradas tanto por las necesidades del proceso de transformación del sector energético español, como por la adaptación de la normativa española a las Directivas comunitarias.

Los asuntos todavía pendientes en el proceso de liberalización del sector energético y la transposición de la normativa comunitaria a España obligarán, naturalmente, a revisar las funciones y competencias de la CNE. Las mismas serán el resultado de dos fuerzas contrapuestas: una fuerza tenderá a expandir las funciones en los segmentos no susceptibles de competencia con objeto de hacer la regulación mas eficiente y menos intrusiva; la otra fuerza tenderá a reducir las funciones de la CNE en la medida que se introduzca competencia en nuevos segmentos como el sector minorista y la regulación de precios se limite a la determinación de las tarifas por el uso de redes.

En el desarrollo de las funciones del regulador deben adquirir una especial preeminencia todas aquellas actuaciones encaminadas a asegurar la competencia efectiva de los mercados aquí expuestos, y desde esta perspectiva cobra una mayor importancia la necesaria cooperación con los organismos de defensa de la competencia.

Los reguladores sectoriales, como la CNE, tienen, como se ha señalado, su origen en las *Independent Regulatory Commissions* propias del derecho anglosajón. En principio, su misión era velar por el no abuso de los monopolios en sectores económicamente estratégicos (como el energético o las telecomunicaciones). Cuando estos sectores se liberalizan, los reguladores sectoriales pasan a cumplir una función pro-mercado, actuando de forma positiva en aras de la introducción de competencia en los mercados. Por ello, en todas sus actuaciones examinan los efectos pro-competitivos de los mismos jugando, en definitiva, el papel de arietes de las medidas liberalizadas y de introducción de competencia efectiva en los mercados.

Por ello, no sólo en aquéllas funciones que las normas de creación le atribuyen específicamente relacionadas con el derecho de la competencia, sino que en todas sus actuaciones, propuestas, informes o autorizaciones, las actuaciones del regulador energético estarán presididas o impregnadas por el objetivo de profundizar en la liberalización y apertura de los mercados, y en el incremento de la competencia.

El estándar de prueba en las acciones de reclamación de daños¹

1. Introducción

La aplicación privada del derecho de la competencia y, en particular, las acciones de reclamación de daños por infracciones de la normativa de competencia han recibido una atención considerable por parte de las instituciones comunitarias en los últimos años.

* Es Profesor Titular de Economía Aplicada en la Universidad Carlos III de Madrid e Investigador Asociado en el Centre for Economic Policy Research (CEPR) de Londres. Es Doctor por la Université Libre de Bruselas (ECARES), Master por el Colegio de Europa (Brujas) y Licenciado por la London School of Economics. Ha publicado en revistas internacionales como *Journal of Industrial Economics*, *European Economic Review*, *International Journal of Industrial Organization* y *Journal of Economics and Management Strategy*. Ha impartido clases de postgrado en la Universidad Carlos III de Madrid, el Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI) y el Instituto de Estudios Europeos de Macao (China). Ha trabajado como asesor en casos de competencia para importantes empresas de los sectores de energía, telecomunicaciones y construcción naval, y como asesor económico del Director General de Industria de la Comisión Europea.

** Es economista en PricewaterhouseCoopers. Se especializa en la aplicación del análisis económico a casos de competencia. Dentro de este campo ha asistido a empresas en investigaciones por prácticas abusivas, cárteles y ayudas públicas y expedientes de control de

Con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, se facultó por primera vez a los tribunales de justicia nacionales para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado CE – referidos a acuerdos restrictivos de la competencia y a prácticas constitutivas de abuso de posición de dominio. La exposición de motivos del Reglamento hace referencia explícita a la capacidad de los tribunales para, al mismo tiempo, resarcir de daños y perjuicios a los afectados por conductas anticompetitivas.

El estudio de 31 de agosto de 2004 preparado por la firma de abogados Ashurst para la Comisión Europea² reveló la existencia generalizada de serios obstáculos a la hora de reclamar este tipo de daños en la Unión Europea de los 25 lo que, en la práctica, se traducía en que el número de acciones de resarcimiento de daños y perjuicios por infracciones del derecho de la competencia nacional y comunitario era prácticamente insignificante en la mayoría de los Estados miembros.

concentraciones de la Comisión Europea y las autoridades de España, Italia, Francia, Portugal y Turquía. Asimismo ha asesorado a reguladores como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Sistema de Regulación Sectorial de Bolivia en cuestiones de política de la competencia. Es licenciado en Administración y Dirección de Empresas y Economía y Máster en Economía Industrial por la Universidad Carlos III de Madrid.

1 Los autores agradecen al Círculo de Empresarios su invitación para participar en el Libro Marrón. Las opiniones que aparecen reflejadas en este artículo son las de los autores y no tienen por qué corresponderse con las de PricewaterhouseCoopers.

2 Ashurst (2004a).

Finalmente³, el Libro Verde la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, proponía toda una serie de medidas para paliar los principales obstáculos identificados por el informe Ashurst. El documento de trabajo de la Comisión que acompaña al Libro Verde aclara que las indemnizaciones no sólo tienen un efecto reparador del daño ocasionado por las conductas anticompetitivas, sino que refuerzan el efecto disuasorio de las multas impuestas por la autoridad de competencia. De acuerdo con el documento de trabajo de la Comisión:

“Deterrence. [...] Increased private enforcement will enlarge the range of infringements for which competition law will be enforced as well as the level of enforcement generally. This will arise in particular from litigation which is not brought on the back of decisions adopted by public authorities (“follow-on” actions). In relation to follow-on actions, facilitating private enforcement will add more frequently than before to the fines imposed by public competition authorities the possibility for the victim of the anticompetitive behaviour to recover his losses. Both damages awards and the imposition of fines contribute the maintenance of effective competition and deter anticompetitive behaviour.”⁴

Con independencia de los esfuerzos en el ámbito comunitario, y sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en un futuro, lo

3 Con posterioridad a la entrega de la versión final de este artículo, la Comisión Europea ha publicado un Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (disponible en <http://ec.europa.eu/>).

4 Commission Staff Working Paper, ¶6.

cierto es que a día de hoy – cuando han pasado casi 4 años desde que comenzara a aplicarse el Reglamento 1/2003 en mayo de 2004 – no puede decirse que las reclamaciones de daños por infracciones de la normativa de competencia sean una práctica generalizada, al menos en España.

Este artículo se centra en el que, desde la perspectiva de los economistas, es probablemente uno de los principales obstáculos para un mayor desarrollo de la aplicación privada del derecho de la competencia. Nos referimos al estándar de prueba para demostrar la causalidad del daño y cuantificar su magnitud.

En concreto, el cálculo de indemnizaciones es un ejercicio complejo que requiere reconstruir la realidad bajo un escenario hipotético e inobservable en el que no existe el hecho o suceso que ocasiona el daño (en este caso, una práctica anticompetitiva). El resultado de este cálculo es necesariamente una estimación basada en supuestos que por lo general implican una simplificación de la realidad.

En este contexto, un estándar estricto que exija, por ejemplo, una prueba directa y fuera de toda duda de la relación de causa y efecto entre la práctica y el perjuicio y del importe exacto del daño incrementará el riesgo y desincentivará las acciones de reclamación de daños, restando efectividad a cualquier posible reforma en el ámbito nacional o comunitario.

El artículo se estructura en 5 secciones adicionales. La sección 2 se detiene en el efecto disuasorio de las indemnizaciones por daños. La sección 3 revisa los principales obstáculos para la aplicación privada identificados por el informe Ashurst y el Libro Verde de la Comisión. La sección 4 se centra en el problema económico que plantea la cuantificación de los daños causados por una conducta anticompetitiva y en las herramientas disponibles para abordarlo. La sección 5 analiza el criterio de los tribunales de justicia españoles en dos de las principales reclamaciones de daños y perjuicios por infracción de la normativa de competencia presentadas en los últimos años. La sección 6 concluye.

2. El efecto de las indemnizaciones por daños

De acuerdo con los principios de la teoría económica básica, las empresas toman sus decisiones siempre con el objetivo de maximizar sus beneficios. Desde esta perspectiva, una empresa que se plantea adoptar una práctica que podría llegar a contravenir la normativa de competencia tomará en consideración la totalidad de beneficios y costes que razonablemente espera obtener con dicha práctica.

Dentro de estos últimos, se encontrarían lógicamente los costes asociados a una posible intervención de las autoridades de competencia, que son a su vez función, por un lado, de la probabilidad de que la práctica sea detectada y sancionada y del importe de la sanción y, por otro, de la probabilidad de que se reclamen con éxito daños y perjuicios y de la cuantía de la indemnización.

A este respecto, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que en ocasiones no resulta fácil discernir si una práctica es o no anti-competitiva, lo que da lugar a una cierta probabilidad de que las autoridades de competencia comentan errores tipo I (falsos positivos), esto es, de que sancionen una práctica comercial legítima. De forma similar, existe un cierto riesgo de que las autoridades cometan errores tipo II, es decir, de que no sancionen – o de que sancionen de forma simbólica – una práctica anticompetitiva con efectos apreciables en el mercado.

La probabilidad de error puede ser particularmente alta en el caso de las políticas de precios agresivas por parte de operadores dominantes que, al menos en el corto plazo, son consistentes con lo que cabría esperar en mercados competitivos pero pueden ocasionar daños irreparables a las restantes empresas que operan en el mercado y, en el medio y largo plazo, perjudicar seriamente el bienestar de los consumidores.

En segundo lugar, existe todo un cuerpo de la literatura económica dedicado al cálculo de la sanción óptima⁵. En casi todos los casos, se parte de la premisa de que la sanción debe fijarse en el nivel que equilibra el beneficio de adoptar una práctica anticompetitiva a su coste esperado – teniendo en cuenta la probabilidad de ser detectado y multado. Este nivel bastaría en principio para eliminar la lógica comercial y disuadir de cualquier infracción de la normativa de competencia.

La existencia de una cierta probabilidad de error tipo I implica necesariamente que un incremento en el coste asociado a una posible intervención de las autoridades no sólo disuadirá conductas anti-competitivas, sino también prácticas comerciales legítimas. Así, suponiendo que el cálculo de la sanción óptima es posible en la práctica – o, simplemente, que se aplica un régimen sancionador severo –, el efecto disuasorio adicional de cualquier incremento en el coste de las infracciones – mediante, por ejemplo, una indemnización por daños – será poco significativo. Sin embargo, la posibilidad de que la autoridad cometa un error de tipo I seguirá desincentivando a las empresas de realizar prácticas legítimas que entrañan un cierto riesgo de ser castigadas. Las indemnizaciones por daños podrían tener en este caso un efecto perjudicial para la competencia.

Por el contrario, si el régimen sancionador es laxo o, sencillamente, el caso sólo se denuncia ante los tribunales y no existe riesgo de sanción, las indemnizaciones por daños pueden constituir una herramienta complementaria a la hora de disuadir a las empresas de realizar prácticas y acuerdos restrictivos, y contribuir de forma significativa al mantenimiento de la competencia efectiva. Bajo estas circunstancias, la fijación de indemnizaciones “conservadoras” señalaría que el coste de una práctica anticompetitiva es bajo y, en cualquier caso, desincentivaría las reclamaciones de daños, restando así efectividad a la reforma comunitaria.

⁵ Ver, por ejemplo, Wils (2006).

En definitiva, no cabe duda de que las indemnizaciones por daños pueden ser un instrumento disuasorio eficaz, en especial en aquellos casos que no se denuncian ante las autoridades de competencia. No obstante, en los casos que se denuncian de forma simultánea ante autoridades de competencia y tribunales, es necesario tener en cuenta que el efecto disuasorio combinado de multa e indemnización por daños podría llegar a ser excesivo.

La relación entre sanciones y daños se aborda de forma explícita en el informe Ashurst, que observa que en algunos Estados miembros como España, Estonia, Holanda o Lituania los jueces pueden reducir la cuantía de la indemnización si consideran que, dada la multa fijada por las autoridades de competencia, la carga impuesta sobre la empresa demandada sería excesiva o inaceptable⁶.

3. Obstáculos para la aplicación privada: el informe Ashurst y el Libro Verde de la Comisión

El informe de Ashurst para la Comisión mostraba que las reclamaciones de daños por infracciones de la normativa de competencia habían sido – al menos hasta la fecha de su publicación en agosto de 2004 – una práctica poco extendida en la Unión Europea de los 25. En su análisis de la situación en los distintos Estados miembros, tan sólo identificaron un total de

⁶ Ashurst también contempla la posibilidad de que la cuantía de la sanción pueda ser utilizada por los tribunales como referencia para determinar el importe de la indemnización. Ver Ashurst (2004a), p. 85.

60 reclamaciones de este tipo (una en España, ver Tabla 1)⁷. De estas 60 reclamaciones, menos del 50% concluyeron con éxito para los demandantes.

Tabla 1

Acciones de reclamación de daños por infracción de la normativa de competencia en la UE-25 (2004)

	UE-25	España
Total acciones	60 (100,0%)	1 (100,0%)
- Daños concedidos	28 (46,7%)	0 (0,0%)
- Daños rechazados	32 (53,3%)	1 (100,0%)
Acciones pendientes	30	0

Fuente: Elaboración propia a partir de Ashurst (2004a), p. 100.

El informe Ashurst analizó distintos elementos que podían estar obstaculizando la aplicación privada del derecho de la competencia, incluyendo la falta de una base legal para reclamar daños, la ausencia de jueces especializados o la imposibilidad para presentar demandas colectivas.

⁷ El informe Ashurst aclara que no existen estadísticas oficiales sobre este particular y que habría que añadir a esta cifra un número elevado de reclamaciones paralelas (aproximadamente 50) contra los miembros de un cártel de compañías de seguros en Italia. Ver Ashurst (2004a), p. 1.

De entre los elementos considerados por Ashurst, uno de los que probablemente despierta un mayor interés para los economistas es el estándar de prueba a la hora de demostrar la relación de causalidad entre la práctica anticompetitiva y el daño y, muy relacionado con lo anterior, la metodología para el cálculo del daño.

El Libro Verde de la Comisión Europea aborda también estos dos elementos y coincide con Ashurst a la hora de señalar que, dada la dificultad que entraña la prueba del daño y su estimación en este tipo de casos, un estándar de prueba excesivamente exigente puede suponer un obstáculo para las reclamaciones. Por este motivo, muchos Estados miembros contemplan la posibilidad de aplicar un estándar menos estricto. Como se verá más adelante en la sección 5, este no es necesariamente el caso de España. De acuerdo con el documento de trabajo de la Comisión que se acompaña al Libro Verde:

“Quantification of damages. Proof of damages is complex and difficult which can make bringing a claim for damages very risky. The study comments that quantifying damages is a “key difficulty” in bringing private actions and notes that there is a lack of generally recognized models for quantification. Differences of approach in relation to lost profits can result in considerably different awards. A restriction on this could operate as a disincentive to private actions. Many Member States allow for a reduction in the standard of proof required when damages are difficult to quantify.⁸” (énfasis añadido)

8 Commission Staff Working Paper, ¶37.

Entre las medidas propuestas por Ashurst y la Comisión para paliar este problema destaca la posibilidad de elaborar unas directrices comunitarias – similares a las de definición de mercado relevante o evaluación de acuerdos y concentraciones horizontales – con orientaciones para el cálculo de daños⁹.

Otra medida estrechamente relacionada – por su incidencia sobre la fiabilidad del cálculo de los daños – consistiría en facultar al tribunal o a las propias partes del procedimiento para designar expertos independientes¹⁰.

4. La causalidad y el cálculo del daño: una visión económica

En principio, el objetivo de cualquier ejercicio de valoración de daños consiste en estimar la cantidad que habría que pagar a los afectados para restituir la situación en la que se encontrarían de no haberse producido el hecho o suceso que les ha ocasionado el daño.

La clave radica, por tanto, en reconstruir la realidad bajo un escenario hipotético e inobservable en la práctica – el denominado “counterfactual” o “but-for scenario” – en el que no existe la fuente del daño.

El documento de trabajo que se acompaña como anexo al Libro Verde de la Comisión Europea indica claramente que la construcción

9 Ashurst (2004a), p. 125 y Libro Verde, p. 8.

10 Ashurst (2004a), p. 122 y Libro Verde, p. 12.

del escenario “but-for” se considera el método adecuado para cuantificar los daños derivados de una práctica anticompetitiva. De acuerdo con el documento de trabajo de la Comisión:

“In an action for damages for breach of Community competition law, as in any damages action, the claimant will need to quantify the damages suffered. Quantification of damages in competition litigation can be particularly complex given the economic nature of the illegality and the difficulty of reconstructing what the situation of the claimant would have been in the absence of the infringement, as usually required under tort rules. Typically the measure of loss which shall be compensated in an antitrust damages case is taken to be the difference between the claimant’s actual position and the situation he would have been in “but for” the illegal conduct (the counterfactual). The former encompasses actual losses as well as profits that have not been gained, while the latter refers to the hypothetical situation in which the claimant would be had no competition law infringement occurred. The loss is thus compensated if the claimant is put into the financial situation he would have been in “but for” the infringement.”¹¹

El carácter inobservable de este escenario implica que, por definición, la cuantificación de los daños va a ser siempre el resultado de un proceso de estimación. Sin embargo, el que una situación nunca llegue a materializarse o que los parámetros relevantes para reconstruirla no sean directamente observables no implica que sea imposible obtener una estimación razonable.

11 Commission Staff Working Paper, ¶¶125-126.

La construcción del escenario “but-for” y la correspondiente cuantificación tienen una larga tradición en Estados Unidos. La experiencia estadounidense ha resultado en la preparación de un manual de referencia para el cálculo de daños¹². En la Unión Europea, el uso de técnicas rigurosas para cuantificar daños es más reciente. Sin embargo, el informe elaborado por Ashurst para la Comisión¹³, que detalla las principales metodologías para el cálculo de daños, está sirviendo como referencia incluso para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como pone de manifiesto el Abogado General Geelhoed en su Opinión de 26 de enero de 2006 en los Asuntos C-295 a 298/04¹⁴.

El propio documento de trabajo que se acompaña al Libro Verde de la Comisión reproduce las distintas metodologías existentes para construir el escenario “but-for” identificadas en el informe Ashurst. Aunque el grado de complejidad técnica y los requerimientos de datos varían según el método, todos están firmemente basados en la teoría económica y todos implican un proceso de estimación.

A este respecto, la necesidad de un razonamiento teórico coherente implica que se pueda argumentar (o incluso demostrar formalmente) que la estimación de daños se basa en un modelo económico formado por agentes racionales. Los modelos siempre representan una simplificación del mundo real. Sin embargo, éste

12 Hall y Lazear (2000).

13 Ashurst (2004b).

14 ¶67.

no puede ser un argumento válido para rechazar su uso. El proceso de selección de un modelo (o clase de modelos) para analizar un caso debe basarse en si el modelo recoge los elementos esenciales de la realidad competitiva del mercado afectado.

En relación con la cuantificación del daño, no es posible obtener una estimación “exacta” stricto sensu, ni tan siquiera en aquellos casos en los que la estimación puede llevarse a cabo utilizando métodos simples. Por ejemplo, en el caso de una negativa de suministro que obliga a una empresa a adquirir un factor productivo que no habría utilizado en circunstancias normales, las facturas de compra sólo reflejarían una parte del daño.

Esto se debe a que el incremento en los costes de la empresa conllevará con toda probabilidad un aumento en sus precios y una caída de las ventas. Imaginemos también que el factor productivo adquirido es una alternativa inferior a la que se habría utilizado en ausencia de la práctica anticompetitiva, y que redundaría en una reducción de la calidad del servicio.

Esto no significa que no sea posible valorar la calidad de una estimación. Las herramientas de análisis económico y econométrico permiten contrastar si un modelo tiene una base sólida y si sus resultados son coherentes con la teoría económica y cuentan con un grado suficiente de precisión (aunque no implique necesariamente “exactitud”) y robustez.

Los informes periciales

En la práctica, las partes pueden aportar informes periciales cuyos resultados no tienen por qué coincidir. Dada la naturaleza del ejercicio de valoración de daños, esto no resulta sorprendente ni tiene por qué constituir un obstáculo para obtener una estimación razonable, siempre que la metodología utilizada por los distintos informes periciales sea lo suficientemente rigurosa. Corresponde, por tanto, a los tribunales tomar una decisión basada en la evidencia pericial que cumpla unos requisitos de calidad mínimos.

A este respecto, el economista jefe de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, Damien Neven, señala que la existencia en Estados Unidos de un manual de referencia con un conjunto de reglas explícitas que exige a los expertos indicar el razonamiento económico y los hechos utilizados como base para sus estimaciones contribuye de forma significativa a validar la evidencia pericial. De acuerdo con Neven (2006):

“As the US experience suggests, validation of economic evidence is helped by a clear set of rules which forces the economic experts to state “fully and in a timely manner” the economic reasoning and the facts on which they rely. This is enforced in a code of conduct (the Reference Manual on scientific evidence used by Federal Courts) which incorporates the standards set by the Supreme Court in the Daubert decision”¹⁵.

15 El manual de referencia de Hall y Lazear (2000) sintetiza el criterio del Tribunal Supremo en el caso Daubert de la siguiente forma: “Daubert assigned the trial judge a

En este mismo sentido, las reglas federales sobre evidencia establecen ciertas condiciones que deben cumplir los expertos que participan en un procedimiento, en concreto, (i) su testimonio debe estar basado en hechos o datos suficientes; (ii) su testimonio debe ser el producto de principios y métodos fiables; y (iii) el experto debe haber aplicado los principios y métodos adecuadamente a los hechos del caso. No cabe duda de que estas 3 condiciones representan un estándar de calidad mínimo para cualquier prueba pericial¹⁶.

Una ilustración: estimación de daños en casos de cártel

El cálculo del daño ocasionado por los miembros de un cártel a sus clientes típicamente requiere estimar el precio que habría prevalecido en ausencia del acuerdo o práctica concertada. El propio informe de Ashurst para la Comisión revisa algunas de las principales metodologías que pueden utilizarse para estimar este precio¹⁷.

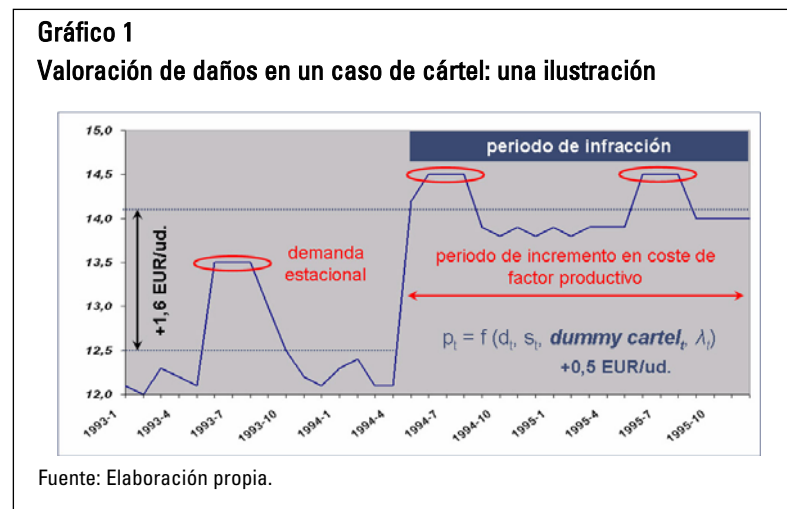
“gatekeeping responsibility” to make “a preliminary assessment of whether the reasoning or methodology underlying the testimony is scientifically valid and of whether that reasoning or methodology properly can be applied to the facts in issue.”

16 En concreto, la regla 702, relativa al testimonio por parte de expertos, establece lo siguiente: *“Rule 702. Testimony by Experts. If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.”*

17 Ashurst (2004b), pp. 17-29.

La primera de ellas, el enfoque *before-and-after*, parte de la premisa de que el precio fijado por los miembros del cártel fuera del periodo de infracción (antes y/o después) constituye una buena referencia del precio que habrían fijado durante el periodo de infracción de no haberse producido el acuerdo o práctica concertada. De esta forma, el daño o sobreprecio unitario podría estimarse como la diferencia entre los precios medios calculados dentro y fuera del periodo de infracción.

Sin embargo, como se ilustra en el Gráfico 1, cualquier incremento en el precio de un producto o servicio puede venir explicado por factores de demanda (como, por ejemplo, el crecimiento estacional de las ventas) y oferta (el encarecimiento de un factor productivo) no relacionados con el abuso de poder de mercado.



Desde esta perspectiva, una comparación directa de precios medios no bastaría para probar una relación de causalidad ni para estimar con precisión la magnitud del daño.

El empleo de un enfoque algo más sofisticado basado en el análisis econométrico de series históricas permitiría establecer con precisión qué parte del incremento no se encuentra explicado por variables que normalmente determinarían el precio en un mercado competitivo. Una primera alternativa consistiría en utilizar exclusivamente la información relativa al periodo inmediatamente anterior (y/o posterior) a la infracción para estimar un modelo como el siguiente:

$$p_t = \alpha + \sum_i \beta_i d_{it} + \sum_j \gamma_j s_{jt} + \varepsilon_t$$

donde p_t es el precio del producto o servicio “cartelizado” en el momento t , d_{it} y s_{jt} se corresponderían con los factores de demanda y oferta considerados relevantes para explicar la evolución del precio y ε_t es un término de error.

El modelo estimado permitiría posteriormente predecir el precio que se habría observado en ausencia del cártel. El daño o sobreprecio unitario vendría dado por la diferencia entre la predicción generada por el modelo y el precio realmente observado durante el periodo de infracción.

La otra posibilidad (que aparece representada en el Gráfico) consistiría en utilizar además la información relativa al periodo de la infracción y estimar un modelo como el siguiente:

$$p_t = \alpha + \sum_i \beta_i d_{it} + \sum_j \gamma_j s_{jt} + \lambda \text{dummycartel}_t + \varepsilon_t$$

donde dummycartel_t es una variable binaria que toma valor 1 durante el periodo de vigencia del cártel y 0 fuera de él.

En este caso, el daño o sobreprecio unitario se obtendría de forma directa con el análisis econométrico, y se correspondería con el valor estimado del parámetro λ .

No cabe duda de que este enfoque permite establecer la relación de causalidad y el valor del daño con mucha mayor robustez y precisión. Sin embargo, se trata en todo caso de una estimación, basada en el supuesto de que la parte del incremento en precios que no viene explicada por las variables de oferta y demanda que se incluyen en el modelo es consecuencia directa del cártel.

El cálculo del daño puede entrañar dificultades adicionales cuando además se requiere estimar la parte del sobreprecio que ha sido trasladada por los afectados a sus propios clientes o consumidores (el denominado *pass-on*), o cuando se trata de determinar el

perjuicio sufrido no sólo por los clientes del cártel, sino también por otros potenciales afectados¹⁸.

La complejidad del análisis puede ser mayor en el caso de las prácticas abusivas destinadas a excluir la competencia (o exclusionary abuses), sobre todo cuando afectan a nuevos entrantes en mercados que acaban de abrirse a la competencia. Aquí, el cálculo no sólo se centra en el daño efectivamente sufrido durante el periodo de infracción, sino también en la posible pérdida de flujos de beneficio en el futuro como consecuencia de un deterioro difícilmente reparable de la posición competitiva del entrante y de su imagen ante clientes y consumidores. Este tipo de infracciones afectan además en muchos casos a la calidad del producto o servicio del entrante, que en ocasiones puede ser difícil de cuantificar y medir.

Por otra parte, al tratarse de nuevos entrantes y/o mercados, por lo general no se dispone de información relativa al periodo inmediatamente anterior a la infracción y no resulta posible utilizar un enfoque before-and-after. En estos casos, suele recurrirse a metodologías alternativas del tipo yardstick, donde se emplean otros mer-

cados de productos y/o geográficos considerados competitivos como referencia de la situación que se observaría en la industria afectada en ausencia del abuso, o incluso a simulaciones de equilibrio de mercado basadas en modelos teóricos de oligopolio.

Finalmente, pueden darse situaciones en las cuales la disponibilidad de datos no permite una estimación basada en las técnicas identificadas por Ashurst en su informe. En estos casos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas parece haber aceptado estimaciones más “sencillas” e “indirectas”. De acuerdo con la Sentencia en *Société anonyme des laminoirs*:

“When it is necessary to consider a situation as it would have been if there had been no wrongful act or omission, the court must, whilst insisting that all available evidence be produced, accept realistic approximations, such as averages which have been established by means of comparisons. [...]. Although in using this method it is not possible to arrive at an exact assessment of the damage, nevertheless the sampling methods habitually used in economic surveys make it possible to reach acceptable approximations provided that the basic facts are sufficiently reliable”¹⁹.

Como se verá a continuación, en determinados casos los tribunales españoles parecen haberse mostrado bastante más rígidos que

¹⁸ El informe Ashurst identifica distintos colectivos potencialmente afectados, incluyendo los proveedores de los miembros del cártel (que ven reducidas sus ventas como consecuencia de la caída de la demanda provocada por el incremento de precios del cártel), los compradores indirectos (clientes de las empresas directamente afectadas por el cártel, que pueden terminar pagando una parte del sobreprecio) e incluso las empresas involucradas en la producción y venta de productos y servicios que guardan una relación de complementariedad con los “cartelizados”. Ashurst (2004b), pp. 11-16.

¹⁹ Commission Staff Working Paper, ¶136.

el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la hora de valorar y aceptar la evidencia presentada en reclamaciones de daños por infracciones de la normativa de competencia.

5. La situación en España

La entrada en vigor de la nueva Ley Concursal en septiembre de 2004 introdujo la posibilidad de denunciar una práctica anticompetitiva y reclamar daños de forma simultánea ante los Juzgados de lo Mercantil.

Esta novedad tenía, al menos en principio, importantes implicaciones para los afectados por una infracción de la normativa de competencia. En primer lugar, se reducía considerablemente el plazo de resolución de las reclamaciones, al menos en comparación con la situación anterior, en la que no era posible solicitar daños y perjuicios hasta que la decisión de las autoridades de competencia fuese firme. En segundo lugar, si el Juzgado resolvía conceder una indemnización por daños, el infractor estaba obligado a pagarla de forma inmediata, con independencia de que tuviese intención de recurrir la sentencia condenatoria.

No obstante, a día de hoy, cuando han pasado más de 3 años desde que entrara en vigor la nueva Ley Concursal, no parece que la aplicación privada del derecho de la competencia haya alcanzado un grado de desarrollo significativo en España ni que las reclamaciones de daños sean una práctica generalizada.

Este hecho podría guardar relación con que, tal y como señala la propia Comisión Europea, la normativa española sea especialmente exigente en lo relativo al estándar de prueba para la cuantificación del daño. De acuerdo con el documento de trabajo de la Comisión:

“The basic rule, operating in many Member States, is that where exact quantum is difficult to prove, proof of exact damage can be waived and the court can award a reasonable amount in its place (this is often called an ex aequo et bono estimation). In a few Member States, this possibility only applies to certain categories of damage, most notably loss of future profit. In a few Member States, this lowering of the required standard of proof of the claimant in relation to the quantification of damages does not exist. That means that if the claimant is unable to prove the exact loss, the claim fails. That is the case, e.g. in Spain, where a civil court may request the Competition Court to issue a report on the origin and quantum of damage. The Competition Court is, however, not obliged to produce such a report and the findings of the report do not bind the requesting court”²⁰. (énfasis añadido)

En esta sección revisamos 2 de las principales reclamaciones de daños resueltas por los tribunales españoles en los últimos años, Antena 3 contra LNFP y Conduit contra Telefónica. Nuestro análisis

²⁰ Commission Staff Working Paper, ¶¶137-138.

sis parece confirmar la visión de la Comisión Europea de que, al menos en algunos casos, el estándar de prueba aplicado en España es muy (¿tal vez excesivamente?) estricto, requiriendo prueba directa de la cuantía exacta del daño.

Antena 3 contra LNFP

Esta reclamación tiene su origen en una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia – posteriormente ratificada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo – en la que se declaraba acreditado un abuso de posición de dominio por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP).

En concreto, el abuso habría consistido en:

- adjudicar en junio de 1989 – es decir, poco antes de que se resolviera el concurso en el que Antena 3 consiguió su concesión de televisión privada – los derechos en exclusiva para retransmitir imágenes de las competiciones de Liga y Copa del Rey organizadas por la LNFP a Promoción del Deporte – quien, a su vez, los vendió a las televisiones autonómicas –; y
- la posterior firma por parte de la LNFP en 1990 y 1991 de acuerdos con las televisiones autonómicas y Canal+ para la cesión de dichos derechos por un periodo adicional de 8 años.

La reclamación de daños presentada por Antena 3 contra la LNFP, basada en el perjuicio que le ocasionó verse privada del acce-

so a las imágenes de los partidos de Liga y Copa, fue resuelta por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid (JPI) en sentencia de 7 de junio de 2005.

En su sentencia, el JPI considera que la relación de causalidad entre la conducta de la LNFP y el perjuicio ocasionado a Antena 3 quedaba acreditada por la propia resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, en la que se sancionaba a la LNFP por abusar de posición de dominio, y por el hecho de que dicho abuso impidiera a Antena 3 incluir en su programación un acontecimiento televisivo de seguimiento generalizado como el fútbol, privándole así de una fuente sustancial de ingresos publicitarios.

En cuanto a la magnitud del daño, el JPI se refiere a una sentencia del Tribunal Supremo en la que se advierte de la dificultad asociada a la determinación del lucro cesante y se exige, de acuerdo con la jurisprudencia establecida, una cierta probabilidad objetiva de que, en ausencia de la infracción, se hubiera obtenido el beneficio que se reclama. De acuerdo con el JPI:

“De conformidad con el artículo 1106 del Código Civil, precepto utilizado por la actora como fundamento de su reclamación, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; precepto éste que, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, ha interpretado ampliamente la jurisprudencia, según la cual, el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece

*muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas la vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas, el derecho científico sostiene que no basta la simple probabilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una **cierta probabilidad objetiva** de que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto.*"²¹ (énfasis añadido)

El JPI acepta la metodología de cálculo utilizada en el informe pericial presentado por Antena 3, que estima el daño como la diferencia entre, por un lado, el ingreso publicitario de que se vio privada Antena 3 menos el coste de retransmisión de los partidos – incluyendo el precio de adquisición de los derechos – y, por otro, el beneficio real cosechado por Antena 3 con la programación emitida como alternativa al fútbol. El JPI no aclara cómo se estiman los ingresos que habría obtenido o los costes en que habría incurrido Antena 3 con la emisión del fútbol.

El JPI condena a la LNFP a pagar a Antena 3 una indemnización de 25,5 millones de euros, cifra ésta algo inferior a la cantidad inicialmente reclamada por Antena 3 de entre 34 y 36 millones de euros.

²¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid No. 125/2005, Fundamentos de Derecho, ¶ 4.

Conduit contra Telefónica²²

En este caso, Conduit presentó directamente ante el Tribunal de lo Mercantil de Madrid una denuncia contra Telefónica de España (Telefónica) por infracción del artículo 82 del Tratado en la que reclamaba además daños y perjuicios.

La denuncia se refiere a la conducta de Telefónica en el mercado de servicios de información telefónica, al que Conduit se incorporó cuando éste fue liberalizado. Telefónica, como proveedor en régimen de monopolio antes de la liberalización, estaba obligada a facilitar a Conduit acceso a la información de su base de datos de abonados necesaria para prestar el servicio.

Conduit alegaba que Telefónica se había negado en primera instancia a facilitar la información requerida, y que los datos suministrados con posterioridad eran defectuosos. Conduit se había visto obligada por tanto a acudir a otras fuentes de información menos idóneas y sustancialmente más costosas, lo que habría redundado en un incremento de sus costes y en un deterioro de la calidad de su servicio.

²² Es preciso advertir que los autores tienen un conocimiento especialmente profundo de los detalles de este caso dado que uno de ellos, el Profesor Georges Siotis, participó como perito en la cuantificación del daño ocasionado a Conduit. Para un mayor detalle sobre la metodología de valoración de daños utilizada en este caso concreto, ver Martínez y Siotis (2006).

En primera instancia, el fallo del Tribunal de lo Mercantil de Madrid fue favorable a Conduit. Sin embargo, la cuantía fijada para la indemnización por daños fue muy inferior a la que reclamaba Conduit. Concretamente, sólo se le concedió el coste adicional asociado a conseguir información de fuentes alternativas, documentado a través de facturas.

No se reconocieron, en cambio, los posibles daños derivados del deterioro en la calidad del servicio, cuya estimación fue realizada en el informe pericial aportado por Conduit empleando datos correspondientes al mercado de servicios de información telefónica en el Reino Unido (enfoque yardstick combinado con econometría). Ello a pesar de que el Tribunal parece reconocer la existencia de este daño cuando afirma lo siguiente:

“No cabe duda de que la mala calidad de los datos facilitados por la demandada incidió inicialmente en la calidad del servicio de información prestado por la actora a través del número 11850 y que pudo repercutir en su cuota de mercado, en la medida en que un cliente insatisfecho con la información difícilmente acudiría otra vez a este número en caso de que necesitase utilizar de nuevo dicho servicio.”²³

La principal razón que lleva al Tribunal a obviarlo es, según la Sentencia, la existencia de otros factores que podrían explicar la

evolución de la cuota de mercado de Conduit, incluyendo el nivel de inversión publicitaria. A este respecto, y sin entrar a valorar la Sentencia del Tribunal de lo Mercantil de Madrid en este caso concreto, resulta preciso señalar que el modelo econométrico utilizado en el informe aportado por Conduit incluía el gasto en publicidad como determinante de la cuota de mercado y, por tanto, que las estimaciones descontaban ya del daño cualquier posible impacto de esta variable.

La Audiencia Provincial de Madrid desestimó posteriormente el recurso de apelación presentado por Conduit contra la Sentencia del Tribunal de lo Mercantil²⁴. Resulta de particular relevancia para el objeto de nuestro artículo la interpretación que realiza la Audiencia Provincial del estándar de prueba para demostrar la causalidad del daño y cuantificar su magnitud. De acuerdo con la Audiencia Provincial:

“Es necesario previamente recordar que el mero incumplimiento de cualquier obligación, o la existencia de cualquier clase de ilícito, no genera por sí la obligación de indemnizar. Es precisa una prueba concreta y completa de los hechos que sin incertidumbre demuestren la realidad de la ganancia frustrada y la relación de causa a efecto, para lo cual no obstante puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso, punto de

²³ Sentencia del Tribunal de lo Mercantil de Madrid No. 85/2005, Fundamentos de Derecho, ¶ 8B.

²⁴ El caso está pendiente de ser admitido o no a trámite ante el Tribunal Supremo.

vista objetivo que obliga a realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre.²⁵ (énfasis añadido)

Comentario

El criterio del Tribunal de lo Mercantil y la Audiencia Provincial de Madrid en el caso Conduit contrasta con el criterio del JPI en el caso Antena 3. El primero requiere una “*prueba concreta y completa*” desprovista de incertidumbre, mientras que al segundo le basta una “*cierta probabilidad objetiva*”.

A nuestro juicio, la visión de los tribunales en el caso Conduit estaría próxima al requerimiento de exactitud al que hacíamos referencia en la sección 4, que puede aplicarse tanto a la relación de causa y efecto entre la práctica anticompetitiva y el perjuicio como a la magnitud del daño. Como se ha visto, el ejercicio de valoración de daños requiere construir un escenario hipotético e inobservable en la realidad. En este contexto, un requerimiento de exactitud puede imponer una carga de prueba desproporcionada a los posibles afectados. Especialmente si – como parece deducirse del caso Conduit – no existe linealidad a la hora de fijar el importe de la indemnización, de tal forma que aunque se reconozca el daño, la

indemnización se reduce a cero en ausencia de prueba sobre su cuantía exacta.

Desde la perspectiva de un economista, parece más razonable la exigencia de una cierta probabilidad objetiva, que podría concretarse en una estimación que cumpla con los requisitos que apuntábamos en la sección 4, en concreto:

1. que se haya obtenido utilizando un modelo que incorpore los elementos esenciales de la realidad competitiva;
2. que permita observar una relación de causa a efecto entre la práctica anticompetitiva y el daño o, al menos, descontar la incidencia de otros factores que podrían haber provocado un efecto del mismo signo sobre las variables relevantes (por ejemplo, el precio o el nivel de ventas);
3. que la magnitud del efecto o daño ocasionado por la práctica anticompetitiva sea cuantificado de forma adecuada y con un grado suficiente de precisión y robustez – para lo que, preferiblemente, deben utilizarse herramientas econométricas.

El empleo de este estándar de prueba haría recomendable, al mismo tiempo, la introducción de ciertos requisitos para la evidencia aportada en procedimientos de reclamación de daños, que podrían ser similares a los que establecen el manual de referencia para el cálculo de daños y las reglas federales de evidencia en los Estados Unidos.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid No. 73/2006, Fundamentos de Derecho, ¶ 9.

Una característica actual del sistema español es que no existe ningún tipo de directrices a este respecto, ni tampoco la posibilidad de confrontación directa entre peritos. Es decir, no existe un control de calidad de la evidencia pericial. Por tanto, los tribunales pueden encontrarse ante dos dictámenes periciales opuestos sobre una cuestión técnicamente compleja y no contar con instrumentos que les permitan discriminar.

6. Conclusiones

La valoración de daños es un ejercicio complejo que necesariamente implica un proceso de estimación. El análisis de la práctica de los tribunales españoles muestra que en ocasiones el estándar de prueba para demostrar la causalidad del daño y cuantificar su magnitud puede ser demasiado exigente. Este puede ser uno de los factores que obstaculiza un mayor desarrollo de las reclamaciones de daños por infracción del derecho de la competencia en España.

En nuestra opinión, desde el punto de vista económico parece más razonable fijar un estándar de prueba menos exigente – que podría estar en línea con la “cierta probabilidad objetiva” requerida por el JPI en el caso Antena 3 – y, al mismo tiempo, introducir requisitos de calidad para la evidencia pericial presentada en este tipo de procedimientos similares a los que ya existen en Estados Unidos.

De lo contrario, se corre el riesgo de que en casos en los que puede resultar clara la existencia de un daño provocado por una práctica anticompetitiva, la dificultad para obtener una prueba directa e irrefutable sobre su cuantía exacta excluya la posibilidad de obtener una indemnización. A este respecto, resulta especialmente relevante la cita textual que realiza Damien Neven de la decisión del juez británico Lord Hoffman en el caso Rehnam. De acuerdo con Neven (2006):

“As Lord Hoffman famously said in Rehnam, “more convincing evidence is required to conclude that it was more likely than not that the sighting of an animal in a park was a lion that it would to satisfy the same standard of probability that the animal was a dog.”

7. Bibliografía

ASHURST (2004a), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report*, disponible en <http://ec.europa.eu/>.

ASHURST (2004b), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Analysis of economic models for the calculation of damages*, disponible en <http://ec.europa.eu/>.

COMMISSION STAFF WORKING PAPER, of 19 December 2005, *Annex to the Green Paper, Damages actions for breach of the EC anti-trust rules*, disponible en <http://ec.europa.eu/>.

FEDERAL RULES OF EVIDENCE (versión consolidada a 31 de diciembre de 2004), disponible en <http://judiciary.house.gov/>.

HALL, R.E. Y V.A. LAZEAR (2000), *Reference Guide on the Estimation of Economic Losses in Damages Awards*, disponible en <http://www.fjc.gov/>.

LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Boletín Oficial del Estado, No. 164, 10 de julio de 2003.

LEY ORGÁNICA 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1

de julio, del Poder Judicial, Boletín Oficial del Estado, No. 164, 10 de julio de 2003.

LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN EUROPEA, de 19 de diciembre de 2005, *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, disponible en <http://ec.europa.eu/>.

MARTÍNEZ, M. Y G. SIOTIS (2006), *“Computing abuse related damages in the case of new entry: an illustration for the directory enquiry services market”*, CEPR Discussion Paper, No. 5813.

NEVEN, D. (2006), *“Competition economics and antitrust in Europe”*, Economic Policy, vol. 21, No. 48.

OPINION OF ADVOCATE GENERAL GEELHOED, delivered on 26 January 2006, in Joined Cases C 295/04, 296/04, 297/04 y 298/04 *Vicenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito v. Fondiaria Sai Assicurazioni and Nicolò Tricarico-Pasqualina Murgolo v. Assitalia Assicurazioni SpA*, disponible en <http://www.curia.eu/>.

REGLAMENTO 1/2003, DEL CONSEJO, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Diario Oficial, L1, 4 de enero de 2003.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid No. 125/2005, de 7 de junio, Antena 3 de Televisión, S.A. contra Liga Nacional de Fútbol Profesional.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid No. 85/2005, de 11 de noviembre, Conduit Europe, S.A. contra Telefónica de España, S.A.U.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid No. 73/2006, de 25 de mayo, Recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid No. 85/2005, de 11 de noviembre.

WILS, W. (2006), *“Optimal antitrust fines: theory and practice”*, World Competition, vol. 29, No. 2.