

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2014)6

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

13-Aug-2014

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA**

Sesión III - Abogacía: Incorporación de las políticas de competencia en la política económica general y medidas adoptadas por el gobierno en los países de América Latina y el Caribe

-- Contribución de Luis Berenguer Fuster --

16-17 de septiembre 2014, Montevideo, Uruguay

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Sr Luis Berenguer Fuster (Broseta Abogados, Madrid) PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 16 y 17 de septiembre de 2014 en Uruguay.

Contacto: Mario UMAÑA, Especialista en comercio y competencia, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)
Tel: +1 (202) 623-3256, Correo electrónico: mariou@iadb.org

JT03361172

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

DAF/COMP/LACF(2014)6
Unclassified

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA



16-17 de septiembre de 2014 • Montevideo • Uruguay

Sesión III - Abogacía: Incorporación de las políticas de competencia en la política económica general y medidas adoptadas por el gobierno en los países de América Latina y el Caribe

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL CASO ESPAÑOL.

-- CONTRIBUCIÓN DE LUIS BERENGUER FUSTER¹--

1. No cabe duda que el ámbito de la promoción o abogacía de la competencia es uno de los ámbitos de mayor potencialidad de crecimiento entre las tareas que tienen encomendadas las Autoridades de Competencia, junto a la persecución de las conductas anticompetitivas y el control de las operaciones de concentración, siendo un elemento preventivo y, en cierta medida, complementario de estas últimas tareas.

2. Es bien conocida la definición que la *International Competition Network* hace la promoción de la competencia: conjunto de actividades de la Autoridad de la Competencia encaminadas a promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, sobre todo a través de la interacción con otras Administraciones Públicas, la interacción con agentes económicos y la sensibilización del público acerca de los beneficios de la competencia; pues bien, dentro de esta amplia definición, desde el momento de su creación por la Ley 15/2007, la Comisión Nacional de la Competencia en España (CNC; hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC) tuvo en el punto de mira que la mayor responsabilidad para promover el entorno más competitivo correspondía a las Administraciones Públicas, y, al mismo tiempo, como la otra cara de la misma moneda, que una buena parte de las situaciones en las que la competencia quedaba restringida estaba amparada, cuando no patrocinada expresamente, por la actuación de las Administraciones Públicas, por lo que centró buena parte de su actividad en realizar actuaciones encaminadas a conseguir un comportamiento pro-competitivo de las distintas Administraciones Públicas, especialmente en sus funciones normativas.

¹ El presente documento fue elaborado por Luis Berenguer Fuster, Broseta Abogados, Madrid y ex-presidente de la Comisión Nacional de la Competencia. Las opiniones expresadas en este documento no necesariamente reflejan los puntos de vista del Banco Interamericano de Desarrollo ni de la OCDE y sus países miembros.

3. En 1991 Robert Coase recibió el Premio Nobel de Economía, esencialmente por sus tesis sobre el papel de los lobbies y la captura del regulador, tesis que podrían resumirse en los siguientes términos: es más sencillo y más seguro conseguir la protección de tus beneficios mediante una regulación adecuada que a través de la formación de un cártel. Este pensamiento se visualiza en una recomendación formulada por uno de sus discípulos, en tono cáustico por supuesto, a las empresas: para aumentar sus beneficios puede usted formar un cártel, pero es peligroso porque siempre es posible que sea detectado por las Autoridades de Competencia y en ese caso las sanciones serían considerables; puede usted adquirir una firma competidora, pero eso no solo es caro sino que toda fusión es difícil de digerir por la diferencia de culturas empresariales; hay algo mucho más sencillo y barato: contrate usted un lobby y consiga que la Administración apruebe una normativa que le proteja de la competencia.

4. Conscientes de esta realidad, tanto los autores de la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 como la propia CNC pusieron en su punto de mira que la labor de promoción de la competencia debería poner su objetivo en la actuación de las Administraciones Públicas, y, a tal fin, la CNC utilizó los cuatro instrumentos que la Ley le dotaba: la elaboración de informes sectoriales, la elaboración de informes sobre los proyectos normativos, los informes sobre ayudas públicas y, como gran novedad, la legitimación activa.

1. Los informes sectoriales

5. La Ley de 2007 reafirmaba una competencia que el Tribunal de Defensa de la Competencia, precedente de la CNC, ya tenía y había utilizado con profusión, especialmente en los años noventa del siglo pasado: la elaboración de informes sectoriales. Buena parte de estos informes, al igual que en el pasado, al estudiar los problemas de competencia detectados en un determinado sector (Colegios Profesionales, Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, Transportes, etc) terminaban haciendo recomendaciones de regulación que en definitiva tenían como destinatarias a las Administraciones Públicas. Ahora bien, dos de ellos contenían recomendaciones específicamente dirigidas a esas Administraciones y venían a recoger los principios de la “better regulation”; me refiero a las “Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una Regulación Eficiente”, del año 2007, y a la “Guía para la elaboración de las Memorias de Competencia” de 2008. En estos documentos, básicamente se recomendaba a la Administración Pública que elaborara una norma que sometiera su contenido a un triple test. El primer paso consistiría en preguntar si la norma que se promueve contiene restricciones a la competencia; si la respuesta es negativa, se supera el test, pero si es positiva se pasa al segundo paso que consiste en preguntarse si esa restricción es necesaria; si es innecesaria, debe abandonarse o modificarse la norma, pero si es necesaria, se debe pasar al siguiente paso. El final del triple test consiste en preguntarse si existen otras alternativas con las que se pueda conseguir el fin perseguido y que resulten menos restrictivas de la competencia. En el supuesto de que existieran otras alternativas, se debe optar siempre por ellas, con la finalidad de conseguir el menor daño posible al funcionamiento competitivo del mercado.

2. Los informes sobre los Proyectos Normativos.-

6. La Ley española de 2007 concedía a la CNC competencias consultivas, entre ellas las de informar sobre todos los proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia. Estos informes son preceptivos aunque no vinculantes, pero en la medida en la que han gozado de prestigio las observaciones en ellos contenidas han servido, en un cierto número de ocasiones, para corregir algunas desviaciones anticompetitivas que se contenían en las propuestas de normas que se pretendían.

7. El método de trabajo que ha seguido la CNC, como ahora la CNMC, es el que se contiene en los informes anteriormente citados, es decir, básicamente en someter la propuesta al triple test para detectar si existen restricciones a la competencia, si éstas son, en su caso, necesarias, y si en el supuesto de ser

necesarias si existen otras alternativas válidas para el fin que se pretenden y que resulten menos lesivas para el funcionamiento competitivo del mercado.

8. Sería exagerado afirmar que por esta vía se han evitado todas las restricciones de competencia que se contenían en las propuestas. Son muchos los intereses que se encuentran detrás de determinadas propuestas, y éstos que son poderosos, encuentran siempre las vías para quedar protegidos frente al funcionamiento competitivo del mercado. Y cuando no encuentran aliados en los departamentos ministeriales de carácter sectorial (Industria, Agricultura, Comercio...) los encuentran en la tramitación parlamentaria. Especialmente doloroso resulta que entre los grupos políticos del Parlamento se consiga en ciertas ocasiones la unanimidad para restringir la competencia, como en algunos casos ha ocurrido, por ejemplo en el caso de la regulación de los Procuradores de los Tribunales, en el que los parlamentarios aprobaron por unanimidad una regulación que beneficiaba a unos 7.000 de estos profesionales en España, en perjuicio de los intereses de los cuarenta y tres millones de españoles usuarios del servicio público de la Justicia. Pero no es cuestión de flagelarse con exceso, pues en un buen número de ocasiones estos informes sobre proyectos normativos han servido para evitar situaciones y regulaciones en las que la competencia quedaba restringida.

3. Informes sobre Ayudas Públicas.-

9. El control de las ayudas públicas es fundamental para garantizar la unidad de mercado y evitar las distorsiones en la asignación de recursos. Es cierto que la función fundamental de control de las ayudas públicas en el territorio de la Unión Europea corresponde a la Comisión Europea, que tiene poder coactivo para declarar la nulidad de ayudas públicas por ser contrarias a la competencia y al comercio entre los Estados miembros, pero la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 estableció un nuevo ámbito de actuación en este ámbito en cuya virtud la CNC, como ahora la CNMC, pueden emitir informes y recomendaciones sobre el esquema de ayudas estatales y autonómicas, al tiempo que tiene la obligación de realizar un informe anual de seguimiento de las ayudas públicas, en el que se pueden poner de manifiesto las distorsiones de competencia de determinadas ayudas. En este campo se puede citar, por ejemplo, que la CNC puso de manifiesto los efectos distorsionadores de la competencia del plan PIVE, en virtud del cual el Estado subvencionaba con cierta cantidad a los propietarios de vehículos de motor de determinada antigüedad que adquirieran un vehículo nuevo y destinaran el antiguo al desguace. Este plan, que tenía la loable finalidad de proceder a la renovación de la flota automovilística española y la posiblemente no tan loable de proteger a los fabricantes de automóviles, tuvo como consecuencia que los fabricantes e importadores aumentaran los precios de los vehículos en cantidades similares a las de las ayudas, con lo que la subvención no benefició a los consumidores sino a los fabricantes e importadores. Tras este informe, y en sucesivas versiones del plan PIVE el efecto denunciado se ha corregido. Otras aportaciones interesantes en este campo fue el análisis de los efectos anticompetitivos de determinadas medidas que determinadas Comunidades Autónomas realizaban subvencionando al sector aéreo con la finalidad de promocionar aeropuertos de su territorio sin tráfico suficiente.

4. La gran novedad: la legitimación activa.-

10. Al elaborar la norma que habría de convertirse en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, sus autores tuvieron ante sí buena parte de las consideraciones que hasta el momento se han realizado, es decir que buena parte de las restricciones de la competencia estaban contenidas en normas administrativas, y se planteó la conveniencia de poner fin, o al menos limitar, a esa circunstancia. Obviamente cuando las restricciones se contienen en una norma con rango de Ley, poco pueden hacer las Autoridades de la Competencia, ya que solo el Tribunal Constitucional puede anular una Ley por ser contraria a la Constitución, y aunque el propio Tribunal Constitucional Español ha declarado que el principio de la libre competencia forma parte integrante del principio de libertad de empresa recogido en el artículo 34 de la Constitución española, hasta el momento no ha anulado por inconstitucional ninguna norma legal que

contuviera restricciones a la competencia innecesarias o desproporcionadas. Por otra parte tampoco la Autoridad española de la Competencia tenía legitimación ni para recurrir por inconstitucional una ley, ni tan siquiera para plantear la cuestión de constitucionalidad, mecanismo reservado a los órganos jurisdiccionales cuando, al tener que aplicar una ley, pueden surgirle dudas sobre su constitucionalidad.

11. Tampoco puede la CNMC, que es una autoridad independiente, pero al fin y al cabo un organismo administrativo, declarar la nulidad de cualquier acto administrativo o norma administrativa de otras Administraciones Públicas por ser contraria a la competencia, pero sin embargo sí que podría instar su nulidad ante la jurisdicción competente, en el caso español la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero para ello debería concedérsele legitimación activa para instar esa nulidad. A tales efectos, la Ley de 2007 introdujo un novedoso precepto en su artículo 12.3, del siguiente tenor literal:

12. “La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”

13. Por su parte el artículo 13.2 de la misma Ley concede igual legitimación a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio.

14. Este novedoso contenido legislativo merece una reflexión, ya que visto el creciente número de disposiciones que resultan aprobadas en España, principalmente como consecuencia del proceso descentralizador², resulta ilusorio que un organismo relativamente pequeño, como antes la CNC y ahora la CNMC pueda tener capacidad para detectar todas las restricciones de competencia que pueden contenerse en tal voluminosa regulación. Ello es cierto pero también es cierto que la mera existencia de esa legitimación refuerza el carácter disuasorio de los informes sobre proyectos normativos que elabora la Autoridad de Competencia, ya que no es lo mismo para quien redacta una norma administrativa tener un informe negativo de la Autoridad de Competencia que saber que pende sobre ella la espada de Damocles de un posible recurso contencioso-administrativo si las restricciones de competencia que han sido detectadas no se corrigen.

15. Otra reflexión consiste en elegir cuidadosamente los supuestos en los que se ejerce esa legitimación activa; es decir se trata de recurrir las más flagrantes violaciones de las normas de la competencia, con la finalidad de incrementar el efecto disuasorio de la medida ya que una batería de sentencias anulando actos o disposiciones administrativas por vulnerar el principio de la libre competencia lanza un contundente mensaje a los autores de esos actos o normas a favor de realizar una regulación más pro-competitiva.

16. Un caso paradigmático lo constituye el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de la Competencia contra un Decreto del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se aprobaba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera. En el sector de transporte público de viajeros por carretera, la Unión Europea había

² Un informe realizado en el año 2009 señaló el incremento de la regulación en España mediante el sencillo sistema de analizar el número de páginas de los distintos Diarios Oficiales entre 1978, año de aprobación de la Constitución Española y del inicio del proceso descentralización mediante la creación de los órganos autonómicos, y 2008. Mientras las páginas anuales del Boletín Oficial del Estado seguía un número constante, en torno a las 20.000, los diarios de las Comunidades Autónomas, en su conjunto, habían alcanzado una desproporcionada cifra cercana a las 700.000.

aprobado un Reglamento³ en el que se establecía una duración limitada y no superior a diez años de las concesiones de autobús o autocar. Ignorando esta disposición, el mencionado Decreto de la Generalitat Valenciana, bajo la excusa de la aprobación de un plan de modernización, prorrogaba las concesiones vigentes hasta un total de catorce años. Con esta medida se cerraba el mercado a nuevos entrantes, restringiendo la competencia, y autorizando concesiones sin respeto al procedimiento de licitación equitativa y concurrencia pública al que debían someterse las concesiones de los servicios públicos una vez concluido el periodo de vigencia contractual de dichas concesiones.

17. Analizada la cuestión por Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó la Sentencia de 22 de octubre de 2012, por el que declaró la nulidad del referido Decreto de la Generalitat Valenciana, basándose en la primacía del Derecho Comunitario y en el hecho de que mediante ese incumplimiento se dificultaba la entrada en el mercado de nuevos posibles entrantes, todo ello sin la concurrencia de los requisitos de publicidad y libre concurrencia que ha de regir en la contratación pública.

5. Conclusiones

18. La abogacía o promoción de la competencia es un poderoso instrumento, junto al enforcement y al control de las operaciones de concentración, del que gozan las autoridades de competencia cuando su norma reguladora así lo dispone, como ocurre en el caso de la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007. Ese instrumento resulta de importancia capital cuando se trata, bien mediante informes bien mediante otras actuaciones, de vigilar las actuaciones de las Administraciones Públicas, con la finalidad de conseguir que en su actuación normativa respondan a los principios de la “better regulation” y eviten restricciones a la competencia, sirviendo como contrapoder a la labor de los lobbies que siempre tratarán de proteger al establecido, creándole un recinto protegido a salvo de la competencia. En esta labor es muy importante conseguir la complicidad de los medios de comunicación para trasladar a la opinión pública los efectos perniciosos para los consumidores de las restricciones de la competencia. Porque, como señalaba hace más de doscientos años un ilustrado español, el Marqués de Cabarrús, las restricciones al libre comercio siempre se establecen en beneficio de unos pocos y en la ignorancia de los muchos. Pues es labor de las Autoridades de la Competencia abrir los ojos de los muchos poniendo de manifiesto los privilegios que para unos pocos suponen las restricciones de la competencia, y los perjuicios que suponen para todos los demás.

³ Reglamento CE 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.