

DERECHO DE LA COMPETENCIA, ADMINISTRACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

COMPETITION LAW, ADMINISTRATION AND DECENTRALIZATION

María Pilar Canedo Arrillaga

Directora de la Cátedra Jean Monnet en Derecho Transnacional

Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

Presidente de la Autoridad Vasca de la Competencia



sumario // summary

1 ■ INTRODUCCIÓN / INTRODUCTION

2 ■ GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DESCENTRALIZACIÓN EN SU APLICACIÓN / GLOBALIZATION OF THE RIGHT TO COMPETITION AND DECENTRALIZATION IN ITS APPLICATION

3 ■ ADMINISTRACIONES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA / ADMINISTRATIONS AND COMPETITION LAW

3.1. La labor de la Administración en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia / The work of the Administration in the application of the competition rules

3.2. La Administración como sujeto pasivo de la aplicación de la normativa de competencia / The Administration as the passive subject of the application of competition law

4 ■ CONCLUSIONES / CONCLUSIONS

resumen

Los poderes públicos juegan un papel de extraordinaria relevancia en los mercados actuales. La aplicación de los principios de competencia a su actuación es una de las más recientes implicaciones de la aplicación del derecho de la competencia.

Dado que son las administraciones quienes tienen en el modelo europeo la función primordial de aplicar la normativa de defensa de la competencia, se plantea la cuestión de si la propia administración que aplica la norma y tiene en gran medida la labor de regulación, está o no sometida a la normativa de competencia y en su caso cuáles pueden ser los cauces abiertos a las autoridades de competencia para poner de manifiesto las posibles vulneraciones de la normativa.

El Derecho de la competencia es una de las respuestas más efectivas del Estado y los poderes públicos en general ante los abusos que los operadores más fuertes de los mercados pueden llevar a cabo tratando de obtener el máximo beneficio, en detrimento del interés común de la economía, de los operadores más débiles y, en última instancia, de los consumidores.

La competencia genera innovación, mejora en las condiciones de prestación de los servicios, incrementa la competitividad de la economía, fomenta la creación de empleo y supone ventajas en la protección de los consumidores y en consecuencia facilita la labor de la administración de protección del interés general.

La globalización de la economía ha tenido como consecuencia, en este ámbito como en muchos otros, que la protección de los mercados a nivel nacional ofrecida por las legislaciones internas de los Estados, totalmente imprescindible en cualquier economía que pretenda niveles razonables de competitividad, resulta fundamental pero no suficiente para conseguir los objetivos deseados.

La labor realizada por la Unión Europea en materia de protección supranacional sobre derecho de la competencia es sin duda la más relevante, tanto por su generalización en los 28 Estados que integran la organización, como por los efectos que ha tenido en el mercado de los citados Estados y sus consecuencias extraterritoriales. Desde los orígenes de la organización, los Tratados recogen una normativa, parcialmente basada en la normativa alemana, parcialmente inspirada en la regulación estadounidense o más bien respuesta ante ella.

Este objetivo de globalización de la normativa de competencia requiere un sistema de aplicación eficiente

CE 1/2003. La aplicación del derecho de la competencia en nuestro ordenamiento está **descentralizada**, no solo desde la perspectiva comunitaria (por mandato del R 1/2003 CE) sino desde una perspectiva interna.

El Derecho de la competencia tiene como fin tradicional la consecución de un objetivo de protección de los mercados ante aquellos operadores que, por diversas razones, juegan un papel de alteración de las reglas de juego en los mercados en beneficio particular y en perjuicio consecuente de los intereses de los competidores, de los consumidores y en última instancia del interés general de la Sociedad.

Una de las formas en que la Administración puede influir en los mercados alterando el libre juego de la competencia es la aplicación laxa de la normativa en determinadas situaciones sociales. Las crisis económicas se plantean como un caldo de cultivo favorable a las voces que se alzan reclamando una laxitud en la aplicación de la normativa de competencia.

Es cierto que las situaciones de crisis generan consecuencias negativas para las empresas y también para el mercado y los consumidores. Sin embargo, considerar que un enfoque más permisivo de las prácticas de abuso contrarresta esa situación es un argumento falaz.

Tal como se ha visto previamente, uno de los modos en que la Administración altera las reglas del libre mercado son las denominadas Ayudas de Estado.

La labor reguladora de la Administración incide de modo habitual en el funcionamiento de los mercados.

Palabras Clave:

- Competencia
- Poderes públicos
- Estado
- Organizaciones Locales

abstract

Public authorities play a role of extraordinary relevance in today's markets. The application of the principles of competition to his performance is one of the most recent implications of the application of the competition law.

Given that are authorities who have the primary function of applying the rules of competition in the European model, the question if the Administration itself that applies the rule and is largely the work of regulation, is subject to competition law or not and if what can be the channels open to the competition authorities to reveal possible violations of the regulations.

The competition law is one of most effective responses of the State and public authorities in general before the abuses stronger market operators can carry out trying to get the maximum benefit, at the expense of the common interest of the economy, weaker operators and, ultimately, of consumers.

Competition generates innovation, improvement in the conditions of provision of services, increases the competitiveness of the economy, promotes job creation and is advantageous in the protection of consumers and consequently facilitates the work of the Administration for the protection of the general interest.

The globalization of the economy has resulted, in this area as in many others, that the protection of markets at the national level provided by the domestic laws of the States, absolutely essential in any economy that tries to reasonable levels of competitiveness, it is essential but not sufficient to achieve the desired objectives.

The work done by the European Union supranational protection on competition law is undoubtedly the most important, its generalization in the 28 States that make up the Organization, by both the effects on the market of the mentioned States and its extraterritorial effects. From the origins of the Organization, treaties collected rules, partially based on the German rules, partially inspired by American regulation or rather answer to it.

This objective of globalization of competition law requires a system of efficient implementation EC 1/2003. The application of the competition law in our legal system is **decentralized**, not only from a community perspective (mandated by the R 1/2003 EC) but from an internal perspective.

The competition law society general aims traditional a goal of protection of the markets to those operators which, for various reasons, play a role of alteration of the rules of game in the markets in particular benefit and

consequential prejudice to the interests of competitors, consumers and ultimately of interest.

One of the ways in which the Administration can influence markets by altering the free play of competition is lax enforcement of regulations in certain social situations. Economic crises arise as a breeding ground of friendly voices that rise demanding a laxity in enforcement of competition law.

It is true that crisis situations generate negative consequences for companies and also for the market and consumers. However, consider a more permissive approach to the practices of abuse to counteract that situation is a fallacious argument.

As has been previously, one of the ways in which the Administration alters the rules of the free market are known as State aid.

The regulatory work of the Administration insists in usual manner in the functioning of the markets.

Key Words:

- Competition
- Public Authorities
- State
- Local organizations

1 ■ INTRODUCCIÓN

Los poderes públicos juegan un papel de extraordinaria relevancia en los mercados actuales. La aplicación de los principios de competencia a su actuación es una de las más recientes implicaciones de la aplicación del derecho de la competencia.

Dado que son las administraciones quienes tienen en el modelo europeo la función primordial de aplicar la normativa de defensa de la competencia, se plantea la cuestión de si la propia administración que aplica la norma y tiene en gran medida la labor de regulación, está o no sometida a la normativa de competencia y en su caso cuáles pueden ser los cauces abiertos a las autoridades de competencia para poner de manifiesto las posibles vulneraciones de la normativa.

Por otra parte, la actuación de regulación y contratación de las administraciones en sus diferentes niveles hace que la aplicación de la regulación por parte de autoridades de competencia alejadas de las administraciones y la sociedad a la que sirven resulte compleja, ineficiente o incluso imposible. Por esta razón, la aplicación descentralizada del derecho de la competencia, se convierte en imprescindible cuando se trata de analizar la actuación de los poderes públicos en la regulación de competencia.

2 ■ GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DESCENTRALIZACIÓN EN SU APLICACIÓN

El Derecho de la competencia es una de las respuestas más efectivas del Estado y los poderes públicos en general ante los abusos que los operadores más fuertes de los mercados pueden llevar a cabo tratando de obtener el máximo beneficio, en detrimento del interés común de la economía, de los

operadores más débiles y, en última instancia, de los consumidores.

Del mismo modo, la política de competencia busca imponer las reglas de juego de los mercados a los propios poderes públicos limitando su capacidad de regular sectores para permitir el libre juego empresarial. Se trata de someter a las administraciones a las mismas reglas de juego que son aplicables a los operadores privados en la medida en que de este modo se protejan las oportunidades de todos los operadores y se garantice la prestación de los servicios públicos en las mejores condiciones y garantizando el interés público¹.

La competencia genera innovación, mejora en las condiciones de prestación de los servicios, incrementa la competitividad de la economía, fomenta la creación de empleo y supone ventajas en la protección de los consumidores y en consecuencia facilita la labor de la administración de protección del interés general.

La globalización de la economía ha tenido como consecuencia, en este ámbito como en muchos otros, que la protección de los mercados a nivel nacional ofrecida por las legislaciones internas de los Estados, totalmente imprescindible en cualquier economía que pretenda niveles razonables de competitividad, resulta fundamental pero no suficiente para conseguir los objetivos deseados.

Por ello diversas organizaciones supranacionales han dedicado sus esfuerzos a potenciar una armonización en los principios que rigen la normativa de competencia y a fomentar una ejecución extraterritorial que consiga una aplicación efectiva de los principios compartidos y una lucha eficaz contra las prácticas de los grandes operadores que tienen capacidad de extender su actividad más allá de las fron-

¹ CANEDO ARRILLAGA, MP., "El derecho de la competencia ante la globalización y la crisis" en Retos del Derecho ante una economía sin fronteras, Deusto, 2012, págs. 231 a 239.

teras estatales instalándose en los territorios que resulten más favorables a sus intereses particulares.

La labor realizada por la Unión Europea en materia de protección supranacional sobre derecho de la competencia es sin duda la más relevante, tanto por su generalización en los 28 Estados que integran la organización, como por los efectos que ha tenido en el mercado de los citados Estados y sus consecuencias extraterritoriales. Desde los orígenes de la organización, los Tratados recogen una normativa, parcialmente basada en la normativa alemana, parcialmente inspirada en la regulación estadounidense o más bien respuesta ante ella².

El objetivo del mercado único dentro de la Unión no puede alcanzarse sin una competencia efectiva. La idea que subyace al mercado único es la de hacer de la Unión Europea un único territorio en el que las personas, los capitales, los bienes y los servicios interactúan libremente para estimular la competencia y el comercio y mejorar la eficacia. La mayor posibilidad de elección entre diferentes bienes y servicios aumenta la calidad y reduce los precios y esto redundará en una mayor prosperidad para el mercado y los consumidores. Para que las ventajas del mercado único lleguen a todos los ciudadanos y pequeñas empresas, los proveedores y los prestatarios de servicios deben poder competir lealmente por cada contrato. Solamente la competencia efectiva permite unos precios bajos, una calidad más alta y una variedad mayor de ofertas para el consumidor. Los Gobiernos de la Unión Europea han dado a la Comisión Europea amplios poderes en la aplicación de la legislación antimonopolios para hacer cumplir sus normas sobre competencia con el objetivo expreso de proporcionar beneficios directos a los consumidores.

² En su versión actual, véase los artículos 101 y 102 del TFUE, base del sistema comunitario. (<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ES:HTML>) (todas las páginas citadas en este estudio tienen su última consulta en noviembre de 2014).

A parte de la ordinaria labor de protección de los mercados por la acción de las empresas, la Comisión también supervisa la competencia en los servicios públicos (tan relevantes como pueden ser los de telecomunicaciones, electricidad o gas) en los que la UE ha eliminado antiguos monopolios estatales y trata de garantizar que la contratación pública se realice respetando las reglas de juego propias de cualquier mercado eficaz. El objetivo en este punto es alcanzar un equilibrio razonable para garantizar que el estado o empresas públicas no puedan utilizar su situación privilegiada en el mercado para dañar a operadores nuevos o más débiles, garantizando al mismo tiempo que se dispone de unos servicios básicos asequibles para los clientes con menos recursos y las personas discapacitadas o para aquellos que viven en regiones alejadas o periféricas.

La Comisión controla igualmente el efecto que las ayudas estatales pueden tener en los mercados, pues pueden distorsionar la competencia entre empresas y afectar al comercio entre países de la UE. Si una empresa recibe el apoyo del Gobierno, este apoyo podría considerarse una ventaja injustificada con respecto a sus competidores. Esta es la razón por la que las normas de la UE prohíben generalmente las ayudas estatales. Las exenciones son posibles, entre otros casos, para las empresas en regiones desfavorecidas, las pequeñas empresas y ciertos regímenes que promueven la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, la formación, el empleo o la cultura³.

Este objetivo de globalización de la normativa de competencia requiere un sistema de aplicación eficiente. No cabe vislumbrar respeto a la regulación ni por lo tanto obtención de las ventajas que genera la competencia, si no existe un sistema de ejecución de las normas que garantice la existencia de un riesgo cierto de que las infracciones sean descubiertas y de que sean sancionadas con sanciones

³ COMISIÓN EUROPEA "Europa en movimiento. Mejores condiciones de vida en Europa" en http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/56/index_es.htm.

suficientemente disuasorias. Para conseguir esta efectividad en la ejecución de la regulación, la aplicación debe proceder de autoridades de competencia próximas a las infracciones. Por ello, la existencia de sistemas descentralizados de aplicación de la regulación se ha comenzado a vislumbrar como la solución óptima en relación al objetivo pretendido.

Por esta razón modelos como el europeo han optado por un sistema de aplicación descentralizada que se ha reflejado en el Reglamento CE 1/2003. La aplicación del derecho de la competencia en nuestro ordenamiento está **descentralizada**, no solo desde la perspectiva comunitaria (por mandato del R 1/2003 CE) sino desde una perspectiva interna. Gracias a la STC 208/1999, de 11 de noviembre, se reconoció a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior el ejercicio de las funciones ejecutivas de intervención autorización o sanción en asuntos relacionados con la libre competencia, siempre que se trate de prácticas desarrolladas en ámbito intracomunitario o restringidas al mercado correspondiente al ámbito territorial autonómico. La puesta en marcha de estas potestades se difirió hasta la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Esta norma establece los puntos de conexión para el reparto de asuntos entre el Estado y las Comunidades Autónomas por medio de la determinación de unos criterios jurídicamente indeterminados y que requieren de interpretación caso por caso pero que se basan en general en los efectos de la práctica en un mercado limitado a la Comunidad en cuestión.

Esta descentralización ha permitido la creación en España de un entramado de autoridades de competencia cercanas a las prácticas más locales, lo cual tiene ventajas evidentes en varios tipos de asuntos, pero deja quizá ver sus valores más positivos en la relación con las administraciones públicas y las implicaciones que sus actos pueden tener en materia de competencia.

La proximidad de las autoridades autonómicas de las administraciones que generan las licitaciones hace más fácil que éstas puedan detectar y atajar las prácticas, tanto por el espectro geográfico más limitado de actuación de las autoridades autonómicas, como por el mayor incentivo que pueden tener las empresas de presentar sus denuncias ante organismos que les resultan más cercanos y próximos.

3 ■ ADMINISTRACIONES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la competencia tiene como fin tradicional la consecución de un objetivo de protección de los mercados ante aquellos operadores que, por diversas razones, juegan un papel de alteración de las reglas de juego en los mercados en beneficio particular y en perjuicio consecuente de los intereses de los competidores, de los consumidores y en última instancia del interés general de la Sociedad.

Tradicionalmente los destinatarios directos de las políticas de la competencia han sido las empresas, especialmente las más potentes económicamente hablando, que encontraban en la libertad absoluta del tradicional *laissez faire*, el caldo de cultivo más adecuado para alterar los mercados en beneficio particular.

En los últimos tiempos se ha comenzado sin embargo a plantear en qué medida los agentes de carácter público pueden alterar con diversas actuaciones el libre juego de la competencia de manera más o menos consciente favoreciendo a determinados operadores por diversas razones y en perjuicio del interés general que con su actuación deben proteger.

Las principales organizaciones internacionales en la materia, OCDE, UNCTAD, o la propia Unión Europea han comenzado a realizar diversas iniciativas tendentes a poner de manifiesto que las

Administraciones pueden, con una actuación incorrecta producir vulneraciones de la competencia equivalentes en consecuencias a las producidas por las empresas o incluso generar efectos negativos más graves que los producidos por particulares.

Tanto en la labor de regulación estrictamente hablando, como en su papel protagonista en la contratación pública, las disfunciones generadas por la Administración pueden ser perniciosas para el interés general y por tanto dignas de ser tomadas en cuenta y evitadas en la medida de lo posible para contribuir de manera justa y eficiente al Estado de Bienestar.

3.1.- LA LABOR DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una de las formas en que la Administración puede influir en los mercados alterando el libre juego de la competencia es la aplicación laxa de la normativa en determinadas situaciones sociales. Las crisis económicas se plantean como un caldo de cultivo favorable a las voces que se alzan reclamando una laxitud en la aplicación de la normativa de competencia.

Esto sucede porque la protección del derecho de la competencia que recibe una evaluación claramente positiva desde una perspectiva del bien general y protección de los consumidores no recibe el mismo juicio positivo por parte de las empresas u otros operadores que encuentran en estas normas la limitación al sistema más eficaz para ellas de obtener un beneficio elevado y más rápido⁴.

⁴ CALVERAS, GANUZA, "Ante la crisis económica, apostar por la competencia" en Lo que podemos aprender de la crisis para España ¿Qué hacer para salir de esta crisis? E-book. Sociedad Abierta. 2010.

En épocas de crisis económica acusada como la que actualmente estamos padeciendo existe cierta tendencia a exigir un mayor proteccionismo y la restricción de la competencia en los mercados con el supuesto objeto de contribuir al sostenimiento de la economía hasta que lleguen tiempos mejores.

El derecho de la competencia limita evidentemente la libertad empresarial, limita la libertad de pacto tratando de que el Estado proteja los intereses de los más débiles de la cadena económica. No cabe desconocer además que, estableciendo esta protección, el Estado se limita en su actuación y limita en aras del interés común su propia libertad de acción.

Cuando la crisis pone en tela de juicio la supervivencia de numerosas empresas, no resulta extraño que rápidamente surjan voces que mantienen que las limitaciones a la acción de las empresas pueden facilitar su declive con las graves y nefastas consecuencias sociales que los cierres empresariales llevan o pueden llevar aparejadas.

En esta tesitura se reclama de las autoridades nacionales e internacionales que se flexibilice la aplicación del derecho de la competencia o, directamente, que se deje de aplicar a determinados sectores o en determinados umbrales temporales⁵.

Se solicita así que se limite el control de las conductas restrictivas por parte de las empresas eximiendo de la prohibición a determinados acuerdos denominados de reestructuración; en el ámbito de las concentraciones aplicando la denominada "excepción de la empresa en quiebra", o en el ámbito del control de las ayudas públicas flexibilizando temporalmente el procedimiento de control para permitir ayudas en sectores o umbrales que ordinariamente no estarían permitidos.

⁵ BERENQUER GIMÉNEZ, L. "El derecho de la competencia en un marco de crisis global" en Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche Volumen I – Número 6 – Marzo de 2010 – págs. 1-12 - ISSN: 1886-6611.

A este respecto cabría decir que estas argumentaciones no pueden considerarse sino una trampa de las empresas al mercado, a la economía y a los intereses de los más débiles de la cadena.

Es cierto que las situaciones de crisis generan consecuencias negativas para las empresas y también para el mercado y los consumidores. Sin embargo, considerar que un enfoque más permisivo de las prácticas de abuso contrarresta esa situación es un argumento falaz.

La libre competencia trata precisamente de actuar premiando a los operadores eficientes y expulsando del mercado a los ineficientes, lo cual redundará en beneficio del interés general y genera una renovación de las estructuras productivas que se adaptan a las situaciones cambiantes de los mercados.

Esto no quiere decir que las autoridades nacionales y supranacionales deban hacer oídos sordos a las situaciones coyunturales de las empresas en todo caso, pero debe actuarse con cautela.

En los supuestos en que los acuerdos contribuyan a mejorar la producción o la distribución o a fomentar el progreso técnico y económico, reserven a los usuarios una participación equitativa en los beneficios y establezcan restricciones que resulten indispensables para la reestructuración podrían permitirse medidas siempre que éstas estén limitadas en el tiempo⁶. Otra opción, quizá menos lesiva para los

⁶ Existen varios casos en que la Comisión Europea se ha negado a aceptar la flexibilización de las normas de competencia por razones de crisis (Asunto Grupo de productores de zinc de 6/08/1984, DO L 220; Asunto Polipropileno de 23/04/1986, DO L 230; Asunto Revestimientos asfálticos de 10/07/1986, DO L 232; Asuntos PVC y LdPE de 21/12/1988, DO L 74 de 1989; Asunto Mallas electrosoldadas de 2/08/1989, DO L 260), Sin embargo sí ha autorizado algunos otros casos con las cautelas que reseñábamos. Así el Asunto Fibras Sintéticas. Decisión de 4/07/1984, DO L 207 de 1984, o el Asunto Stichting Baksteen. Decisión de 29/04/1994 (IV/34.456). Lo mismo puede decirse de los Acuerdos de especialización recíproca entre empresas con sobrecapacidades estructurales que tienen por objeto reducir coordinadamente sobrecapacidades económica-

intereses generales y más acorde con la política de competencia más eficaz podría ser la mera reducción del montante de las multas en el caso de que la crisis pueda efectivamente ser empleada como elemento atenuante de la responsabilidad.

En los casos de concentraciones para que la crisis pueda ser tenida en cuenta debe haber una inexistencia de nexo de causalidad entre la concentración y el deterioro de la competencia efectiva. Por lo que es necesario, para poder aceptar la concentración, que la empresa en crisis debe estar condenada a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; que no haya ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada, y que se verifique que, de no mediar una concentración, la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable⁷.

En los casos de ayudas, se hace ordinariamente referencia a los planes de reestructuración realistas, coherentes y de amplio alcance destinados a restablecer la viabilidad a largo plazo de una empresa. Estas ayudas se condicionan también a un restablecimiento de la viabilidad a largo plazo; a la ausencia de un falseamiento indebido de la competencia, de tal forma que los efectos positivos sobrepasen los negativos, a la limitación de las ayudas al importe y tiempo necesarios para que la reestructuración produzca los objetivos; a la aplicación íntegra del plan de reestructuración y a la supervisión e informe anual.

mente insoportables, mediante el cierre de las instalaciones más obsoletas y la especialización de cada empresa en el sector en el que puede ser más competitiva una vez saneada y que en ningún caso pueden incluir pactos sobre precios, cuotas o reparto del mercado. Véanse los asuntos Asunto Bayer/BP Chemicals, Decisión 5/05/1988, IV/32.075 y Asunto Enichem/ICI Enichem/ICI, Decisión 22/12/1987, IV/31.846.

⁷ Véanse en este sentido la Decisión Kali und Salz de 14/12/1993 (As. M.308), DO L 186 de 21/07/1994, p. 38 ss., apto. 71; STJ Kali und Salz de 31/03/1998, Ass. C-68/94, aptdo. 110; Decisión Basf de 11/07/2001 (COMP/M.2314), DO L 132 de 17/05/2002, aptdos. 157-160

Encontramos la última respuesta de la Comisión en la Comunicación de la Comisión – Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera⁸.

3.2.- LA ADMINISTRACIÓN COMO SUJETO PASIVO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA

Tal como se ha visto previamente, uno de los modos en que la Administración altera las reglas del libre mercado son las denominadas Ayudas de Estado. Estas medidas, reguladas tanto en el ámbito comunitario como en el nacional, establecen los criterios en virtud de los cuales el Estado puede lícitamente proteger a determinados sectores o en determinadas condiciones a las empresas para favorecer su entrada o mantenimiento en los mercados. No es esta sin embargo la única forma que tienen las administraciones de incidir en los mercados.

La labor reguladora de la Administración incide en modo habitual en el funcionamiento de los mercados. Resulta común que las normativas sectoriales establezcan reglas que determinan modos de funcionamiento reconocidos por la regulación y que favorecen a determinados sectores o colectivos.

No cabe desconocer que la defensa de la competencia es un valor que merece ser protegido por la administración, pero que debe ponderarse con otros principios que favorecen al interés general y este es el argumento que lleva a numerosas administraciones a aprobar normativas que favorecen a determinados operadores en detrimento en muchos casos del interés de los consumidores.

⁸ (DO C 16/1 de 2009). Su vigencia prorrogó inicialmente hasta 31/12/2011, pero dada la situación económica siguen en este momento vigentes.

El peso de determinadas organizaciones empresariales o colectivos profesionales y su influencia en los órganos políticos de toma de decisión lleva en más ocasiones de las que serían deseables a ciertas administraciones a adoptar medidas que no se coonestan correctamente con los intereses comunes.

El control de las administraciones en estos casos es complejo.

La normativa de competencia solo puede ser aplicada por las autoridades administrativas a las empresas, o a los operadores que intervienen en un determinado mercado, premisa que no se verifica en el caso de las administraciones cuando éstas actúan como reguladores. De este modo, en la medida en que una administración crea una normativa y ejerce por tanto potestades de *imperium*, queda fuera de la capacidad sancionadora de las autoridades de competencia y consigue generar un escudo de impunidad a las empresas que se benefician de la normativa aplicada en perjuicio ordinariamente de los consumidores.

Dos vías de acción caben en nuestro ordenamiento ante esta situación (claramente indeseable). Una de las vías de protección de los mercados ante la acción abusiva de la administración viene dada por la existencia de normativa supranacional (en nuestro caso especialmente comunitaria) que, protegiendo los valores más próximos a los intereses generales, favorece el bien común.

Ejemplo claro y reciente de esta situación se ha generado en la Unión Europea con la denominada Directiva de Servicios. La citada normativa ha generado en nuestro sistema un auténtico vuelco en la organización de los servicios profesionales en beneficio de los consumidores. La aprobación de la Directiva, en el año 2006 y su transposición al ordenamiento jurídico nacional en el año 2009, tratan de crear un marco para la regulación de los servicios profesionales, coherente con la defensa de la libre competencia en los mercados afectados. La reforma

operada por la normativa, requiere de una adecuada aplicación por las instituciones que intervienen en su gestación y ejecución, de modo que no se generen tensiones entre los principios recogidos en las normas y la aplicación que de los mismos se lleva a cabo⁹.

Con esta normativa se ha generado una reflexión profunda, por ejemplo, sobre el papel que juegan los colegios profesionales como barrera de entrada en determinados mercados, o como sistema de protección corporativista de los profesionales ya colegiados ante la competencia procedente del mercado. Esta reflexión lleva necesariamente a la administración a plantearse una modificación en la normativa, dado que, de acuerdo a la normativa comunitaria, tan solo pueden plantearse colegios con colegiación obligatoria en el caso de que existan.

En el caso del funcionamiento y existencia de ciertos colegios profesionales, la propia Comisión Nacional de la Competencia ha constatado "la persistencia de numerosas barreras al acceso a las actividades profesionales y al ejercicio profesional, que impiden o dificultan la libre prestación de servicios profesionales". Del mismo modo ha constatado una "falta de adaptación expresa de las normativas autonómicas reguladoras de los colegios profesionales a las reformas previstas en la legislación básica estatal, lo que alimenta la compartimentación geográfica del mercado nacional y reduce las potencialidades de la competencia en los territorios". Finalmente ha recomendado al Gobierno que delimite las reservas de actividad y las profesiones que deben quedar sujetas al régimen excepcional de colegiación obligatoria, recordando que la colegiación obligatoria es una

importante restricción a la competencia, "por lo que en cada caso en que estime preciso imponerla deben justificarse razonadamente la necesidad, la proporcionalidad y la ausencia de discriminación de tal medida"¹⁰.

Ya el Tribunal Constitucional había señalado que debe ser el legislador quien determine qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren la incorporación a un colegio profesional, así como en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgarse a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional¹¹.

En todo caso, sigue señalando el TC, la calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esta decisión dependerá de que el colegio desempeñe efectivamente funciones de tutela de interés de quienes van a ser destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que existe entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente protegidos¹².

Se genera por tanto una obligación por parte de las administraciones (central en las cuestiones básicas e igualmente autonómica) de modificar la normativa para adecuarse a las directrices supranacionales y proteger así la competencia y a los consumidores.

⁹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DO L 376 de 27.12.2006, p. 36/68; Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio- Ley Ómnibus-, y Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio -Ley paraguas.

¹⁰ Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de mayo de 2012, "Los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios"

¹¹ Sentencia TC194/1998 y Sentencia TC 76/2003, de 23 de abril, FJ 4.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de abril de 2010.

La segunda vía que se plantea para controlar la labor reguladora de la administración tiene base en la propia normativa de competencia vigente en España¹³. De acuerdo con esta regulación las autoridades de defensa de la competencia central y autonómicas tendrán la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones públicas sujetos a derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado (artículos 12.3 y 13.2).

Esta regulación plantea abiertamente la posibilidad de que las autoridades de competencia acudan a los órganos jurisdiccionales para recurrir la regulación nacional, autonómica o local si consideran que ésta vulnera los principios de competencia y por tanto perjudica los intereses de los consumidores en detrimento del bien público y favoreciendo a determinados operadores o colectivos¹⁴.

El recurso a esta herramienta legal se ha considerado como última ratio que debe ser ejercida de manera restrictiva por las disfunciones que una normativa vigente genera en los mercados.

La labor de promoción se considera en este punto de crucial relevancia. Así existen informes generales dirigidos a las administraciones públicas ofreciéndoles herramientas para una mejor regulación, así como informes particulares¹⁵.

¹³ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹⁴ Esta posibilidad se ha ejercido ya por la Comisión Nacional de la Competencia que ha recurrido decretos de transporte de la Comunidad Valenciana y Gallega, así como una regulación de ámbito nacional.

¹⁵ Véanse por ejemplo las Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia. Trabajando por la Competencia, de la CNC, siguiendo directrices de la OCDE y comunitarias.

La posibilidad de generar informes durante la vida de los procesos normativos que, de manera preventiva, eviten los problemas de competencia de las normativas en vías de creación podría suponer un sistema igualmente efectivo y menos ingerente, caso de que los informes fueran tenidos en cuenta por las administraciones que crean las normas¹⁶.

Del mismo modo que la normativa sobre competencia española establece que la normativa de competencia no se puede aplicar a las conductas que resulten de la aplicación de la ley y por tanto las restricciones establecidas en las normas generan una confianza legítima en los operadores, se establece que la normativa se aplicará a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o empresas públicas sin dicho amparo legal (véase el artículo 4.2 de la Ley 15/2007).

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de abril de 2010 establece que [...] “frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no

¹⁶ No es inhabitual encontrar informes de autoridades de competencia que ponen de manifiesto las disfunciones que generan en la competencia determinadas normativas que son sistemáticamente ignorados por las autoridades públicas sin que el perjuicio que se genera en los consumidores y usuarios de los servicios se valore tanto como los intereses corporativos que se protegen. Véase en este sentido, a modo de ejemplo, la situación generada en la regulación de los transportes públicos de pasajeros (taxis) en varias comunidades autónomas. Informe n 14/11, de la Autoridad Andaluza de competencia sobre el proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento de los servicios de transporte público de viajeros y viajeras en automóviles de turismo.

debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo. En este sentido, aunque en virtud de la ya mencionada disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1485, 1948) la sociedad codemandada esté sometida a los principios de publicidad y concurrencia y su actuación deba conceptuarse como sometida en parte al derecho administrativo, ello no obsta a que su actividad externa pueda ser enjuiciada en todo caso desde la normativa de defensa de la competencia.”

Resulta por tanto claro que la Administración, en tanto que operador económico, está sometida a la normativa de competencia que debe respetar, tanto en la realización de contratos, convenios o licitaciones¹⁷. La noción de actividad económica se define de modo amplio de manera que sólo aquellas actividades directamente vinculadas al ejercicio de las prerrogativas estatales suelen quedar excluidas del ámbito de actuación de las autoridades de competencia¹⁸.

Resulta habitual en esta situación que las empresas participen en un acuerdo aleguen ante los tribunales que su práctica ha sido inspirada por el principio de confianza legítima al darse la situación de que una actuación administrativa les ha hecho pensar que ese acuerdo era legítimo.

¹⁷ Véase la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC inspirada en las de la OCDE y Unión Europea.

¹⁸ Véanse en este sentido las resoluciones del Tribunal comunitario que iluminan ejemplos de las dos facetas de actuación de la administración. STJCE, de 17 de febrero de 1993, C-159/91 y C- 160/91, Poucer, Assurances Generales de France, y STJCE de 19 de febrero de 1994, C-364/92, Fluggesellschaft Eurocontrol.

De manera reciente la CNC ha refutado este argumento de manera radical. Así, en el conocido caso de los productores de vino de Jerez, se acusaba a las empresas de fijación de precios, prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y en el Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁹.

Las organizaciones de productores y transformadores del Marco de Jerez alegaron confianza legítima como eximente, dado que el Ministerio de Agricultura y la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía conocían los hechos.

Cierto es que el principio de confianza legítima, que se recoge en el Art. 3.1.1 de la Ley de Reforma del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, establece que las Administraciones Públicas deben respetar los principios de buena fe y confianza legítima.

Sin embargo este principio debe ser interpretado restrictivamente y en el ámbito de la legalidad, de modo que sólo puede generar confianza legítima la autoridad que sea competente para autorizar dichos actos²⁰.

Debe incluso considerarse que prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la legalidad, aunque la conducta de la Administración sea equívoca²¹.

En el caso que empleamos como ejemplo, la CNC considera que la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía es competente en la materia, pero no lo es para delimitar si las prácticas anali-

¹⁹ Expediente S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez, que rechaza el argumento de la confianza legítima.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 2006.

zadas se ajustaban o no a la defensa de la competencia, lo que únicamente podría señalar la Autoridad de Competencia²².

El silencio e incluso la aquiescencia de una autoridad no competente para aplicar las normas de competencia no puede generar confianza legítima. Ninguna entidad firmante de los acuerdos podía confiar en la legalidad de dichas actuaciones, estando prohibidos los acuerdos de fijación de precios y siendo conocida la sanción de dicha conducta por las Autoridades de Competencia.

La actuación administrativa de aproximar posiciones de los operadores de un sector, dando lugar a que las empresas alcancen un acuerdo restrictivo -no impuesto o causado por la Administración- no puede ser generadora de confianza, que excluya su culpabilidad.

La Administración se considera por tanto partícipe de la infracción, si bien no es objeto de sanción por parte de la CNC.

²² Resolución del TDC 3.Jun.97 (Industrias Lácteas) o Resoluciones del Consejo de la CNC 4.Jun.09 (Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez), 28.Jul.10 (Vinos Finos de Jerez), 26.Abr.08 (Plataforma de Mejillones) y 13.May.11 (UNESA); o Decisiones de la Comisión Europea 2.Abr.03 (Carnes de Vacuno Francesas) y 20.Oct.04 (Tabaco Crudo España). En el caso Tabaco Crudo España, en relación con la eximente de amparo legal y "incitación" por la Administración, la Comisión considera que esa circunstancia no exime de la aplicación de las normas de competencia.

En la Decisión Carnes de Vacuno Francesas, establece la Comisión que en los acuerdos de fijación de precios entre las organizaciones de productores de vacuno y de maderos en Francia, con motivo de la crisis de las vacas locas, el Ministro de Agricultura tuvo una participación importante, incluso publicada en los medios de comunicación. Sin embargo, la participación activa del Ministerio no es suficiente para eludir el Derecho de la Competencia aunque tiene en cuenta la participación del Ministro, como atenuante.

4 ■ CONCLUSIONES

El papel que las Administraciones públicas juegan en los mercados, sea desde la perspectiva reguladora, de facilitador de las ayudas, de operador económico, o de facilitador de la contratación entre empresas, es realmente relevante y puede generar incidencias muy relevantes en los mercados. Un ejercicio adecuado de sus funciones tiene como consecuencia valores muy positivos para los consumidores y el bien común, pero un ejercicio inadecuado puede resultar nefasto para el interés general.

Ante las situaciones de crisis como la actual, el recurso a la flexibilización de las normas de competencia parece una salida razonable y sencilla. Esta opción no garantiza sino un agravamiento de la crisis, un incremento del daño creado a los consumidores y unos daños a largo plazo que el mercado tendrá muchas dificultades en revertir²³.

Garantizar el funcionamiento de los mercados es esencial para superar periodos de recesión económica. La economía no sale por sí sola de un periodo de recesión. La recuperación económica requiere de emprendedores y de innovación y, por tanto, es fundamental que las puertas del mercado permanezcan abiertas. Por un lado, para evitar que los gobiernos caigan en la tentación de promover un mayor proteccionismo y la creación de campeones nacionales. Por otro, para garantizar que durante la crisis se mantengan los cimientos de la economía de mercado y no se impongan barreras a la actividad económica que pudieran resultar en daños irreversibles que resultasen en la perpetuación de la crisis.

Las administraciones públicas deben cumplir el mandato de garantizar el bien general huyendo de intereses sectoriales que pueden reportar un mayor beneficio a corto plazo pero generan disfunciones y suponen un perjuicio para el bien común y los consumidores.

²³ Siguiendo a la entonces Comisaria de Competencia, "No-one wins - today's softness is tomorrow's nightmare" (N Kroes, 2009)

Tan solo una aplicación descentralizada de la regulación de competencia puede servir con eficiencia a la consecución de los objetivos que pretende la regulación. La cercanía de las autoridades a las infracciones resulta imprescindible para que se puedan detectar las disfunciones y se puedan arbitrar medidas eficaces de reacción del ordenamiento ante las mismas.

La falta de proximidad entre las infracciones y las autoridades que tienen encomendada la función de detectarlas y sancionarlas dificulta el respaldo social, genera procedimientos largos, masificación del trabajo de las autoridades y un decremento en la eficiencia que resulta contrario a los intereses generales que protege la administración.

Por esta razón, la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia va necesariamente aparejada a la globalización de los principios aplicables y a la detección de disfunciones por parte de las administraciones, en sí mismas descentralizadas.

La existencia de autoridades cercanas a estas autoridades, incrementa las posibilidades de detectar disfunciones en la regulación y en la contratación administrativa y supone por tanto motor de competitividad, innovación, mejora de los servicios y creación de empleo. En última instancia es un servicio más que contribuye a la consecución del objetivo de justicia social.