



17 de noviembre de 2022

EP2.3-22

**Encuentros en
el Espacio Público.
Instituciones del Estado
Democrático de Derecho**

**Defensa de la competencia.
La visión de un economista**

Amadeo Petitbò

Encuentros en el Espacio Público. Instituciones del Estado Democrático de Derecho Tercer encuentro.

Defensa de la competencia. La visión de un economista

17 de noviembre de 2022

Director de los encuentros “Instituciones del Estado Democrático de Derecho”

Betancor, Andrés

Catedrático de Derecho Administrativo

Ponente

Petitbò, Amadeo

Ex presidente Tribunal de Defensa de la Competencia

Diálogo. Participantes invitados

Albella Amigo, Sebastián

Ex presidente de la CNMV

Álvarez-Sala, Juan

Notario

Álvarez Vélez, Maribel

Facultad de Derecho-ICADE

Aragón, Manuel

Ex magistrado del Tribunal Constitucional

Arruñada, Benito

Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA

Astarloa, Ignacio

Huarte-Mendicoa Letrado de Cortes

Carlón, Matilde

Catedrática de Derecho Administrativo

Conthe, Manuel

TCEE; ex presidente de la CNMV

Cuenca Miranda, Alfonso

Letrado de Cortes

de Carreras, Francesc

Catedrático de Derecho constitucional

de la Fuente, María José

Ex presidenta del Tribunal de Cuentas

de Montalvo, Federico

Facultad de Derecho-ICADE

Delgado, Irene

Catedrática de Ciencia Política

del Saz, Silvia

Catedrática de Derecho administrativo

Desdentado, Eva

Catedrática de Derecho administrativo

Fernández Farreres, Germán	Catedrático de Derecho administrativo
García de Enterría, Javier	Catedrático de Derecho mercantil
García-Manzano Jiménez de Andrade, Pablo	Letrado del Consejo de Estado
García, Eloy	Catedrático de Derecho constitucional
Irurzun, Fernando	Abogado del Estado
Jiménez Blanco, Antonio	Catedrático de Derecho administrativo
Lavilla, Juan José	Letrado de Cortes
López Martín, Ana Gemma	Catedrática de Derecho internacional público
Madrigal, Consuelo	Exfiscal General del Estado
Mestre, Juan	Catedrático de Derecho administrativo
Montes Gan, Vicente J.	Director de la Fundación Rafael del Pino
Mora-Sanguinetti, Juan	Economista senior e investigador del Banco de España
Pérez de los Cobos, Francisco	Ex presidente del Tribunal Constitucional
Roca, Encarna	Ex vicepresidenta del Tribunal Constitucional
Rodríguez Zapata, Jorge	Ex magistrado del Tribunal Supremo y Constitucional
Rojo, Ángel	Catedrático de Derecho mercantil
Soldevilla, Santiago	Magistrado de lo Contencioso-Administrativo
Solozábal, Juan José	Catedrático de Derecho constitucional
Tuero, Manuel	Administración Civil del Estado
Vidal, Carlos	Catedrático de Derecho constitucional

Tercera ponencia. Defensa de la competencia. La visión de un economista¹

Amadeo Petitbò

Ex presidente Tribunal de Defensa de la Competencia

Introducción y objetivo

Con estas notas se pretende poner de manifiesto que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tras quince años de aplicación y revisión jurisdiccional, requiere una reconsideración y la oportuna actualización para dar respuesta a las conductas realmente anticompetitivas que tienen lugar en los mercados -tradicionales y modernos- y a la utilización, cada vez más frecuente, de técnicas modernas para examinar la estructura, conducta y resultados de los mercados afectados por las violaciones de las normas de defensa de la competencia. Esta necesidad de actualización se reconoce en el Anteproyecto de ley de modificación de la LDC² cuando sostiene que “es conveniente realizar reformas que redunden en una mayor competencia efectiva en los mercados, con los consiguientes efectos positivos para el conjunto de los ciudadanos”. Coincidimos en relación con el objetivo general, pero no necesariamente en relación con las piezas de la reforma necesaria³.

La Autoridad Europea de Defensa de la Competencia (AEDC) se ha referido a la revisión del marco de competencia en relación con cuestiones tales como el Pacto Verde Europeo, la transición digital y a un mercado interior resiliente⁴. Sin embargo, el objetivo del presente documento es más limitado e inmediato que el apuntado por la AEDC pues se refiere, tan solo, a algunas cuestiones -no todas⁵- que, a mi juicio, deberían tomarse en consideración y traducirse en las correspondientes modificaciones de la LDC en vigor y de su aplicación por las Autoridades de Defensa de la Competencia (ADC) y por los órganos jurisdiccionales.

I. LOS TRATADOS Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea dispone que “La Unión establecerá un mercado interior⁶”. En consecuencia, ninguna disposición de los Estados, incluidas las constitucionales, pueden oponerse a dicho principio. El art. 26.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que “La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior...”. Por su parte, el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷ (CDFUE) reconoce la libertad de empresa “de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

De acuerdo con el art. 38 de la Constitución Española (CE): “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. La CE también reconoce la garantía y protección de la libertad de empresa por los poderes públicos “de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación”. Sobre la base de los arts. 128.2 CE y 131CE, todo es posible: desde la libertad total hasta la planificación de “la actividad económica general”. Todo ello aderezado con conceptos sujetos a discusión e interpretación jurídica y económica: “necesidades colectivas”, “equilibrar y armonizar”, o “más justa distribución”.

II. RELEVANCIA DE LA COMPETENCIA

1. El Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

El Preámbulo de la LDC incluye, en su primer párrafo, una declaración de intenciones que se apoya en los principios del análisis económico y aclara alguno de los conceptos difusos de la CE: “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes.

11. Estas notas se apoyan en mi experiencia como economista, vocal y presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, y perito. Agradezco la ayuda de Joaquín Artés, Andrés Betancor, Toni Creus, Alfonso López-Escobar, Luis Palma y, sobre todo, de Pilar Canedo. Los errores, omisiones e imprecisiones, por supuesto, son de mi entera responsabilidad.

2 Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Memoria del análisis de impacto normativo. 31 de julio de 2020. Este Anteproyecto tiene como referencia la transposición de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Dicha Directiva es conocida como Directiva ECN+.

3 De acuerdo con el mencionado Anteproyecto, faltan nuevas piezas que se añadirán a través de nomas reglamentarias.

4 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una política de competencia adaptada a los nuevos retos, Bruselas, 18.11.2021, COM (2021) 713 final. Comisión Europea; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Informe sobre la política de competencia 2021, Bruselas, 14.07.2022, COM (2022) 337 final.

5 P. e., no se aborda la pertinencia de que los miembros de las Autoridades de Defensa de la Competencia sean elegidos mediante concurso público abierto internacionalmente, o el asunto de los Medios propios.

6 Desde otra perspectiva, más voluntarista, también se refiere a “un crecimiento económico equilibrado” o a una “economía social de mercado altamente competitiva”.

7 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), DOCE C 364/, 18.12.2000.

Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”.

En este caso, la asignación de los recursos corresponde a los mercados, con la eficiencia y el bienestar como referencias, y los beneficios de la actividad competitiva se trasladan al consumidor y a la sociedad en forma de mejores condiciones de la oferta: menores precios, más cantidad y más calidad. En definitiva, mayor nivel de bienestar al margen de la actividad de las Administraciones Públicas (AAPP), en ocasiones ineficientes.

Lógicamente, de acuerdo con el Preámbulo de la LDC cabe la intervención excepcional del gobierno, pero “sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales” y cuando contribuya a “garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”. Es decir, ante la eventualidad de fallos del mercado o razones de interés general admite la regulación eficiente⁸ cuando contribuya a mejorar el bienestar de los consumidores y de la sociedad en general, algo que, en todo caso, debería ser objeto de análisis previo.

2. Los economistas y el bienestar económico

Los economistas disponen de instrumentos para valorar y cuantificar el bienestar económico, una de las referencias del análisis de la competencia en los mercados. El esquema inicial es muy simple y admite la introducción de complicaciones sin demasiado esfuerzo.

La cantidad demandada de un bien o servicio refleja aquello que los demandantes quieren y pueden adquirir. De forma similar, la cantidad ofrecida de un bien o servicio refleja aquello que los oferentes quieren y pueden vender. La demanda y oferta del mercado son el resultado de agregar las demandas y ofertas individuales. Un mercado está en equilibrio cuando, dado un precio, las cantidades ofrecidas y demandadas coinciden. De esta forma, en un sistema competitivo los precios orientan a los agentes económicos acerca de cuál es la mejor decisión que pueden tomar y, en consecuencia, contribuyen a la

eficiencia y al bienestar general.

Bajo determinadas condiciones técnicas, la función de demanda es decreciente, reflejando el hecho de que la cantidad que los demandantes están dispuestos a pagar por cada unidad adicional de un bien o servicio (su valoración marginal) es menor cuantas más unidades posean de dicho bien o servicio. De hecho, refleja el valor que tiene para el consumidor una unidad adicional del bien o servicio. Lógicamente, la demanda aumenta cuando el precio se reduce y disminuye cuando el precio aumenta. La curva de demanda (D), en consecuencia, puede interpretarse como una relación entre cantidades (q) y precios⁹ (p) correspondientes a cada nivel de consumo.

La curva de oferta (O) refleja un conjunto de relaciones entre precios y cantidades de un bien o servicio correspondientes a cada proceso productivo o de comercialización, con sus respectivos costes¹⁰. En este caso, bajo determinadas condiciones técnicas, la función de oferta es creciente¹¹ traduciendo el hecho de que, ante la posibilidad de aumentar sus beneficios, dado un precio, los oferentes aumentarán la cantidad ofrecida. Y viceversa.

Con el fin de simplificar el análisis se supondrán dos casos extremos: un mercado competitivo y, alternativamente, otro mercado en el que hay una sola empresa (un monopolio) o un conjunto de empresas que se han puesto de acuerdo. Supóngase, también, que los costes medios (CMe), en ambos casos, son constantes y, en consecuencia, iguales a los costes marginales (CMA). La demanda del mercado se representa por la línea AE que equivale al ingreso medio (IME). De acuerdo con el análisis económico, cuando las empresas compiten, el precio de los bienes y servicios se iguala al CMA; o, lo que es lo mismo, la oferta y la demanda coinciden. En este caso, los precios y las cantidades se reflejan en p_c y q_c , respectivamente. En el supuesto de un monopolio (o de un cártel), merced a su poder de mercado sus beneficios se maximizan fijando la cantidad en el punto C donde el CMA se iguala con el ingreso marginal (IMa). Esto supone que, si la cantidad ofrecida se fija en q_m , el precio correspondiente será p_m ¹². En este punto el CMA es inferior al precio y el CMe es inferior al IME.

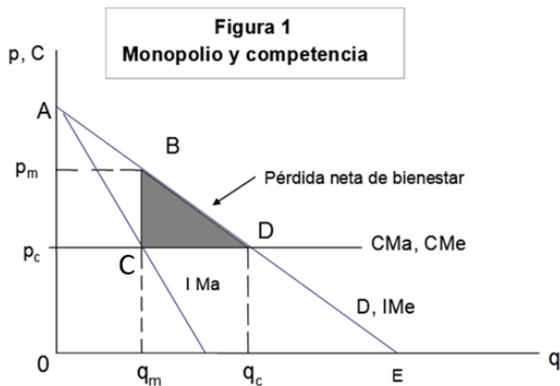
⁸ Sobre los principios de la buena regulación, Vid., art. 9.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM); art. 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y art. 129.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

⁹ En los mercados perfectamente competitivos, los precios incluyen los beneficios normales.

¹⁰ Se trata de Costes de oportunidad.

¹¹ Reflejando que la curva de costes tiene forma de U, aunque, para simplificar el análisis, sólo se considera el tramo horizontal de la curva de costes o, lo que es lo mismo, de la curva de oferta.

¹² En este caso, el precio incluye beneficios extraordinarios, por encima de los beneficios normales percibidos por los empresarios en los mercados competitivos.



Como puede verse fácilmente, la ausencia de competencia, en principio, supone mayores precios ($p_m > p_c$), cantidades producidas y ofrecidas menores ($q_m < q_c$) y, en definitiva, una transferencia directa de recursos de los consumidores hacia el monopolista y una pérdida neta de bienestar¹³ para el conjunto de la sociedad¹⁴. Dado que estas cuestiones son susceptibles de cuantificación, cuando fuera necesario para dilucidar la controversia sometida a análisis, las ADC deberían hacer el correspondiente balance entre daños a la competencia y mejoras del bienestar antes de tomar sus decisiones.

3. Una aproximación económica moderna al análisis del derecho de la competencia

Actualmente asistimos a un interesante debate entre académicos y políticos, así como entre juristas y economistas -sin excluir a reguladores y autoridades judiciales- en relación con la aplicación del derecho y la política de defensa de la competencia. Se trata de un debate cuyas referencias son la intervención o la libertad de mercado como medios para asegurar la óptima asignación de recursos y la maximización del bienestar. También se observan diferencias de criterio entre sentencias y entre autoridades judiciales y ADC. El papel de los precios, los efectos de las conductas y la interpretación del bienestar económico son cuestiones que suscitan controversia y, en ocasiones, tal incompreensión en las sedes judiciales causa estupor entre los economistas. Estos hechos sugieren que queda mucho trabajo por hacer y que se hace necesario que los juristas entiendan los argumentos de los economistas y éstos los argumentos de los juristas.

Fenómenos como la globalización y la nueva dimensión de la competencia internacional, la nueva economía, el cambio técnico continuo, las nuevas tecnologías de la información y la digitalización, las nuevas plataformas o estrategias empresariales, la competencia mediante la innovación o la diferenciación del producto, por ejemplo, son referencias que exigen la introducción de nuevos criterios en el panorama de la defensa de la competencia. La naturaleza de la competencia en la industria y los mercados tradicionales no es idéntica a la correspondiente a los mercados de los nuevos productos. En consecuencia, los conceptos utilizados tradicionalmente en el análisis de los mercados (monopolio, barreras de entrada, conductas anticompetitivas, conductas prohibidas por objeto...) deben interpretarse de acuerdo con una realidad nueva, diferente y rápidamente cambiante.

De acuerdo con lo anterior resulta conveniente modificar los criterios basados en un modelo estático por otros que pongan el acento en el carácter dinámico de los mercados y la competencia¹⁵.

En este contexto, la defensa de la competencia no debe ser un instrumento que frene la innovación y el progreso. En su lugar, las referencias de un criterio moderno de defensa de la competencia deben ser la defensa de los consumidores, el progreso tecnológico y la innovación permanente. En otras palabras, el fomento de la productividad y el traslado de sus resultados a los consumidores en un contexto de mercados competitivos y regulaciones eficientes. Este planteamiento supone, por ejemplo, facilitar las concentraciones empresariales y los acuerdos de cooperación entre empresas y no obstaculizarlas con controles o persecuciones innecesarios. Lógicamente, los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición de dominio -por empresas públicas o privadas- deben ser perseguidos y analizados con los instrumentos jurídicos y económicos disponibles interpretados desde una perspectiva dinámica.

¹³ Reflejada por el triángulo BCD sombreado.

¹⁴ Los beneficios extraordinarios también pueden ser empleados para mantener el poder de mercado mediante la captura del regulador, por ejemplo.

¹⁵ En la Introducción del mencionado "Informe sobre la política de competencia 2021", la Comisión Europea sostiene que "La política de competencia de la UE no solo debe aplicarse de una manera eficaz y coherente, sino también de una forma lo suficientemente dinámica como para responder a los retos actuales y futuros", subrayando que "En los mercados competitivos, para prosperar las empresas deben innovar y aumentar su eficiencia", objetivos a los que contribuyen las normas de defensa de la competencia.

III. REFORMAS PENDIENTES

Los ejes principales sobre los que se basa el quehacer de las ADC son: a) el control de las conductas prohibidas; b) el fomento de la competencia; c) la aplicación del régimen sancionador; d) la información sobre ayudas públicas; e) el control previo de las operaciones de concentración¹⁶; y f) la mejora de la regulación. El presente documento se centra en algunas cuestiones relacionadas con el control de las conductas prohibidas y con el régimen sancionador que, a mi juicio, deberían ser objeto de reconsideración en la próxima reforma de la LDC.

1. El control de las conductas prohibidas

La LDC considera como conductas prohibidas las conductas colusorias (art. 1), el abuso de posición dominante (art. 2) y el falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 3). Asimismo, considera que determinadas conductas deben considerarse como exentas (cuando resulten de la aplicación de una ley) (art. 4), otras pueden ser de menor importancia (art. 5) o cuando lo requiera el interés público pueden quedar al margen de la aplicación del art. 1 (art. 6).

Particular relevancia adquiere el art. 1.3 LDC que reza como sigue: “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”.

Dicho art. 1.3 LDC que, en buena medida, responde a los criterios de la competencia dinámica, se ha tomado en consideración en escasas resoluciones. Las ADC, siguiendo la tradición o por pereza

administrativa, han preferido considerar los acuerdos como “conductas prohibidas por objeto”, sin más análisis y, como regla general, desestimando o ignorando las alegaciones de las partes. El rigor del análisis exige, como se ha indicado, llevar a cabo el correspondiente balance entre el impacto negativo de la conducta sobre la competencia y su impacto positivo en términos de eficiencia con el fin de estimar su efecto real sobre el bienestar.

2. La necesaria renovación de la Ley de Defensa de la competencia

Además del contenido de la LDC y normas complementarias, la defensa de la competencia debe tomar en consideración, con la debida motivación, otras referencias relacionadas, entre otras cuestiones, con la actividad de las AAPP. Tales referencias son: a) El art. 103.1 CE; b) el art. 41 de la CDFUE; c) el art. 129 de la Ley 39/2015¹⁷(LPACAP); y d) el art. 1 de la Ley 9/2017¹⁸(LCSP).

Con las referencias normativas mencionadas y la consideración de la aplicación de las normas de defensa de la competencia y su revisión por los Órganos jurisdiccionales, se apuntan algunas cuestiones que deberían ser objeto de reconsideración. No se trata de un catálogo exhaustivo sino de algunos aspectos relevantes que contribuirían, a mi juicio, a modernizar la aplicación de las normas de defensa de la competencia más allá de la aprobación de resoluciones, estudios de mercado, informes sectoriales o informes sobre proyectos normativos, tarea habitual de las ADC.

3. Algunas reformas pendientes

3.1. Legitimar a la Autoridad de Defensa de la Competencia con la competencia para impugnar normas de cualquier rango contrarias a la competencia. Esto supondría que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹⁹ debería estar legitimada para impugnar todo tipo de normas que incumplan la legislación española y europea de defensa de la competencia e, incluso, disponer de legitimación activa para plantear recursos de inconstitucionalidad en el campo de la defensa de la competencia²⁰.

¹⁶ Parece más adecuado un control ex post. Actualmente, sólo un número reducido de casos es analizado en profundidad, pero el “control” de las operaciones de concentración supone una importante fuente de ingresos para la CNMC y los despachos de abogados.

¹⁷ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁸ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/245/UE, de 26 de febrero de 2014.

¹⁹ Y, en su caso, las Autoridades Autonómicas. Lógicamente, el legitimación exige una modificación de la CE.

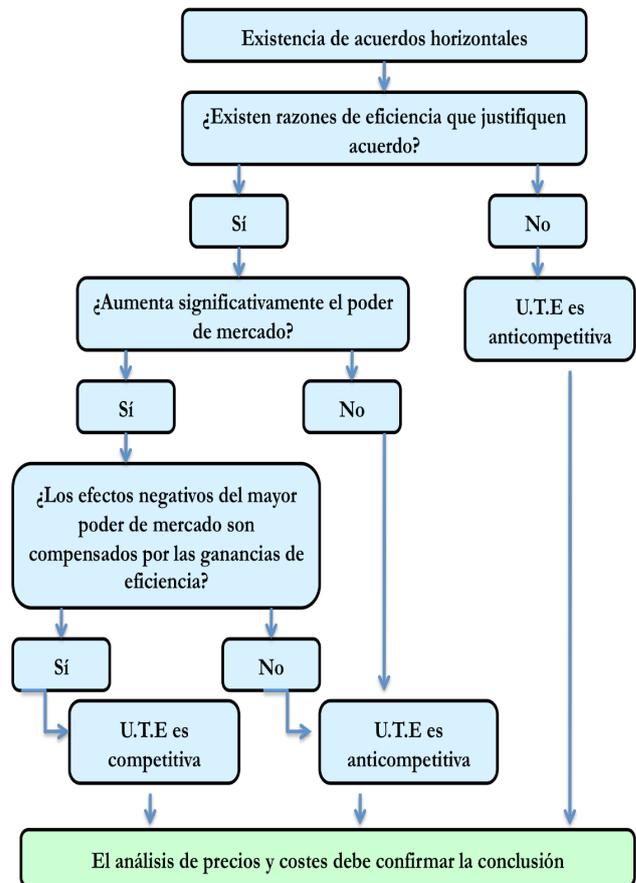
²⁰ Dicha capacidad se apoyaría, por ejemplo, en lo dispuesto en la STJ de 22 de junio de 1989, Fratelli Constanzo, SpA, As. 103/88 (ECLI:EU:1989:256).

En relación con esta cuestión, el TJ dispuso que “Al igual que al juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo²¹, así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que incumplen dicho precepto”. En este orden de consideraciones resultaría oportuno que la CNMC, en el marco de sus actuaciones, pudiera impugnar normas internas de cualquier rango que se opusieran al Derecho de la Unión²².

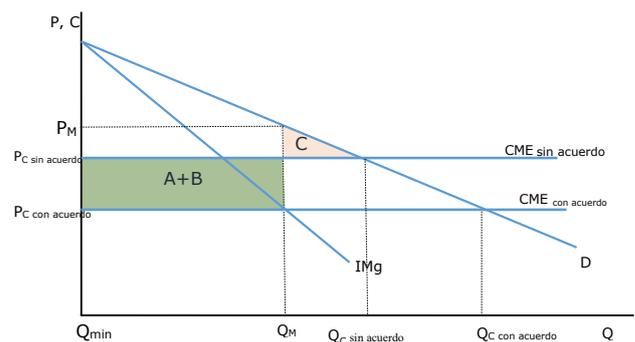
Asimismo, resulta pertinente que la CNMC disponga de un servicio jurídico propio que la represente, asista y defienda jurídicamente prescindiendo de la Abogacía del Estado que está sometida a un posible conflicto de intereses al tener que defender a la CNMC frente al Estado.

3.2. Exigir que las Resoluciones de las ADC sean debidamente motivadas, incluso en el caso de las conductas que, sin el análisis debido, son calificadas como contrarias a la competencia *per se*. Dicha exigencia supondría la obligación de que las ADC recojan el contenido del art. 1.3 LCD y lleven a cabo el adecuado balance entre las restricciones a la competencia y los posibles efectos positivos de los acuerdos sobre la eficiencia y el bienestar. Valga como referencia la STS 371/21²³ en la que se reconoce que la UTE sometida a análisis “producía sinergias significativas, como la mejora de los procedimientos terapéuticos y la disponibilidad de mejores recursos, que redundarían en la eficacia en prestación de los servicios de rehabilitación y logopedia”, cuestión que justificaba la constitución de la UTE.

Las siguientes Figuras reflejan el análisis que se sugiere en los procedimientos ante la CNMC aplicado a una UTE hipotética y que la Comisión elude sistemáticamente.



Fuente: J. Artés, A. Petitbò



Fuente: J. Artés, A. Petitbò

²¹ Directiva del Consejo de 26 de julio de 1971 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, (71/305/CEE), DOCE 16.8.71.
²² Vid., en el mismo sentido, la STJ de 14 de septiembre de 2007, As. C-628/15, The Trustees of the BT Pension Scheme, (ECLI:EU:C:2017:687).
²³ STS 371/2021, de 17/03/2021, Rec. 1363/2020 (ECLI:ES:TS:2021:1115).

3.3. Aplicar con mayor rigor el principio de que los poderes públicos pueden ser considerados como operadores económicos a los efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia. Es frecuente que las AAPP actúen en el mercado llevando a cabo actividades de naturaleza económica. En estas circunstancias, cuando no disponen del suficiente amparo legal, deben ser consideradas como operadores económicos tal como han interpretado el TJ y el TS, por ejemplo²⁴.

Sobre esta cuestión, las ADC deberían ser muy estrictas pues no es infrecuente que las AAPP dispongan de capacidad suficiente para alterar el funcionamiento del mercado de forma significativa. Cuando esto sucede y, en particular, cuando actúan más allá de sus normas reguladoras, debe interpretarse que actúan como operadores económicos plenamente sujetos a la legislación de defensa de la competencia²⁵.

3.4. Considerar el posible carácter monopsonístico de las Administraciones y de las Empresas Públicas cuando actúan como contratantes, la posible responsabilidad de las Administraciones y de los administradores públicos por acción u omisión y perder el miedo a sancionar a la Administración por infracciones del Derecho de la Competencia. Como demuestra el análisis económico, los monopsonios²⁶ contribuyen a reducir los precios, pero también reducen la cantidad producida pudiendo tener efectos negativos sobre el bienestar. Las ADC, en la redacción de sus Resoluciones, hasta ahora, han eludido la consideración de los monopsonios públicos y su poder de dominio, incluso cuando esta cuestión ha sido alegada por las partes y apoyada por informes periciales. El asunto es relevante pues al excluir del análisis el poder de mercado de las AAPP y de las empresas públicas la responsabilidad se desplaza, exclusivamente, a los agentes económicos privados sin abordar la cuestión nuclear de la verdadera responsabilidad de las conductas restrictivas de la competencia.

Además, no es infrecuente que en los contratos con las AAPP los acuerdos de reparto de las licitaciones sean el resultado de las recomendaciones del órgano contratante a través de sus representantes.

En este contexto adquiere una particular relevancia el papel del instigador o facilitador. El art. 132 LCSP se refiere a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia. Tales principios son vulnerados con frecuencia por el órgano contratante público que actúa como facilitador desde su posición de dominio.

El Derecho de la competencia español y europeo no recoge expresamente el papel del instigador en el relato de conductas prohibidas. Sin embargo, el art. 64.2.b LDC considera como agravante en la determinación del importe de la sanción “La posición de responsable o instigador de la infracción”. Esta cuestión ha sido considerada por las ADC cuando se trata de un instigador privado, pero sólo es abordada excepcionalmente cuando se trata de instigadores públicos. Y cuando lo ha hecho su decisión, debidamente motivada, ha sido confirmada por el TS²⁷.

3.5. Definir con precisión la sanción consistente en la prohibición de contratar. A la sanción administrativa impuesta por las ADC puede sumarse la prohibición de contratar. Dicha prohibición está contemplada en: a) la Directiva 2014/24UE²⁸; y b) en el art. 71 LCSP.

En su art. 57 la Directiva establece que los poderes adjudicadores excluirán de los procedimientos de contratación a los operadores económicos que hayan sido condenados en sentencia firme por una serie de motivos. Asimismo, establece que, en caso de tener indicios “suficientemente plausibles” podrán excluir de los citados procedimientos a aquellos operadores que hayan llegado a acuerdos con otros operadores con el fin de falsear la competencia o hayan tratado de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones. Nada se dice acerca de que dicho falseamiento sea inducido por los propios poderes adjudicadores.

²⁴ Como referencias pueden mencionarse, en primer lugar, la STJ de 22 de octubre de 2015, As. C-185/14 EasyPay AD (ECLI:EU:C:2015:716); y, en segundo lugar, la STS de 9 de marzo de 2015, Expte. 639/08, de la CNC, Colegio de Farmacéuticos Castilla-La Mancha, de 14 de abril de 2009. El TJ sostiene (ap. 37) que “una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Por otro lado, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”. Por su parte, el TS (FJ Tercero) considera que “en el ámbito del Derecho de la Competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”.

²⁵ Vid. art. 4.2 LDC.

²⁶ Monopolios de demanda. Las AAPP pueden actuar como monopsonios cuando son el único comprador de un bien o servicio. ADIF es un ejemplo claro.

²⁷ Vid. p. e. la STPI de 8 de julio de 2008, As. T-99/04 AC-Treuhand AG, (ECLI:EU:T:2008:256); la STS de 18 de julio de 2016, Res. 1833/2016 en relación con la Res. de la CNC de 6 de octubre de 2011, Expte. S/167/09 Productores de uva y vino de Jerez, (ECLI:ES:TS:2016/3525). Esta Sentencia se apoya en la STS de 9 de marzo de 2015, mencionada; la STS 531/2020, de 21 de mayo de 2020, Rec. 7880/2018, interpuesto por la CNMC contra la SAN de 29 de mayo de 2018, Rec. 369/2016, (ECLI:ES:AN:2018:2169).

²⁸ Directiva 2014/24UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, DOUE n. 94, 28.3.2014.

El Derecho español no transpone directamente la mencionada Directiva. En efecto, el art. 71.1 LCSP establece que no podrán contratar “las personas” en las que concurran un conjunto de circunstancias sin que se mencione expresamente la violación de las normas de competencia. Adicionalmente, señala que la prohibición de contratar se extiende a “personas jurídicas”, administradores o responsables que hayan sido penalmente responsables o a personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracciones “graves” en relación con la disciplina del mercado o el falseamiento de la competencia.

La regulación europea habla de “indicios” y de “operadores económicos”. La legislación española se refiere a “personas” y a sanciones con carácter “firme” por “infracciones graves”. En consecuencia, la prohibición de contratar debe basarse en la comisión de una “infracción grave” del Derecho de la competencia. En todo caso, la duración y el alcance de la prohibición de contratar dependerá de algo tan indeterminado como las circunstancias del mercado.

En este contexto cabía la duda acerca de si la firmeza de las sentencias debía ser de naturaleza judicial o administrativa. Ante este dilema la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) ha establecido que la firmeza a la que se refiere la Ley 9/2017 “debe ser la firmeza administrativa...y no la jurisdiccional”²⁹.

El análisis de las decisiones de la CNMC revela que la aplicación de dichos criterios es desigual abriendo el camino a la inseguridad jurídica. En unos casos, la CNMC se refiere a la prohibición de contratar y en otros casos no hace referencia a esta cuestión sin indicar los motivos de su decisión. La CNMC tampoco hace referencia a la duración y alcance de la prohibición de contratar y, sorprendentemente, al amparo del art. 72.2 LCSP, pese a tener un conocimiento detallado del expediente, remite la decisión a la JCCPE³⁰.

Sin embargo, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) ha sido más firme al respecto³¹ y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) ha avalado que dicha autoridad determine el alcance y la duración de la prohibición de contratar con las AAPP³². En la misma línea se pronuncia la Sentencia del TSJC mencionada.

3.6. Justificar con precisión la cuantía de las multas. La determinación de las multas ha sido objeto de permanente controversia. Incluso de votos particulares, en un sentido u otro, en el seno de las ADC. Uno de los motivos de la controversia ha sido la escasa motivación del importe de la sanción, amparada por la ambigüedad de la regulación, por el confort de las ADC³³ y por la discutible tolerancia de los órganos jurisdiccionales españoles y europeos que, por regla general, no han exigido el necesario rigor. Afortunadamente, hay excepciones.

El procedimiento sancionador por infracciones a las normas de defensa de la competencia en España está recogido en el Título V LDC (arts. 61-70) y en la doctrina jurisprudencial que arranca en la STS de 29 de enero de 2015³⁴.

Tomando como ejemplo las infracciones consideradas “muy graves” (art. 62.4.a LDC), de acuerdo con el Derecho europeo (Reglamento CE 1/2003³⁵), la CNMC establece que las sanciones se determinarán de acuerdo con su gravedad y duración -cuestiones fáciles de determinar- y respetando los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión (Considerandos 40, 47 y 49 de la Directiva ECN+³⁶) y teniendo en cuenta, además, las circunstancias del caso -cuestión de determinación más compleja-.

²⁹ Ministerio de Hacienda, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Expte. 15/18, de 10 de noviembre de 2018. Sobre la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar.

³⁰ La tradición de la CNMC revela, la falta de determinación al respecto. En efecto, la CNMC, en sus Resoluciones, repite el siguiente párrafo “Esta resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar. Por lo tanto, tales extremos deberán determinarse mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP. A tal efecto se acuerda remitir una certificación de esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado”. Vid. p. e. CNMC, Res. Expte. S/0013/19 Conservación carreteras, 17 de agosto de 2021.

³¹ Vid., p. e., Expte. 94/2018 - Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, 23 de marzo de 2019.

³² TSJC, Rec. 75/2020, 28 de septiembre de 2022 recaída en la Res. de 23 de diciembre de 2019 de la ACCO, Expte. 94/2018; TSJC, Rec. 464/2020, 28 de septiembre de 2022 recaída en la Res. de 23 de diciembre de 2019 de la ACCO en el Expte. 94/2018. En el FJ Sexto de la Sentencia referida al Recurso 29/2020 se afirma que “la autoridad de competencia es competente para definir, respecto a cada infracción, el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficiencia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea e interna, entre ellos de prohibición de contratar, potestad que lleva implícita la de pronunciarse sobre su alcance y duración de la prohibición de contratar, puesto que es precisamente la autoridad de competencia la mejor situada...”. Seguidamente, el TSJC considera que “la prohibición de contratar impuesta por plazo de dieciocho meses resulta procedente y proporcionada...”.

³³ Vid., p. e., CNMC, Res. Audac Renovables, S/0013/2020, de 5 de octubre de 2022 en la que el voto particular cuestiona la fijación de la cuantía de la sanción y el método utilizado para su fijación. Vid., asimismo, Res. Telefónica Compromiso 4, SNC/DC/093/22, de 12 de septiembre de 2022, en la que el voto particular discrepa del tipo infractor aplicado.

³⁴ STS de 29 de enero de 2015, Rec. 2872/2013, (ECLI:ES:TS:2015:112).

³⁵ Reglamento (CE) n° 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.

³⁶ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 enmendado a dotar a autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, DOUE, L14.1.2013.

Entre los elementos a tomar en consideración para fijar el importe de las sanciones se mencionan (art. 64.1 LDC) la dimensión y características del mercado afectado³⁷, el alcance y la duración de la infracción, el impacto de la infracción sobre los derechos e intereses legítimos de los consumidores, usuarios y operadores económicos, los beneficios ilícitos, así como las posibles circunstancias agravantes y atenuantes. Es evidente que las cuestiones anteriores exigen el manejo de los principios de la Organización industrial con el correspondiente análisis económico, en ocasiones complejo y abierto al debate jurídico y, sobre todo, económico.

En esta cuestión el uso de la econometría resulta fundamental para iluminar dicho debate.

Tampoco es suficiente fijar los tipos sancionadores sobre la base de argumentos generales sin una argumentación sólida, a pesar de que este procedimiento haya sido avalado, hasta ahora, por los tribunales revisores españoles y europeos³⁸. Asimismo, no puede aceptarse como referencia, como hace reiteradamente la CNMC, la STJ de 22 de octubre de 2015³⁹ cuando sostiene “La Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”. Es evidente que a falta de motivación cuantificada cercena letalmente los derechos de la defensa.

Afortunadamente, la posición de los Tribunales se va modificando. En efecto, en la STGUE de 26 de enero de 2022⁴⁰ se sostiene que la falta de una explicación conlleva la nulidad de la sanción. En consecuencia, la sentencia confirma un principio elemental: no es sostenible que la ausencia de una explicación suficiente en relación con una sanción sea ajustada a derecho.

3.7. Analizar empíricamente los resultados del procedimiento de la compensación por los daños causados. La defensa efectiva de la competencia exige que las sanciones impuestas por las ADC (multas, prohibición de contratar y compensación por daños y perjuicios) tengan un efecto realmente disuasorio.

La compensación por daños y perjuicios como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia está regulada por los arts. 71 a 81 LDC, modificados por el Real Decreto-ley 9/2017⁴¹.

Dispone el art. 71 LDC que los infractores de los arts. 101 y 102 TFUE y 1 y 2 LDC serán responsables de los daños y perjuicios causados por la violación de las normas de defensa de la competencia. Se excluyen las conductas de competencia desleal por disponer de una regulación propia al respecto.

El art. 72 LDC reconoce el derecho al pleno resarcimiento de los daños causados⁴² que pueden reclamarse ante la justicia ordinaria. De dicha indemnización pueden deducirse los costes que las víctimas han repercutido a terceros (passing on). La legitimación activa corresponde a “cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia”.

El art. 73 LDC se refiere a la responsabilidad conjunta y solidaria en el caso de empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas que hubieran violado conjuntamente el Derecho de la competencia. En todo caso, se contemplan excepciones cuando se trata de microempresas, empresas pequeñas y medianas, o empresas beneficiarias de un programa de clemencia.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria⁴³, en el contexto de un cártel en el que empresas que no han participado en el acuerdo, pero se han beneficiado de la subida de precios del cártel subiendo los suyos bajo el paraguas del cártel (efecto paraguas), el perjudicado puede solicitar la correspondiente indemnización⁴⁴.

³⁷ No es aceptable limitar las “características del mercado” a la mención del mercado -de producto y geográfico- en el que ha tenido lugar la infracción. En aras del rigor, es necesario estudiar los elementos esenciales de la estructura, conducta y resultados de los mercados analizados de acuerdo con las referencias de la Organización industrial, con el correspondiente análisis empírico. Lo mismo podría decirse de otras exigencias, en particular en relación con el cálculo de los beneficios ilícitos.

³⁸ Valga como ejemplo la STS 668/2017, de 24 de febrero de 2017, Rec. 1314/2014 (ECLI:EU:C:2015:717) donde se dice: “cualesquiera que hayan sido los métodos utilizados para su cálculo” (el de la sanción) pues no supera el 10% máximo previsto por la LDC.

³⁹ STJ de 22 de octubre de 2015, As. C-194/14 P, AC-Treuhand AG, (ECLI:EU:C:2015:717).

⁴⁰ STGUE de 26 de enero de 2022, As. T-286/09 RENV, Intel (ECLI:EU:T:2022:19), ap. 529.

⁴¹ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos, financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, BOE n. 126, de 27 de mayo de 2017.

⁴² Indemnización por el daño causado, lucro cesante e intereses.

⁴³ Ver, p. e., STJUE de 5 de junio de 2014, As. C-557/12, Kone A.G.

⁴⁴ En palabras del TJUE (Ap. 34): “la víctima de un efecto paraguas sobre los precios (“umbrella pricing”) puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos...”. Estas cuestiones exigen un procedimiento econométrico laborioso pero esclarecedor.

La reclamación de daños plantea tres cuestiones relevantes sobre las cuales no se dispone de información contrastada:

a) En el caso de numerosos perjudicados y de cantidades reducidas, en principio, los incentivos para reclamar son débiles y se pierde el efecto disuasorio que se pretende. Por esta razón, inicialmente, las reclamaciones eran escasas. Sin embargo, la transposición de la Directiva, la irrupción de despachos especializados en reclamaciones y de fondos de litigios ha aumentado el número de reclamantes⁴⁵.

b) Se desconoce si el efecto real del conjunto de sanciones⁴⁶ es realmente disuasorio; es decir, si el importe del conjunto de las sanciones es superior -o no- a los beneficios extraordinarios obtenidos por la violación del Derecho de la competencia.

c) ¿Qué sucede si la aplicación del régimen sancionador expulsa del mercado a una empresa relevante y el número de competidores se reduce significativamente afectando negativamente a la competencia efectiva?

3.8. Reforzar el Informe anual sobre las ayudas públicas evaluando el impacto de cada una de ellas, excepto las de menor importancia, sobre la competencia en los mercados de bienes y servicios.

Las ayudas públicas contribuyen a alterar las condiciones de la competencia en los mercados concediendo ventajas competitivas a los operadores económicos beneficiarios de las mismas. Esta cuestión es de tal importancia que exige una particular atención por parte de las ADC, algo que no siempre sucede.

El Informe anual sobre ayudas públicas realizado por la CNMC⁴⁷ es una suerte de memoria que no va más allá de la mera descripción. Falta un análisis económico del impacto de las ayudas sobre el mercado indicando ganadores y perdedores y efecto final sobre el bienestar. Aún en el caso de tratarse de ayudas autorizadas cabe la posibilidad de que su impacto sobre la competencia sea relevante en cuyo caso la intervención de la CNMC debería traducirse en una impugnación de la norma sobre la que se basan las ayudas.

⁴⁵ Los cárteles de los coches y de los camiones son un buen ejemplo del incremento en el número de reclamaciones.

⁴⁶ Sanción económica, compensaciones por daños, prohibición de contratar.

⁴⁷ Vid., p. e., CNMC, Informe anual sobre ayudas públicas, IAP/CNMC/1921, 15 de diciembre de 2021.

⁴⁸ Resolución de la CNMC, 28 de febrero de 2019, Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID.

⁴⁹ TDC, Res. Expte. 452/99, Taxis Barcelona, 29.03.2000. La SAN, 12 de febrero de 2003, Rec. 655/2000, confirmó la decisión del TDC.

⁵⁰ "La existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda".

⁵¹ "Sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando".

3.9. Reconsiderar los archivos o no incoación de los expedientes ante la confluencia de tipos infractores.

La Resolución de la CNMC de fecha 28 de febrero de 2019⁴⁸ por la que se declaraba que no quedaba acreditada una conducta prohibida por el art. 2 LDC y que contaba con un voto particular, abre la puerta a la consideración de si determinadas conductas susceptibles de ser analizadas jurídicamente desde perspectivas distintas a las normas de defensa de la competencia también pueden ser enjuiciadas por las ADC mediante la aplicación del Derecho de defensa de la competencia. Era la primera vez que la CNC declaraba la responsabilidad de la Administración Pública reconociendo que ésta carecía de la condición de operador económico. Antes, el Tribunal de Defensa de la Competencia también había sancionado a un órgano de la Administración reguladora del taxi en el Área Metropolitana de Barcelona⁴⁹.

Si el objetivo de la Defensa de la competencia es contribuir a mejorar la eficiencia económica y el bienestar de las personas y de la sociedad, a mi juicio, ante la posibilidad de confluencia de tipos infractores, debe aplicarse el Derecho de la competencia con la única excepción contemplada en el art. 46 LDC⁵⁰.

Un antecedente sobre esta cuestión se encuentra en la mencionada STS de 18 de julio de 2016 (FJ Cuarto) en la que el Alto Tribunal no consideró que la impugnación de un acto de la administración fuera excluyente en relación con un procedimiento sancionador emprendido por la ADC; en particular, cuando la Administración actúa como un operador económico⁵¹.

3.10. Reducir el tiempo de tramitación de los expedientes en la CNMC, AN y TS. El art. 47 de la CDFUE, establece que las decisiones judiciales deben tomarse "dentro de un plazo razonable". En este apartado sólo cabe decir que, desde la perspectiva de los operadores económicos, la duración de los expedientes, desde sus primeros pasos hasta la decisión firme y cobro de las correspondientes indemnizaciones, es excesiva y supone incertidumbre y costes para dichos operadores y los ciudadanos. No se entiende, en consecuencia, que la CNMC esté interesada en la ampliación de los plazos.

CONCLUSIÓN

Los ejemplos anteriores, que podrían ser ampliados considerando otras cuestiones, ponen de manifiesto que el Derecho de la Competencia y su aplicación por las ADC y los órganos jurisdiccionales deben someterse a revisión tomando en consideración las nuevas formas de los mercados, el aspecto dinámico de los mismos y las posibilidades abiertas por la aplicación de la Econometría, los instrumentos de la Inteligencia Artificial, el Aprendizaje automático y la utilización de los datos masivos que permiten iluminar espacios oscuros que no pueden ser conocidos con la debida precisión mediante el uso exclusivo del Derecho.



Encuentros en el Espacio Público
Rafael Calvo, 39
28010 Madrid
Spain

T (+34) 91 396 86 00
info@frdelpino.es
www.frdelpino.es

